

## CAPÍTULO CUARTO

# ESTÁTICA JURÍDICA Y DINÁMICA JURÍDICA

### *Sección I: Estática jurídica*

## XVI. LA SANCIÓN Y EL ILÍCITO<sup>303</sup>

En los tres primeros capítulos de la *Teoría pura*, su autor ha sentado las bases de todo su edificio doctrinal. A continuación, en los dos que siguen, presenta el núcleo de las conclusiones científico-jurídicas que caracterizan a su doctrina. A la luz de los principios que ha expuesto en los anteriores capítulos, más bien introductorios, Kelsen desarrolla sus tesis acerca de los principales conceptos e instituciones jurídicos. Conforme a la división que ya conocemos,<sup>304</sup> el primero de estos capítulos centrales se ocupa de la estática jurídica, y el otro se refiere a la dinámica. Aquí iniciamos propiamente la exposición de la teoría general del derecho según el método puro.

El derecho, desde el punto de vista estático, es decir, con independencia del problema de la producción de las normas, se define, en la *Teoría pura*, como norma coactiva. Todo este capítulo se apoya, de modo inmediato, en el normativismo y en la coactividad como esencia de lo jurídico. Se pasa revista a los conceptos jurídicos generales de mayor relevancia y se los enfoca en esa perspectiva.

El libro de 1960 aparece considerablemente ampliado en esta parte, incluyendo el análisis de nuevos conceptos que ni siquiera eran mencionados en las anteriores ediciones y extendiéndose más en el estudio detallado de aquellos que ya se trataban antes. A lo largo del capítulo se echa de ver su deseo de considerar, en el máximo grado posible, el conjunto de los fenómenos jurídicos. Por lo demás, ello es, asimismo, muy apreciable en el próximo capítulo sobre la nomodinámica. El mayor acercamiento a la realidad jurídica permite coleccionar una cierta modificación en el modo de concebir la tarea del jurista a nivel de teoría general, entendida más como inducción

---

<sup>303</sup> TP (2a. ed. al.), n. 27, pp. 123-129; TP (ed. fr.), pp. 87-89; TP (1a. ed. al.), n. 13, pp. 53-55.

<sup>304</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 10.

de conceptos generales, a partir de la experiencia jurídica, que como investigación sobre las condiciones de posibilidad del conocimiento jurídico. Continúa, sin embargo, la tendencia, de claro sabor idealista, a reducir los conceptos jurídicos a meros aspectos de un concepto fundamental previamente diseñado: el derecho como norma coactiva.

Nuestra exposición se limitará a lo esencial, insistiendo en aquello que Kelsen llama “los resultados especialmente característicos de una doctrina jurídica pura”.<sup>305</sup> Procuraremos mostrar la conexión de estos resultados con las bases filosófico-jurídicas del sistema y, cuando sea oportuno, bosquejaremos a grandes líneas la evolución del pensamiento kelseniano sobre algunos puntos.

Respecto a la sanción, en realidad todo lo esencial está ya dicho.<sup>306</sup> Es muy lógico, por lo demás, que la estática kelseniana empiece por ella. Constituye, indudablemente, el concepto clave para la comprensión de todo lo que vendrá. En esta ocasión, tras recordar el lugar que le pertenece en el enunciado jurídico, como consecuencia (*Folge*), y su índole de especie dentro del género de los actos coactivos, se clasifican las sanciones existentes en los órdenes jurídicos positivos. En los de tipo estatal se distinguen las sanciones penales —penas en sentido estricto— y las sanciones civiles, que nuestro autor prácticamente reduce a la ejecución forzosa de bienes. Ambos tipos de sanciones convienen en ser privación coactiva de un bien. Lo que especifica a la sanción civil es el hecho de que ésta intenta reparar la ilicitud, restableciendo un estado de cosas conforme a derecho, el mismo que debió obtenerse mediante el comportamiento lícito que no se realizó. Por ejemplo, el no pago de una deuda autoriza para obtener su ejecución por la fuerza en los bienes del deudor. La circunstancia de que la suma que se obtiene como producto de esa ejecución sea destinada al patrimonio del perjudicado, y no a un fondo público —como pasa en las sanciones penales patrimoniales—, hace posible determinar una finalidad de reparación que se da generalmente en la sanción civil. En cambio, Kelsen considera imposible determinar el fin de la sanción penal (si es preventiva, retributiva, etcétera). Como ante tantos otros problemas jurídicos, la *Teoría pura* se apresura a reconocer sus limitaciones: ni en lo puramente empírico ni en su concepción del *Sollen* encuentra un criterio para asignar a las penas, en sentido estricto, una finalidad determinada. Por otra parte, enumera las sanciones propias del derecho internacional general: las represalias y la guerra.<sup>307</sup>

<sup>305</sup> TP (2a. ed. al.), prólogo a la 2a. ed., p. 13.

<sup>306</sup> *Ibidem*, cap. II, nn. 7 y 8.

<sup>307</sup> *Ibidem*, cap. V, n. 38.

Enseguida se ocupa de la noción de ilícito o delito en general (tanto penal como civil). La ilicitud concebida no como la negación del derecho, sino como una condición de éste, constituye una tesis fundamental en la doctrina kelseniana que ya se contiene en los *Problemas capitales*:<sup>308</sup>

Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito.<sup>309</sup>

Por tanto, según el jurista vienés, no es que una acción u omisión esté conectada con un acto coactivo como consecuencia de su ilicitud, sino que, justamente al revés, una acción u omisión es un acto ilícito o delito porque se ha conectado con un acto coactivo como su consecuencia. La ilicitud no es, de esta manera, ni una propiedad inmanente a determinadas acciones u omisiones ni es una relación con una norma trascendente al derecho positivo. Su esencia consistiría en ser condición de una sanción.<sup>310</sup>

Los conceptos de ilicitud y de sanción quedan, por tanto, desprovistos de todo elemento axiológico o moral, como corresponde a una posición relativista rigurosa como la kelseniana. Contra la distinción entre mala *in se* (ilícitos que lo serían por sí mismos, no por la prohibición de las normas positivas) y mala *prohibita* (en los que la ilicitud derivaría de la prohibición por las normas positivas), nuestro autor sostiene que sólo hay mala *prohibita*. Esa distinción supone la existencia de disvalores jurídicos inmanentes a la realidad, lo que, de acuerdo con su separación entre realidad y valor, rechaza

<sup>308</sup> *Hautprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, pp. 33-51. De este tema tratan dos trabajos de la primera época: “Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre varo fehlerhaften Staatsakt”, *Zeitschrift für das Privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, 40, 1913, pp. 1-114; y “Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob”, *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, pp. 630-658, ambos incluidos en Klecatsky, H. *et al.*, *op. cit.*, I, pp. 957-1057, y II, pp. 1215-1242, respectivamente.

<sup>309</sup> TP (2a. ed. al.), n. 27b, p.125.

<sup>310</sup> Argumentando en favor de que el derecho sería solamente una reacción contra lo ilícito, cita en nt., 84, p. 126 de TP (2a. ed. al.), un texto de Santo Tomás de Aquino (*Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 5) según el cual sólo los malos estarían sujetos a la ley, en cuanto sólo a ellos alcanza su fuerza coactiva, Kelsen omite, sin embargo, el pasaje inmediatamente anterior al que cita, en que el Aquinate señala que todos los que están sometidos a una potestad, buenos y malos, se hallan sujetos a la ley en cuanto es regla de los actos humanos. Es evidente que, para Santo Tomas, la ley no se reduce a su coactividad.

con vehemencia. Para él, el principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (donde ley quiere decir norma positiva en general) se erige en máxima absolutamente válida en todos los sectores del ordenamiento jurídico, y derivada de la misma esencia del derecho.

Las expresiones habituales con las que designamos las conductas que condicionan una sanción jurídica resultarían, por tanto, engañosas. “Ilícito”, “contrario a derecho”, “lesión jurídica”, etcétera, parecieran aludir a una negación del derecho, como si existiera contradicción lógica entre la norma que ordena una conducta y la conducta contraria a la ordenada. Mas no hay tal contradicción, porque la proposición conforme a la cual alguien debe actuar de determinada manera, y la que establece que de hecho realiza la conducta opuesta, pueden ser simultáneamente verdaderas. De aquí deduce que la conducta contraria no viola ni quebranta la norma. Lo ilícito sería la conducta condicionante del cumplimiento del derecho por medio de la aplicación del acto coactivo; y correlativamente, lo lícito o conforme a derecho se conceptúa como la conducta que evita la sanción.

Con esto queda esclarecido el sentido del ilícito si se acepta el concepto de derecho propugnado por Kelsen. El contraste con el sentir común es aquí más intenso que en otras ocasiones, pues el autor está obligado a confesar que la terminología habitual refleja una concepción diametralmente contraria a la de su doctrina, que sería la única científica, no primitiva ni ingenua. En cuanto a la argumentación que acabamos de reseñar, depende toda ella de un supuesto muy problemático: la identificación entre la oposición de una conducta a una norma, y la contradicción lógica entre ambas. Al expresar que un acto es transgresión de una norma, nadie piensa que exista una oposición lógica de contradicción, que haría imposible la coexistencia de la norma y el acto que la viola. Por otro lado, de modo algo sorprendente, el mismo Kelsen ve en este último un disvalor jurídico,<sup>311</sup> y se resigna a usar la pretendidamente tan confusa terminología habitual: “ilícito”, “contrario a derecho”, etcétera. Lo comprendemos bien: si donde decimos “ilícito” hubiera siempre que poner “condición de una sanción”, y si al aludir a lo “lícito” debiera escribirse “conducta que evita la sanción”, ello resultaría, tarde o temprano, francamente insoportable.

De conformidad con lo expuesto, lo ilícito no sería la negación del derecho ni algo exterior a éste que estuviera en contra suyo, sino algo interno al derecho, determinado por él.<sup>312</sup> Aquí sale al paso una cuestión que sólo

<sup>311</sup> *Ibidem*, cap. II, n. 6c.

<sup>312</sup> Kelsen plantea la siguiente analogía: la ciencia jurídica interpreta el delito como condición del derecho, de modo semejante a como una teología monoteísta entiende el mal

tiene sentido si se adopta el enfoque de Kelsen: ¿cómo distinguir el delito de otros hechos condicionantes de la sanción? La respuesta no nos viene dada por un acucioso análisis del enunciado jurídico esencial, sino por la más realista de las comprobaciones: el delito se determina como la conducta de aquel hombre contra el cual, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia. La mención de los allegados —individuos que se hallan en cierta relación, determinada por el orden jurídico, con el delincuente— se introduce para contemplar el caso de la responsabilidad por la conducta ajena. De este modo, el concepto de ilicitud queda tan vacío de contenido que hasta corre peligro de no distinguirse de otras condiciones de la sanción, como son, por ejemplo, los actos legislativo y judicial que se refieren a ella. Un dato fenoménico —la identidad, física o moral, entre el delincuente y el sancionado— salva a Kelsen de la confusión.

## XVII. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD<sup>313</sup>

### 1. *Obligación jurídica*

El tema de la obligación jurídica (*Rechtspflicht*)<sup>314</sup> encontró desde el principio, y sin mayores variaciones, una explicación acorde con las bases de la *Teoría pura*.<sup>315</sup> Si el derecho es norma coactiva, la obligación jurídica habrá de encarar de alguna manera en la proposición que describe esa norma. Aquello que no cuadre será expulsado sin más miramientos, fuera del marco de la teoría jurídica, como no perteneciente al mundo del *Sollen* jurídico. En definitiva, la obligación se reducirá a pura norma positiva.

---

como una condición necesaria para la realización del bien. El que no pueda haber un creador del mal —porque éste último es formalmente carencia de bien, no ser— y el que de los males puedan provenir bienes, no conduce a la conclusión kelseniana de considerar el mal como condición necesaria del bien. Sobre el tema del mal: Tomás de Aquino, S., *Suma Teológica*, I, qq. 48 y 49.

<sup>313</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28, pp. 129-138; TP (ed. fr.), pp. 79-80, 91-93; TP (1a. ed. al.), nn. 23-24a, pp. 76-78. Davy, Georges, “Le problème de l’obligation chez Duguit et chez Kelsen”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1-2, 1933, pp. 7-26; Legaz y Lacambra, L., “La obligatoriedad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1, 195, pp. 5-89; y Kriele, Martin, “Rechtspflicht und die positivische Trennung von Recht und Moral”, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 16, 1966, pp. 413-429.

<sup>314</sup> Preferimos, con Vernengo, traducir *Pflicht* por “obligación” y no por “deber”, a fin de evitar las posibles confusiones con el *Sollen* o deber ser.

<sup>315</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit. pp. 311-393; y *Teoría general del Estado*, cit., pp. 78-81.

La obligación de cumplir determinada conducta no constituye un contenido objetivo distinto de la conducta ordenada en la norma jurídica. Enunciar que un individuo está jurídicamente obligado a determinada conducta, es lo mismo que afirmar que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo; y una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción.<sup>316</sup>

*...la obligación no es otra cosa que una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo al enlazar con el comportamiento contrario una sanción.*<sup>317</sup>

Por consiguiente, la obligación no es ni un impulso interno en el hombre ni algo exigido por normas distintas de las jurídico-positivas. Con arreglo a la definición de Kelsen, y tal como él anota, el individuo está obligado aunque la representación de la norma no suscite en él ningún impulso a cumplirla, y aunque ni siquiera conozca la norma, al menos en cuanto valga el principio de que la ignorancia del derecho no exime de las sanciones por él establecidas.

Existe, de este modo, una relación esencial, dentro del sistema kelseniano, entre los conceptos de obligatoriedad jurídica y de sanción. Jurídicamente obligado se halla el individuo que puede cometer el delito, dando así lugar a su consecuencia —la sanción—, y que es capaz de evitarla por medio de la conducta opuesta. En una palabra, el obligado es el delincuente potencial. Al realizar la conducta obligatoria no hay cumplimiento (*Anwendung*) de la norma. Esta expresión se reserva para la imposición de la sanción. Quien cumple la obligación, en la terminología del autor, ejecuta lo que se denomina “acatamiento” (*Befolgung*) de la norma. Tanto el cumplimiento como el acatamiento de las normas revelan la eficacia de un orden normativo.

Se insiste en que este concepto de obligación jurídica se relaciona exclusivamente con un orden jurídico positivo, y carece de cualquier implicación moral. Por su contenido, pueden o no coincidir una obligación jurídica y una moral, pero ambas serían radicalmente distintas en cuanto derivadas de órdenes normativos diversos.

En armonía con su concepción de los órdenes normativos en general, y en particular del derecho como orden coactivo, afirma que la función esencial y primaria del derecho es la de obligar. Se opone terminantemente a quienes sostienen que esa función consistiría en otorgar derechos.

<sup>316</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28a, p. 129.

<sup>317</sup> *Ibidem*, n. 28a, p. 130. Las cursivas son nuestras.

Algunos autores han creído que el concepto kelseniano de obligación jurídica llevaría a un regreso al infinito.<sup>318</sup> En efecto, la obligación sólo se constituye si una norma establece una sanción ante la conducta opuesta. A su vez, esta sanción sólo es jurídicamente obligatoria para el órgano que ha de aplicarla, si, en caso de no hacerlo, existe otra sanción que afecta a ese órgano. Y así sucesivamente, de modo infinito. Como de hecho esta cadena infinita no se da ni puede darse, caería el concepto kelseniano.

Para escapar a esta objeción, el jurista de Viena acude a su concepto de *Sollen* como variable deóntica que comprende tanto el ordenar como el permitir o facultar la sanción.<sup>319</sup> De esta manera, una conducta es obligatoria cuando ante su contraria debe (*sollt*) aplicarse la sanción. Pero no es necesario que la sanción sea, a su turno, obligatoria, o sea, que esté ordenada. Puede ser que se halle sólo facultada o positivamente permitida. Esto significa que el órgano no está obligado jurídicamente a aplicarla, mas no afecta a la existencia de la obligación jurídica por parte del sujeto que con su conducta puede evitar o provocar la sanción. Nos parece que la admisión de las tres modalidades del deber ser, y de las tres funciones correlativas de la norma, obedece, en buena medida, al deseo de contestar a esa ya clásica objeción. Este es el resumen de la respuesta que ofrece el autor:

...si se dice que quien está jurídicamente obligado a determinada conducta, “debe” comportarse así en mérito al derecho, lo que así se expresa es el estar siendo debido —es decir, el estar positivamente permitido, el estar facultado, o el estar ordenado— el acto coactivo que funciona como sanción, en cuanto consecuencia de la conducta opuesta.<sup>320</sup>

El *Sollen*, en consecuencia, mira a la coacción y pertenece propiamente hablando a la norma independiente (por esta razón, lo entrecorilla cuando lo refiere a la norma dependiente que ordena la conducta opuesta a la sancionada); en cambio, la obligación (*Pflicht*) se relaciona con la norma dependiente que ordena la conducta contraria a la que es condición del acto coactivo. Todas estas explicaciones, que resultan un tanto laboriosas, responden a una intención muy determinada: la de mantener el concepto de derecho como norma coactiva y procurar armonizarlo con la compleja realidad jurídico-positiva.

<sup>318</sup> Ross, A., *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhague, 1946, p. 75; García Máynez, E., *op. cit.*, pp. 114-121 (atribuye el argumento a Petrasisky).

<sup>319</sup> Ya en *Teoría general del derecho y del Estado* pergeñaba una respuesta, aunque todavía no hacía explícita su ampliación de la noción del deber ser, como aparece en TP (ed. fr.), pp. 82-86, y en TP (2a. ed. al.).

<sup>320</sup> TP (2a. ed. al.), n. 28b, p. 133.

## 2. *Responsabilidad*

Junto al concepto de obligación, nos encontramos con el de responsabilidad (*Haftung*), aunque Kelsen pone énfasis en distinguirlos. El individuo contra el que se dirige la consecuencia del ilícito responde por el delito, es jurídicamente responsable de él. Puede que coincidan el individuo responsable con el individuo obligado, pero también es posible que difieran. Característica del sujeto obligado es que puede sustraerse a la sanción o suscitarse mediante su actuar. Sin embargo, no necesariamente sufre él mismo las consecuencias de su comportamiento contrario a derecho. El que padece la sanción es el individuo responsable, aunque, por su parte, no siempre sea él quien la provoca o evita. Cabe también la posibilidad de que haya varios sujetos obligados, de tal manera que si el primero incumple la obligación, un segundo sujeto pueda, a su vez, con su propio comportamiento, dar lugar a la sanción o escapar de ella.

La responsabilidad jurídica puede ser de diversas clases: personal o patrimonial, individual o colectiva, intencional o por el resultado. En cuanto a la responsabilidad colectiva, la *Teoría pura* describe dos situaciones distintas. Una tiene lugar en la responsabilidad por el hecho ajeno cuando entre el individuo obligado y el responsable hay una relación tal que los dos pertenecen a la misma colectividad, de forma que el infligir la sanción al responsable será también percibido como un mal por el individuo obligado. La otra hipótesis se presenta cuando la sanción se dirige no contra un único sujeto, sino contra muchos, o contra todos los del grupo al que pertenece el delincuente. Esta última situación la ve Kelsen como propia de órdenes jurídicos primitivos, entre los que coloca al actual derecho internacional general.

Si el acontecimiento sancionado ha sido buscado por el individuo, o por lo menos previsto, entonces hay responsabilidad intencional; si ha sido producido sin ninguna intención o previsión, estamos frente a la responsabilidad por el resultado. Kelsen concibe la responsabilidad por negligencia —que restringe al caso de culpa sin representación, o sea, cuando el sujeto no ha previsto aquello que debía prever— como un caso de responsabilidad por el resultado. Y considera la responsabilidad colectiva como responsabilidad por el resultado en los casos en que no hay ninguna relación interna entre el individuo responsable y el acontecimiento indeseable que provocó el acto coactivo.

Esta materia está tratada de modo estrictamente kelseniano. Se describen las variantes que pueden encontrarse en los derechos positivos, procurando dar un concepto general, que se pone en relación con el enunciado

jurídico general. No cabe así una valoración supra positiva de aquellas prescripciones de derecho positivo sobre la responsabilidad. Se niega toda relación esencial entre obligación y responsabilidad, y no se dice una palabra crítica en temas tan complejos, y de tanta trascendencia práctica, como la responsabilidad por el hecho ajeno o por el resultado. Habrá que atenerse a lo que establezca el derecho positivo, que las podrá extender tanto como se quiera o se pueda.

### 3. *El deber de reparar el daño*

El orden jurídico puede obligar a no ocasionar daños a otros sin establecer la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados. Esto sucedería si la reparación del daño no permitiera evitar la sanción por el incumplimiento de la obligación de no dañar. No obstante, normalmente no sólo es obligatorio no ocasionar daños a terceros, sino que también hay obligación de repararlos si se han causado. Se trata, respectivamente, de una obligación principal y otra accesoria, que sustituye a la principal cuando ésta se ha incumplido. En tal caso, sólo si esta obligación accesoria tampoco se cumple aparece la sanción.

De aquí que el deber de reparar el daño no se conciba como una sanción ni, por tanto, como responsabilidad, sino como obligación accesoria. Asistimos a otra manifestación del interés por afinar los instrumentos conceptuales de la *Teoría pura*, para que reflejen más fielmente la vida jurídica real.<sup>321</sup>

## XVIII. EL DERECHO SUBJETIVO<sup>322</sup>

En este recorrido por los principales conceptos generales de la ciencia jurídica llegamos al controvertido tema del derecho subjetivo. El análisis kelseniano toma como punto de arranque el estado de la cuestión en la doctrina anterior, dividida en tres corrientes: la teoría del interés (*Ihering*), la teoría de la voluntad (*Windscheid, Arndts*), y las teorías mixtas (*Jellinek, Bernatzik*).<sup>323</sup> Según la primera, el derecho subjetivo sería el interés jurídicamente protegido; en

<sup>321</sup> Este punto no se trataba en las primeras ediciones de la *Teoría pura*; sí figuraba en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 81.

<sup>322</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29, pp. 138-157, TP (ed. ir.), pp. 112-114, 116-118, 122-125; TP (1a. ed. al.), nn. 18-19, pp. 68-71, n. 21, pp. 72-74, n. 24b y c, pp. 78-83.

<sup>323</sup> Se examinan ampliamente en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., pp. 567-618.

cambio, para los representantes de la teoría de la voluntad, consistiría en un poder volitivo o facultad otorgada por el orden jurídico; por fin, las teorías mixtas combinan ambos puntos de vista. Este es el horizonte doctrinal en el que se mueve la doctrina de Kelsen. Dejamos constancia, una vez más, de que en ese horizonte no halla cabida el concepto de derecho como objeto de la justicia, es decir, la misma cosa justa.<sup>324</sup>

La conclusión principal de nuestro autor en esta materia consiste en que el derecho subjetivo ha de ser reducido a puro derecho objetivo, esto es, a norma. Si el derecho es esencialmente norma, esta *reductio ad unum* del derecho como norma y el derecho subjetivo surge con una gran fuerza lógica. Con plena claridad la expuso en su trabajo *Rechtswissenschaft und Recht (Ciencia jurídica y derecho)* (1922).<sup>325</sup> Con el tiempo iría perfeccionando sistemáticamente su doctrina, pero siempre conservaría como idea central esta reducción, que implica oponerse a toda autonomía o entidad propia de los derechos subjetivos frente a las normas positivas.

Condensaremos la exposición de la segunda edición alemana, que enumera cinco significados diferentes del término “derecho subjetivo”: mero derecho reflejo de la correspondiente obligación; derecho subjetivo privado como poder jurídico, o derecho subjetivo en sentido técnico; derecho político; derecho o libertad fundamental, y permisión positiva administrativa. De nuevo se confirma el afán de adecuar los esquemas conceptuales a la multiforme realidad jurídico-positiva actual, lo que no impide, sin embargo, que esa variedad de “derechos subjetivos” acaben siempre absorbidos en la pura norma positiva, como aspectos o reflejos suyos.

### 1. *El derecho subjetivo como mero reflejo de la correspondiente obligación*

Con las palabras “derecho subjetivo” se designan situaciones muy diferentes entre sí. De ahí la dificultad de captar la esencia del derecho subjetivo. En todo caso, siempre se trata de un derecho con el que cuenta un sujeto.

Cuando se dice que un individuo tiene derecho a comportarse de determinada manera, a veces se alude sin más al hecho negativo de que esa con-

---

<sup>324</sup> Sobre la historia del concepto de *ius*, que va desde este derecho objetivo —la cosa justa— hasta la moderna noción de derecho subjetivo, se consultará con provecho Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, 1976.

<sup>325</sup> Subtitulado *Erledigung eines Versuches zur Überwindung der “Rechtsdogmatik”*, Viena- Leipzig, F. Deuticke, 1922.

ducta no le está prohibida —es decir, le está negativamente permitida—. En otros casos se quiere significar, según Kelsen, que uno o más individuos están jurídicamente obligados a actuar de determinada manera con respecto al individuo que tiene el derecho subjetivo. En este supuesto el sujeto puede exigir la conducta a la que el otro está obligado. Contra quienes ponen el derecho subjetivo en primer plano subordinándole la obligación, Kelsen sostiene que “...*esta situación de hecho designada como «derecho» o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros*”.<sup>326</sup> Sólo habría una situación jurídicamente relevante, que se describe exhaustivamente al expresar la obligación, puesto que la conducta correspondiente del individuo en cuyo respecto existe la obligación se halla determinada en la conducta que configura el contenido de la obligación. De este modo, por ejemplo, sólo se puede dar a otro lo que éste recibe.

“Si se designa la relación de un individuo que se encuentra obligado con respecto a otro a determinada conducta, como «derecho», entonces ese derecho no es sino *un reflejo de esa obligación*”.<sup>327</sup> Este concepto de derecho subjetivo, como mero reflejo de una obligación, podría utilizarse como un concepto auxiliar (*Hilfsbegriff*) para simplificar la exposición de una situación jurídica, pero, desde el punto de vista de una descripción científica exacta, tal como la concibe la *Teoría pura*, sería superfluo. A menudo veremos que Kelsen, tras haber operado estas reducciones —en este caso, del derecho a la obligación— concede al concepto “reducido” el modesto papel de concepto auxiliar. Por lo demás, advierte el autor, no en todos los casos de obligación jurídica se habla también de un derecho reflejo correspondiente. No se piensa, por ejemplo, en un derecho del delincuente correlativo a la obligación del órgano público que debe castigarle.

Este derecho reflejo se reduce a la obligación jurídica, la cual, por su parte, como ya veíamos, se reduce íntegramente a la norma que la establece. En la tesis opuesta, que considera al derecho como un objeto de conocimiento distinto de la obligación, incluso con prioridad sobre ésta, Kelsen percibe, con su agudo instinto positivista, un resto de iusnaturalismo, pues implicaría pensar que hay derechos anteriores al orden positivo que deben ser garantizados por éste, y tales derechos sólo tienen un nombre: naturales.

A este derecho subjetivo reflejo se refería la teoría del interés jurídicamente protegido, en la opinión del autor. Pero considera que esa teoría recoge el dualismo tradicional entre derecho subjetivo y derecho objetivo, representados, respectivamente, por el interés y la norma. La doctrina kelse-

<sup>326</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29a, p. 140. Las cursivas son nuestras.

<sup>327</sup> *Idem.* Las cursivas son nuestras.

niana rechaza este dualismo, ante todo por, supuestamente, contradictorio en cuanto que no cabría subsumir bajo un concepto superior a ambos sentidos. “Desde el punto de vista de una consideración orientada al derecho como norma, o sistema de normas, el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho, sino solamente la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca”.<sup>328</sup> Esta protección consiste en enlazar a la lesión de ese interés una sanción, estatuyendo así la obligación jurídica de no lesionarlo.

Más adelante, al tratar los sujetos de derecho,<sup>329</sup> se extiende más en la explicación del sustrato ideológico que capta tras el dualismo derecho objetivo-derecho subjetivo. Dice que implicaría una contradicción lógica, dado que el derecho objetivo consiste esencialmente en una norma heterónoma que comporta obligaciones coactivas, mientras que la esencia de la subjetividad jurídica, tal como la entienden los partidarios del dualismo, residiría en la libertad en el sentido de autodeterminación o autonomía. En el fondo, tras esa contradicción habría una función ideológica: la defensa de la propiedad privada. Mediante la idea de sujeto de derecho como portador de un derecho subjetivo independiente de las normas positivas —concepto, éste de derecho subjetivo, que se habría recortado, en lo esencial, según el patrón del derecho de propiedad—, se buscaría poner un límite insuperable al orden jurídico positivo. La defensa de la libertad y la de la propiedad privada estarían así muy estrechamente ligadas. En contra de esta postura, Kelsen ha llegado a decir que el sujeto de un derecho reflejo no es propiamente sujeto, sino objeto de la conducta de quien ha de actuar: el sujeto obligado.

En un plano lógico, las observaciones anteriores muestran que el contexto de derecho no es unívoco, pero no obstan de ninguna manera a considerarlo como una noción análoga. El autor no tiene en cuenta esta posibilidad. Pero no puede hacerlo porque su planteamiento está condicionado por el punto de partida que elige: la concepción del derecho subjetivo teñida por la ideología individualista-liberal. Con ella resulta casi obligado contraponer norma y libertad, y, por ende, derecho objetivo y derecho subjetivo. Mas, fuera de esa concepción, ambos sentidos del derecho son más fácilmente armonizables, ya que la norma y la libertad rectamente entendidas no se contraponen de ninguna manera.<sup>330</sup> Urge liberar al derecho subjetivo de esas connotaciones ideológicas, para no dar lugar a esta clase de malentendidos.

<sup>328</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29c, pp. 145 y 146.

<sup>329</sup> *Ibidem*, n. 33a, pp. 178-182.

<sup>330</sup> Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1982, pp. 163 y 164; aunque se refiere a la ley natural, sus observaciones son válidas para toda clase de normas.

Kelsen es maestro en la pesquisa de ocultas funciones ideológicas, como procedimiento que se presta para reivindicar la pureza de la *Teoría pura*. Es necesario ser muy consciente de los riesgos que entraña. La utilización ideológica de un concepto ha de verse, a nuestro juicio, caso por caso, autor por autor. Las generalizaciones son extremadamente peligrosas. Y como se habrá notado, estimamos que el concepto de derecho subjetivo puede concebirse al margen de connotaciones ideológicas: el propio Kelsen se esfuerza por lograrlo, aunque sea por el camino de negarlo en cuanto dotado de existencia propia.

Por otra parte, la argumentación kelseniana nos enseña, *a contrario sensu*, que si hay derechos subjetivos independientes de las normas positivas anteriores a ellas, que les marcan un límite infranqueable, entonces necesariamente esos derechos son naturales.

Tan amigo de superar dualismos,<sup>331</sup> denunciando su trasfondo ideológico, Kelsen se detiene a examinar la clásica división de los derechos en reales y personales. Señala que esta distinción lleva a error, ya que también el derecho sobre una cosa —el derecho real— es un derecho respecto de personas —derecho personal—. El primero, por ende, no consistiría más que en la obligación de los otros individuos a consentir los actos de disposición del sujeto sobre la cosa. La relación primaria siempre se da entre los hombres, y la relación con las cosas es de importancia secundaria, siendo útil sólo para determinar más de cerca la relación primaria. Expresa que definir la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, pasando por alto la relación jurídicamente esencial, que es entre personas, serviría para ocultar la decisiva función socioeconómica, que consiste precisamente en la relación con los demás sujetos en cuanto excluidos de la apropiación de la cosa. Por consiguiente, la misma distinción entre derechos reales y derechos personales tendría un notorio carácter ideológico. A fin de no incurrir en tendencias ideológicas, Kelsen propone reemplazarla por otra, que dividiría los derechos reflejos en “relativos” y “absolutos”. En los primeros habría una relación entre individuos determinados, en tanto que en los otros existiría una relación de muchos con respecto a uno solo (con lo que, como reconoce él mismo, la terminología no es muy feliz, ya que los derechos reflejos “absolutos” también son, a la postre, relativos).

Esta propuesta de reemplazo de la distinción tradicional muestra claramente, en nuestro sentir, que las supuestas intenciones ideológicas de la distinción son enteramente separables del núcleo conceptual en que se apo-

---

<sup>331</sup> Gaviria Díaz, Carlos, “Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen”, *Estudios de derecho*, 20, 1961, pp. 338-363.

ya el clásico distingo. La crítica kelseniana destaca un aspecto importante: todo derecho supone alteridad, o sea, se da en relación con otros, ante los que aparece como deuda. Pero esto no puede llevar a olvidar la relación primaria —en cierto sentido prejurídica— que existe entre el sujeto y lo que es suyo propio. Esta relación tiene prioridad lógica con respecto al carácter de debido que asume lo propio de cada uno frente a los demás. No obstante, esto implica situar el derecho en la realidad, e irse, por tanto, muy lejos de la *Teoría pura*.

## 2. *El derecho subjetivo como poder jurídico* (*derecho subjetivo en sentido técnico*)

Se trata de derecho como facultad o poder volitivo otorgado por el orden jurídico al que alude la teoría de la voluntad. Según el jurista vienés, estamos ante un objeto distinto del derecho reflejo del que se ocupa la teoría del interés.

Hablando de este poder jurídico, escribe: “Aparece cuando, entre las condiciones constituyentes de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una acción dirigida al órgano de aplicación, en forma de una demanda o querrela, para obtener la ejecución de esa sanción, acción iniciada por el individuo en cuyo respecto existe la obligación”.<sup>332</sup> El órgano que ha de aplicar la norma general que corresponda —por medio de una norma jurídica individual que sancione el ilícito— sólo puede hacerlo cuando existe este derecho subjetivo como poder jurídico, si se presenta un pedido en tal sentido por parte del individuo facultado que, con la interposición de la demanda en la que ejercita la acción, pone en movimiento el proceso judicial. El derecho —o más exactamente la norma general— queda entonces a disposición de determinado individuo, normalmente aquel en cuyo respecto otro individuo está obligado a cumplir determinada conducta. El derecho objetivo pasa a ser “su” derecho. Si recurrimos al concepto auxiliar de derecho reflejo, diremos que el individuo tiene una potestad jurídica en relación con ese derecho reflejo para hacer valer la falta de cumplimiento de la obligación correspondiente mediante la acción o querrela. Esta situación no queda descrita exhaustivamente si sólo se expone la correspondiente obligación, puesto que este poder jurídico de reclamar es un hecho diferente. El individuo titular del derecho reflejo —que desde ese punto de vista sólo aparecía como objeto—, al disponer de esta potestad, se transformaría en

<sup>332</sup> TP (2a. ed. al.), n. 29d, pp. 146 y 147.

un sujeto que puede actuar. Este sería el derecho subjetivo en sentido técnico que implica propiamente un ejercicio del derecho a una pretensión, esto es, la posibilidad de ejecutar un acto jurídicamente relevante.

Por supuesto que este derecho subjetivo en sentido técnico, al igual que la obligación, no se ve, en la doctrina pura, como algo independiente de la norma jurídica que concede el poder jurídico especial: "...la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación".<sup>333</sup>

Todo derecho estatuye obligaciones jurídicas, pero, en cambio, no sería función esencial del derecho objetivo la de otorgar derechos subjetivos en sentido técnico; para Kelsen, se trata de una técnica particular, específica de lo que designa como "orden jurídico capitalista". Este orden garantiza la propiedad privada, atendiendo en forma muy especial al interés individual. Incluso dentro de tal orden, esta técnica sólo se emplea en algunas partes del ordenamiento, sobre todo en el llamado derecho privado, y no en otras; por ejemplo, el derecho penal, en el cual generalmente el proceso se pone en movimiento no a instancia del afectado, sino por un órgano que es el acusador de oficio. Nótese que nuestro autor parece identificar los conceptos de orden capitalista y orden que admite la propiedad privada, lo que nos parece una simplificación poco esclarecedora. Viene a sostener que la propiedad privada sería un simple producto de un determinado régimen económico, negándole —por cierto— todo fundamento natural.

La noción kelseniana del derecho subjetivo como poder jurídico, aunque se sitúa en la estática, nos remite inequívocamente a la dinámica, pues que es una participación en la producción de normas individuales en aplicación de las generales. Es un caso de facultad concedida por las normas para intervenir en el proceso de creación del derecho. Ahora bien, este proceso se encamina a la ejecución de la sanción. No es otro el fin del derecho subjetivo en sentido técnico que nos describe Kelsen. De esta manera, la estática y la dinámica se hallan muy trabadas en el sistema kelseniano.

Una última advertencia: este tipo de derecho subjetivo se identifica con la acción judicial (aunque también menciona la existencia de un poder análogo en el ámbito administrativo). La identificación no consiste, empero, en convertir a la acción en una puesta en movimiento del derecho —como hacen las teorías civilistas de la acción procesal—, sino que significa convertir el derecho en pura acción procesal —sin distinguirlos tampoco, como

---

<sup>333</sup> *Ibidem*, n. 29d, p. 148.

es propio de las teorías procesalistas—. Esto se confirma por el hecho de que la apelación, según la *Teoría pura*, quedaría comprendida en el derecho subjetivo en sentido técnico. En definitiva, el derecho subjetivo como poder pertenecería exclusivamente al ámbito procesal, y, por tanto, público.

### 3. *Los derechos políticos*

Otra especie de derechos subjetivos son los derechos políticos. Se suelen definir como una autorización para influir en la producción de normas jurídicas generales, participando, así, directa o indirectamente en la formación de las leyes, lo que constituye una característica esencial de la forma democrática de Estado. Estos derechos, según el jurista de Viena, cumplen la misma función jurídica que los derechos subjetivos privados en sentido técnico, ya que ambos importan una participación de los sometidos al derecho en la producción de éste. También los titulares de derechos subjetivos privados participarían en la constitución de la voluntad estatal, o sea, del ordenamiento jurídico estatal, sólo que lo harían a nivel de normas individuales, como son las sentencias judiciales, y con el objeto de hacer valer un reclamo respecto a una obligación jurídica pendiente. Pero si se definieran los derechos políticos como autorizaciones para participar en la producción de normas jurídicas, sin restringir éstas a las de tipo general, entonces también los derechos subjetivos privados en sentido técnico, y el derecho de elegir órganos ejecutivos o judiciales, deberían ser conceptualizados como derechos políticos, en cuanto implican participar más o menos directamente en el proceso de autogénesis del derecho. Es apreciable la tendencia a unificar lo público y lo privado, absorbiendo esto último en aquello.

### 4. *Los derechos o libertades fundamentales*

Dentro de los derechos políticos se acostumbra incluir los derechos o libertades fundamentales que las Constituciones de los Estados modernos regulan: igualdad ante la ley, inviolabilidad de la propiedad, libertad personal, de opinión, de creencias, etcétera. Para Kelsen estos derechos o libertades fundamentales no son ni derechos reflejos ni derechos en sentido técnico; son meras disposiciones de la Constitución que prohíben dictar leyes contrarias a esas garantías, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que violen esta prohibición pueden ser anuladas. En particular, la igualdad garantizada por la Constitución significa, o que la ley no puede

establecer ciertas discriminaciones que la propia Constitución determina, o bien, implica simplemente igualdad ante la ley, o sea, el principio inmanente a todo derecho, según el cual el órgano de aplicación sólo puede tener en cuenta las desigualdades legalmente contempladas (en este caso, la lesión de esta igualdad no sólo sería inconstitucional, sino también ilegal). En cuanto a la inviolabilidad de la propiedad, viene a significar que las leyes expropiatorias sin indemnización pueden ser eliminadas por inconstitucionalidad. Para que existan estas garantías, Kelsen recuerda que es necesario que la Constitución no pueda ser enmendada mediante la legislación ordinaria, sino sólo por un procedimiento especial bajo condiciones más severas. Además, la Constitución no ofrece garantías verdaderas mientras no impida que ellas sean limitadas por ley. Sólo habría garantía aparente en fórmulas de este tipo: “Todos tienen derecho a expresar públicamente sus opiniones dentro de los límites legales”.

El derecho o libertad fundamental sólo constituiría un derecho subjetivo, en sentido técnico, del individuo, cuando el orden jurídico otorga al sujeto que es afectado por la ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento tendiente a la supresión, para el caso particular o en general, de la ley inconstitucional.

Las anteriores afirmaciones, acordes con el radical positivismo kelseniano que no admite derechos o libertades fundamentales que trasciendan a las normas positivas, tienen, no obstante, un valor técnico desde el punto de vista de la articulación de mecanismos eficaces para la protección de esos derechos y libertades. El principal artífice de la Constitución de Austria, experto en técnica constitucional, pone en manos del legislador instrumentos muy valiosos en la defensa de los derechos humanos, como, por ejemplo, el recurso de inconstitucionalidad, del que nos ocuparemos más adelante.<sup>334</sup> Vale la pena indicar que estas observaciones pertenecen, más bien, a la teoría dinámica, que es donde el contacto de la *Teoría pura* con la realidad jurídica es más intenso.

##### 5. *El derecho subjetivo como permisión administrativa positiva*

En un nuevo párrafo, que sólo se inserta en 1960, se acoge otra clase de “derechos subjetivos” que existirían cuando el orden jurídico condiciona determinada actividad —por ejemplo, el ejercicio de una profesión— a la concesión u otorgamiento de una licencia, es decir, cuando se requiere una

<sup>334</sup> *Ibidem*, cap. IV, n. 31.

permisión administrativa positiva. De faltar este permiso, el ejercicio de esa actividad está prohibido. Por tanto, no es una mera permisión negativa, por cuanto ha de existir un acto positivo de un órgano de la comunidad, en cuya virtud el sujeto beneficiado por la licencia tiene el respectivo derecho. Kelsen destaca la importancia de esta institución en el derecho administrativo moderno.

### XIX. CAPACIDAD JURÍDICA. COMPETENCIA. ÓRGANO<sup>335</sup>

La capacidad jurídica, uno de los nuevos conceptos analizados en la segunda edición alemana, se encuadra en la función de facultar que pueden desempeñar las normas jurídicas. Aquí se emplea un sentido muy lato del término “facultar”, no restringido a la capacidad de producir normas, sino extendido a la posibilidad de realizar una conducta que sea condición directa o indirecta del acto coactivo (la consecuencia jurídica), o que constituya en sí misma la ejecución del acto coactivo. En todos estos casos estaríamos frente a una capacidad conferida por el orden jurídico. Así, dentro del concepto de capacidad se incluyen la capacidad delictual —de poder suscitar mediante el propio comportamiento una sanción—, y la capacidad de hecho —o sea, de producir otras consecuencias jurídicas (que, a su vez, serán condición, más o menos remota, del acto coactivo)—, como serían la capacidad procesal y la de contratar, o la de cumplir las obligaciones.

Se echará de ver la impronta kelseniana de este análisis técnico, siempre conectado con el esquema de la proposición jurídica condicional, y limitado a la descripción de las posibilidades que registran los ordenamientos positivos.

La teoría tradicional —ese complejo al que tan a menudo alude Kelsen, queriendo significar toda la ciencia jurídica que le ha precedido— distingue entre la capacidad jurídica y la competencia o jurisdicción (estos dos últimos términos serían sinónimos). La competencia sería propia sobre todo de los órganos comunitarios, especialmente judiciales y administrativos, en tanto la capacidad se referiría a las personas privadas. Kelsen, por el contrario, resalta el parentesco esencial que existe entre todas estas funciones en la medida en que implican producción de normas jurídicas. De modo que el contenido de la función de celebrar un negocio jurídico sería, en esencia, el mismo que el de la de dictar una sentencia, o promulgar una ley, o

<sup>335</sup> TP (2a. ed. al.), n. 30, pp. 157-168; TP (ed. fr.), pp. 111 y 112; TP (1a. ed. al.), n. 25d, pp. 88 y 89.

interponer un recurso de apelación. Cabría preguntarnos, a su vez, si con esto no se ocultan las diferencias, también esenciales, existentes entre esas actividades jurídicas.

A continuación trata extensamente de la noción de órgano jurídico. Da la siguiente definición: “Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser *atribuida* a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano”.<sup>336</sup> La esencia de la función orgánica consiste, por tanto, en una atribución de una actividad a la comunidad. El jurista vienés usa en este contexto la palabra *Zuschreibung*, y aclara que ya no emplea aquí el término *Zurechnung*, reservado para el enlace normativo entre la consecuencia jurídica y la condición jurídica —o sea, entre dos hechos— dentro de la proposición jurídica. En castellano, pensamos que lo más práctico es convenir en traducir *Zuschreibung* por “atribución”, y *Zurechnung* por “imputación”.<sup>337</sup>

En *Problemas capitales* se utilizaba *Zurechnung* tanto para la relación entre dos hechos como para referir un hecho a una comunidad. La doctrina kelseniana se centraba, como siempre, en la primera relación, la decisiva según la *Teoría pura*, pero en su elaboración sobre la voluntad del Estado como punto final de imputación —que servía para explicar la unidad del orden jurídico— recurría, evidentemente, al segundo sentido de *Zurechnung*. Ya en 1916, en *La ciencia jurídica como ciencia normativa o cultural*, desarrolló este segundo sentido más explícitamente, como atribución de un acto a una comunidad. Y denominó “imputación periférica” a la relación entre hechos, e “imputación central” a la que existe entre una función y la comunidad a la que se atribuye. Por fin, en la segunda edición en alemán recurre a otra expresión, *Zuschreibung*, para designar la imputación central.

Por encima de esta cuestión terminológica, interesa penetrar en el sentido de la *Zuschreibung* o atribución kelseniana. Decíamos que es atribución de un hecho o de una función a la comunidad. Pero ¿qué es la comunidad para la *Teoría pura*? Aunque la cita sea larga, conviene transcribir un pasaje en el que se explica este tema con suma claridad, tocando también otros aspectos fundamentales para la comprensión de gran parte de las conclusiones de la doctrina kelseniana que nos restan por exponer.

Después de formular su definición de órgano, continúa su explicación de la siguiente manera:

<sup>336</sup> TP (2a. ed. al.), n. 30c, p. 161. Cursivas en el original.

<sup>337</sup> Vernengo, en su versión castellana de TP (2a. ed. al.), se atiene a esta diferenciación, pero a veces los emplea como sinónimos, p. 97.

Hay en esto una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejerce la función. La comunidad consiste en el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos. Se dice, por lo tanto, que el orden constituye la comunidad. Pero orden y comunidad no son dos objetos distintos. La comunidad formada por individuos —es decir, lo que esos individuos tienen en común— se reduce solamente al orden que regula sus comportamientos. La conducta de un individuo puede solamente ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo —y ello significa, sin incurrir en ficción: ser referida al orden normativo constitutivo de la comunidad— cuando ese comportamiento se encuentra determinado, como condición o consecuencia, en ese orden normativo. Justamente es mediante la conducta del individuo atribuida a la comunidad, interpretada como acción de una comunidad, que la comunidad es representada como un sujeto actuante, como una persona. Es decir, la atribución de una función determinada por un orden normativo y cumplida por un individuo la comunidad constituida por ese orden, implica la personificación de esa comunidad. Pero, con todo, en esa atribución personificadora, no se expresa sino que la conducta atribuida a la comunidad está determinada por el orden normativo constitutivo de ella, y en este sentido latísimo, autorizada por ella. Atribuir un acto de conducta humana a la comunidad, no significa otra cosa sino referir ese acto al orden constituyente de la comunidad, pensar el acto como un acto autorizado por el orden normativo (en el sentido más amplio de la palabra). De ahí que cualquiera conducta de un individuo, determinada por el orden normativo, y autorizada por éste en ese sentido amplio, pueda ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo, e interpretada como función de la comunidad; y todo individuo, cuya conducta el orden normativo determine, y, en ese sentido, esté autorizada por aquél —es decir, todo miembro de la comunidad— puede ser considerado como órgano de la misma. Un individuo es órgano de una comunidad en tanto y en cuanto cumple una conducta atribuible a la comunidad; y una conducta es atribuible a la comunidad cuando se encuentra determinada, como condición o consecuencia, por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Este es el concepto primario, básico, de la función “órgano”, de la función orgánica en el sentido más amplio de la palabra. Y es el concepto de función orgánica —no el de órgano— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial. En el concepto de órgano aparece el sujeto, o el “portador” de la función, es decir, el elemento personal de la conducta, que es quien cumple la función, función que, como toda conducta humana, está integrada por un elemento personal y un elemento material, involucrando así al elemento personal. El concepto de órgano, como portador de una función distinta del portador, es un concepto sustancial, y en cuanto tal utilizable con conciencia de que, desde el punto de vista del conocimiento científico, la sustancia se reduce a la función. En el concepto de órgano, como porta-

dor de la función, el elemento personal es escindido del elemento material, e independizado, aunque aquél esté inseparablemente ligado a éste. Sólo con esa advertencia puede recurrirse al concepto de órgano, como un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema.<sup>338</sup>

En este texto es patente la influencia de dos concepciones filosóficas: el ficcionismo de Vaihinger y el funcionalismo de Cassirer. En Vaihinger se inspira Kelsen cuando cree descubrir ficciones en el campo jurídico. En 1919 publicó un artículo que se titulaba “Acerca de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial consideración de la filosofía del «como si» (*Als-ob*) de Vaihinger”.<sup>339</sup> Este filósofo, en quien confluyen influencias muy variadas —kantismo, positivismo y pragmatismo—, concibe el pensamiento como una “función orgánica operante según fines”, es decir, no como un quehacer teórico preocupado por la realidad objetiva, sino como un proceso de ordenación del material sensible para fines utilitarios. Sobre esta base enuncia su tesis central: todo conocimiento humano consiste en ficciones o esquemas orientadores, teóricamente contradictorios, en los que los datos sensibles son alterados por necesidades utilitarias. Distingue estas ficciones de las hipótesis, puesto que con éstas se intenta explicar la realidad y son verificables. En cambio, las ficciones serían falsedades conscientes que se justifican sólo por su utilidad. Se dividen en semificciones (*semifiktionen*), que sólo contradicen a la realidad, y ficciones propias (*Vollfiktionen*) que, además de contradecir a la realidad, son en sí mismas contradictorias. A esta última clase pertenecerían todos los conceptos éticos y religiosos. Dado que estos errores son útiles para la ciencia y la vida, Vaihinger sostiene que hemos de vivir y obrar como si fueran verdaderos. En frase célebre sintetizó así su doctrina: “La verdad es la utilidad mayor del error; y éste, una ficción inútil”.<sup>340</sup>

Como se ve, estamos ante una teoría sustancialmente pragmática. Su debilidad intrínseca radica en que si todo conocimiento humano es ficticio, entonces esta misma afirmación que acabamos de formular es una ficción. O, desde otro ángulo, ¿cómo se puede afirmar, aceptando el postulado de Vaihinger, que las ficciones son contradictorias con la realidad si ésta resulta incognoscible? Kelsen, sin embargo, tomó esta filosofía, que desempeñaría una importante función en su doctrina acerca del órgano y de la persona, y, por tanto, del Estado, lo mismo que en su concepción tardía de la norma

<sup>338</sup> TP (2a. ed. al.), n. 30c, pp. 161 y 162.

<sup>339</sup> *Cit.*

<sup>340</sup> Seguimos la exposición de Urdanoz, T., *op. cit.*, VI, pp. 260 y 261. La obra más famosa de Vaihinger es *Die Philosophie des Als-Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*, Berlín, 1911.

básica. Como explica Legaz,<sup>341</sup> la aplicación de la filosofía del “como si” a la teoría jurídica kelseniana es un tanto peculiar. Desde luego, interesa aclarar que no se trata de ficciones del derecho, sino de la ciencia jurídica. El fin de tales ficciones, según el jurista vienés, consistiría en conocer el objeto en su generalidad. De este modo, la comunidad sería una ficción personificadora del conjunto del ordenamiento jurídico. Mientras se sea consciente de que ese concepto no es más que una ayuda del pensamiento para abarcar las normas en su globalidad, puede utilizarse por la ciencia jurídica, pero en cuanto se desdoblara, pensando esa comunidad como algo real, distinto del orden normativo, habría de eliminarse como inaceptable para la ciencia. Kelsen no parece compartir el aprecio de Vaihinger por la utilidad de los “como si”; más bien, se empeña en identificarlos y desterrarlos de su disciplina, admitiéndolos, a lo sumo, como meros recursos mentales auxiliares que facilitarían la exposición. El ficcionismo kelseniano, más que expresión de pragmatismo en el modo de concebir la tarea del jurista, resulta ser un expediente para expulsar de la ciencia jurídica todo aquello que no se aviene con la pureza del método. Todos los objetos que el jurista encuentra a su paso, y que no son reducibles a pura norma, son descartados como ficticios. Ficcionalismo y pureza metódica, hija del neokantismo, se armonizan perfectamente en la doctrina de Kelsen.

En el texto transcrito también se aprecia la oposición de nuestro autor frente al concepto de sustancia. Su antisustancialismo, que corresponde a un funcionalismo, en cuanto reduce la sustancia a función, procede de Cassire,<sup>342</sup> autor que, si bien perteneció a la Escuela de Marburgo, poseyó características peculiares dentro de ella. Estudió atentamente los conceptos de sustancia y función, y adoptó una postura netamente funcionalista. La naturaleza o esencia del hombre, por ejemplo, no sería más que una definición funcional. Este elemento se engarza con facilidad en la síntesis kelseniana, en cuanto ésta concibe lo real como puramente empírico. Negando la sustancia como un concepto metafísico, se la sustituye por mera función, y ésta última se salva porque de algún modo se relaciona con nuestro conocimiento y sus leyes trascendentales. La función orgánica, por ejemplo, es mera atribución hecha por nuestra razón de un acto a un orden normativo. Tanto lo atribuido —el acto como objeto de una norma— como su término —el orden normativo— y, por supuesto, la misma atribución en cuanto operación intelectual, son entes de razón en el sentido de que sólo existirían

<sup>341</sup> Legaz y Lacambra, L., *Kelsen...*, *cit.*, pp. 216 y 217, con bibliografía de comienzos del siglo sobre este tema.

<sup>342</sup> Lo afirma Ebenstein, W., *op. cit.*, p. 44. Véase, Urdanoz, T., *op. cit.*, VI, pp. 97-99.

en nuestro entendimiento, sin que pudieran darse en la realidad. Las relaciones constitutivas del orden social, lo mismo que las existentes entre ese orden y quienes lo representan como órganos, son entendidas como meras conexiones lógicas, sin consistencia extramental. Es la herencia del nominalismo, negación de la relación real, que sólo ve relaciones de razón. En suma, se procede a una cuidadosa eliminación tanto de la sustancia como de la relación real, quedándose, de una parte, con meros acontecimientos fácticos, sensorialmente captables, y de otra, con una red de relaciones exclusivamente de razón, con las que la ciencia organizaría un material fenoménico según determinadas leyes o esquemas del pensamiento.

Con estas premisas ficcionistas y funcionalistas ya está delineada toda la teoría kelseniana de la persona en el derecho y, en consecuencia, del Estado en cuanto persona jurídica. Bastará con aplicarlas estrictamente para obtener las correspondientes nociones “puras”.

La función orgánica, es decir, la atribución de una función en el orden jurídico a la comunidad constituida por ese orden, aparece como una operación siempre posible —en tanto esa función se halle determinada por las normas positivas, lo que constituiría una condición indispensable para realizarla—, pero de ninguna manera tendría un carácter necesario. Por esta razón, es posible que los usos lingüísticos jurídicos expresen en unos casos esa atribución, y no en otros. Estaríamos frente a un problema de mera convención del lenguaje. Kelsen expone una serie de restricciones habitualmente presentes al hablar de las funciones orgánicas que impiden, por ejemplo, decir que los sujetos que son partes de un contrato son órganos de la comunidad, en circunstancias de que también en tal caso se reunirían, según él, todos los requisitos esenciales para la existencia de la función orgánica, en particular se daría una función determinada por las normas jurídicas. Por lo pronto, no se suele efectuar una atribución a la comunidad cuando se trata de conductas prohibidas, es decir, delitos. Además, sólo se acostumbra llamar “órgano” a un individuo cuando éste se halla calificado de alguna manera, existiendo, por tanto, una división funcional del trabajo. En todo orden jurídico existe un mínimo de esta división, en cuanto se establecen ciertas condiciones para realizar algunas funciones, por ejemplo, para contratar. Pero el concepto de órgano usualmente empleado es aún más restringido porque requiere un nombramiento del individuo que desempeña la función, y se agrega la exigencia de un estatus personal de funcionario. El libro describe minuciosamente estas convenciones lingüísticas a las que, sin embargo, no concede más relevancia que la de simples usos acostumbrados en el lenguaje jurídico.

No aparece, en consecuencia, ningún criterio objetivo esencial para distinguir aquellas funciones que se ejercen en nombre de la comunidad con respecto al resto de las funciones jurídicas. Una vez más, las fronteras entre lo público y lo privado han sido borradas, sencillamente porque las realidades correspondientes —los individuos reales y la comunidad real formada por ellos— no tienen entrada en la doctrina pura. Dentro de la esfera lógica del deber ser no parece que haya ningún elemento que permita diferenciar ambos ámbitos.

## XX. CAPACIDAD DE DERECHO Y REPRESENTACIÓN<sup>343</sup>

En la síntesis de 1960 se ha añadido el análisis de los conceptos de capacidad de derecho y representación. Como es habitual, primero se expone la doctrina tradicional que distingue entre capacidad de derecho —de tener derechos y obligaciones— y capacidad de hecho —de actuar—. Según esta teoría, habría quienes gozan de capacidad de derecho sin poseer la de hecho, por lo que han de actuar mediante representantes.

Kelsen rechaza este planteamiento. Basándose en su concepto de obligación jurídica, sostiene que para ser capaz de obligarse hace falta ser capaz de cometer un delito y, por ende, tener capacidad de hecho. En consecuencia, los niños y los enfermos mentales no serían titulares de obligaciones jurídicas. Tampoco serían sujetos de derechos. Si se trata de simples derechos reflejos, es al representante a quien le corresponde la disposición de las cosas o la recepción de las prestaciones debidas. Si consideramos el derecho como poder jurídico, también pertenecería al representante, pues él es quien ha de ejercerlo. Sin embargo, tanto los derechos reflejos como los derechos subjetivos en sentido técnico deben ejercerse por el representante con una limitación: el interés del incapaz representado. Esta limitación sería el motivo por el que la teoría tradicional atribuye obligaciones y derechos a los incapaces de hecho.

La atribución de tales obligaciones y derechos al incapaz —por tanto, la institución de la representación legal— sería una ficción, es decir, una interpretación de la realidad en la que se ve al incapaz de hecho como si, a través de otro individuo, pudiera ser titular de obligaciones y derechos, celebrar negocios jurídicos, etcétera. Prescindiendo de esta ficción, las obligaciones y derechos han de atribuirse, según el autor, al representante legal

<sup>343</sup> TP (2a. ed. al.), pp. 168-174. Omitimos su enfoque de la representación convencional por no ser especialmente característico de la *Teoría pura*.

que debe actuar en interés del incapaz que representa; o bien, si por esta última limitación se rechaza tal interpretación habrían de considerarse como obligaciones y derechos sin sujeto.

Estas conclusiones dependen por entero de los conceptos de derecho y obligación que ya hemos expuesto, los que, a su vez, como hemos procurado mostrar, se basan en los presupuestos filosófico-jurídicos del sistema entero. De este modo, los presupuestos condicionan la solución de cuestiones en apariencia tan puramente técnicas como es la de los derechos y obligaciones de los incapaces de hecho. Kelsen llega a concluir que estos, en realidad, son también incapaces de derecho, negándoles la titularidad de derechos y obligaciones jurídicos. Y no es precisamente una cuestión baladí: piénsese, por vía de ejemplo, en que según la *Teoría pura*, carece de sentido defender un derecho a la vida de los no nacidos, por la sencilla razón de que no podrían tener ningún derecho.

El derecho se ha separado por entero de su sustrato ontológico —la persona humana—, y nunca se daría como algo realmente existente en un individuo, sino como mero reflejo de una norma positiva. El único correlativo real que Kelsen tiene en mente a la hora de atribuir ese reflejo a uno u otro sujeto es la capacidad de actuar, o sea, lo que empíricamente puede captarse en el ejercicio de un derecho. Por este motivo no concibe la existencia de derechos en titulares que, por no poseer el grado de madurez suficiente, no son capaces de ejercerlos conscientemente o reclamarlos. Mucho menos puede atribuirles obligaciones jurídicas. Sin embargo, pensamos que Kelsen es bastante consecuente en la medida en que extrema la noción del derecho como facultad, desvinculándola de su objeto real —la cosa debida—. <sup>344</sup> Centrando la noción de derecho en la misma cosa justa, se explica mucho más fácilmente por qué los incapaces de hecho pueden tener cosas realmente suyas, que los demás les deben, sin que puedan ejercitar la respectiva facultad de gozarlas, defenderlas o reclamarlas, que se hallaría en ellos en potencia. Incluso se percibe mejor, en esa perspectiva, cómo pueden ser esos incapaces titulares de obligaciones jurídicas, aunque no puedan cumplirlas por sí mismos, ya que, en virtud de la exterioridad y alteridad de lo jurídico, dichas obligaciones —que satisfacen el derecho ajeno—, pueden cumplirse realmente por medio de otra persona que actúa en su nombre.

---

<sup>344</sup> *Ibidem*, cap. VIII, n. 48b, donde ponemos precisamente este ejemplo para mostrar la primacía del derecho como *ipsa res iusta* sobre el derecho-facultad.

XXI. LA RELACIÓN JURÍDICA<sup>345</sup>

En la compleja temática de las relaciones jurídicas, nuestro autor, según su proceder acostumbrado, critica lo que llama doctrina tradicional, y propone otra de acuerdo con los cánones del método puro. Sólo expondremos lo nuclear de su planteamiento.

“Desde el punto de vista de un conocimiento orientado al derecho, es decir, a las normas jurídicas, sólo son considerados relaciones entre normas jurídicas producidas o aplicadas por individuos, o relaciones entre hechos determinados por normas jurídicas, pero no relaciones entre individuos”.<sup>346</sup> Por tanto, no hay relaciones entre sujetos de derecho —puesto que ellas, pensamos nosotros, habrían de concebirse como reales—, sino sólo entre normas, o bien entre hechos en cuanto determinados por normas. Un ejemplo de esta última clase de relaciones jurídicas sería la existente entre la conducta que consiste en el ejercicio del poder jurídico (la acción) y la conducta contra la cual se dirige la sanción (el delito): la primera se encaminaría, en virtud de lo normativamente dispuesto, al castigo de la segunda: serían dos condiciones de la sanción. En cambio, entre una obligación jurídica y el derecho subjetivo no habría relación porque no serían dos fenómenos distintos jurídicamente relevantes.

Critica la teoría según la cual la relación jurídica es una relación existente con independencia del orden jurídico, es decir, una relación que se daría en el material social y que recibiría del derecho sólo su determinación externa. La relación jurídica, dice Kelsen, no es un contenido disfrazado bajo una forma jurídica, sino que es la forma jurídica misma, que se configura mediante las normas. Así, por ejemplo, el matrimonio, como institución jurídica, sólo consistiría en un conjunto de normas positivas, porque las relaciones que implica serían constituidas por esas normas y en el fondo se reducirían a ellas.

Estas afirmaciones se limitan a la aplicación de la óptica normativista tan propia de la *Teoría pura*. Las relaciones jurídicas sólo ligarían unas normas con otras, ya que los hechos sólo cuentan en cuanto determinados por las normas. Incluso la crítica a la concepción de las relaciones jurídicas como algo real se efectúa desde la perspectiva de completa separación entre lo jurídico y lo real. Captar lo jurídico en la realidad contradiría el principio clave de incomunicación *Sein-Sollen*. La respuesta kelseniana al arduo pro-

<sup>345</sup> TP (2a. ed. al.), n. 32, pp. 174-178; TP (ed. fr.), pp. 118-120; TP (1a. ed. al.), n. 22, pp. 74-76.

<sup>346</sup> TP (2a. ed. al.), n. 32, pp. 175 y 176.

blema de las relaciones entre la realidad social y su estructura jurídica se resume en una tajante separación entre ambas, lo que no le impide considerar la eficacia como condición de la validez de las normas.

## XXII. SUJETO DE DERECHO. LA PERSONA<sup>347</sup>

La *Teoría pura* gusta de presentarse en contraste con doctrinas opuestas a ella. En su introducción al tema de la persona en el derecho, o sea, de los sujetos de derecho, polemiza con quienes consideran a la subjetividad jurídica como algo independiente del orden jurídico. Para Kelsen, el mismo concepto de sujeto de derecho no sería más que una modificación del de derecho subjetivo, entendido como algo prioritario respecto a la obligación y como preexistente al orden jurídico positivo. En el fondo, en tal concepto estaría latente una postura ideológica que defiende la propiedad privada.

Al margen de esta perspectiva, ya suficientemente tratada al hablar del derecho subjetivo,<sup>348</sup> queremos subrayar lo que constituye la esencia de la personalidad jurídica según Kelsen.

La doctrina tradicional define a la persona en derecho como sujeto de derechos y obligaciones, y distingue dos clases de personas: físicas o naturales —los individuos humanos— y jurídicas —otras entidades—. Veamos brevemente la crítica kelseniana de esta concepción hasta dar con lo que el autor, desde su obra temprana *El problema de la soberanía*,<sup>349</sup> considera una de las conquistas de la *Teoría pura*: la concepción unitaria de la personalidad jurídica.

Se dice que la persona “tiene” derechos y obligaciones. Tanto las personas físicas como las personas jurídicas aparecen como portadores de los mismos derechos. Ahora bien, Kelsen afirma que la persona “es” esas obligaciones y derechos. La persona “...es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de «persona»”.<sup>350</sup> Como los derechos y obligaciones se reducen a las mismas normas jurídicas que las otorgan o establecen, resulta que la persona viene a ser un conjunto de normas. Este es el concepto unitario de personalidad jurídica que la *Teoría pura* propone, válido tanto para las personas naturales

<sup>347</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33, pp. 178-200; TP (ed. fr.), pp. 115-118; TP (1a. ed. al.), nn. 20-21, pp. 71-74. Véase también Campagnolo, Umberto, “La notion de «personne juridique» dans la Doctrine pure du droit”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 11, 1937, pp. 215-228.

<sup>348</sup> *Ibidem*, n. 18a.

<sup>349</sup> *Cit.*

<sup>350</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33b, p. 183.

como para las tradicionalmente denominadas “personas jurídicas”. Como es lógico, Kelsen insiste en que la persona física o natural no es nada físico o natural —nada real—, sino que es persona jurídica, o sea, unidad de un conjunto de normas. Por eso suele entrecomillar el calificativo de “jurídicas” con que se distinguen las personas no naturales: para él, toda persona en derecho sólo puede ser persona jurídica.

En la realidad, el autor no percibe sino acciones y omisiones realizadas por individuos concretos. Tales acciones y omisiones interesan a la ciencia pura del derecho sólo en cuanto se hallan determinadas por las normas jurídicas. Por tanto, no importarían en absoluto los individuos en cuanto tales, es decir, en sus dimensiones no reducibles a lo puramente jurídico. De esas dimensiones, Kelsen sólo acepta una como real: la empírica, accesible a nuestros sentidos. Las demás, y en primer término el concepto ontológico de persona con todas sus consecuencias, serían productos ideológicos. Pero sea que las considere como reales o ideológicas, la pureza metódica total le exige prescindir de ellas. De ahí que la persona termine siendo norma o conjunto de normas. En cuanto este orden normativo se concibe de modo personalizado, incurriríamos en una ficción, utilizable sólo si se es consciente de ella, como mero concepto auxiliar; ilegítima si se mira como una sustancia, en lugar de repararse en su condición de pura función normativa. Ficcionalismo y funcionalismo, dos elementos filosóficos que ya hemos expuesto,<sup>351</sup> completan la visión kelseniana de la personalidad jurídica.

Respecto a las personas físicas, Kelsen piensa que su característica distintiva reside en que el complejo de normas en que consistiría toda persona, encuentra su unidad en el hecho de que esas normas obligan y facultan a uno y el mismo hombre. El contenido de esas obligaciones y derechos es la conducta de un solo hombre. “La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas, que obligan o facultan a uno y el mismo hombre”.<sup>352</sup> Por esta razón, la persona física sólo sería una construcción jurídica. Si pertenece al mundo del *sollen*, debe haberse depurado de todo lo que pudiera contaminarla con el *sein*. Sin embargo, obsérvese que la referencia a la realidad natural de un hombre termina siendo inevitable si se desea distinguirla de otras construcciones jurídicas.

Las personas jurídicas, distintas de las naturales, se conciben según el mismo esquema normativista. Kelsen examina sobre todo las asociaciones (*Körperschaft*) como caso típico de entidades a las que el orden jurídico im-

<sup>351</sup> *Ibidem*, n.19.

<sup>352</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33b, p. 184.

pone obligaciones y otorga derechos que no pertenecerían a los hombres que las constituyen, sino a la asociación misma entendida como persona jurídica. También aquí hay un complejo de normas, un orden jurídico, que ficticiamente se personifica. La diferencia con las personas físicas estribaría en que este orden regula la conducta no de un solo individuo, sino de una pluralidad de hombres. Esta concepción, por lo demás, se aplica tanto a las asociaciones y otras entidades inferiores al Estado —que serían órdenes jurídicos parciales dentro del orden estatal— como al mismo Estado y a la comunidad internacional, que no serían otra cosa que personificaciones de órdenes jurídicos.

En la persona jurídica, con más facilidad que en la persona física, Kelsen sólo capta, de una parte, conducta humana de sujetos individuales regulada por normas, y de otra, una articulación de esa conducta desde el punto de vista de un orden jurídico parcial.

En su bastante extenso tratamiento sistemático de las personas jurídicas distingue dos aspectos: la actuación de ellas y su titularidad de derechos y obligaciones. En cuanto a la actuación, siempre nos encontramos con la actividad de un hombre determinado que es atribuida a la persona jurídica. De nuevo es éste un problema de atribución (*Zuschreibung*) igual que el ya visto a propósito de la noción de órgano en general.<sup>353</sup> En la asociación existe un orden jurídico particular —los estatutos—, que es constitutivo de la misma, y también hay, generalmente, una organización con división del trabajo. De esta suerte, se dan todas las condiciones para atribuir una conducta a la agrupación —en cuanto que esa conducta está determinada por el respectivo orden jurídico— y representarse a la asociación como persona activa. Pero no puede hipostasiarse lo que no sería más que un recurso mental.

En segundo lugar, se considera a la persona jurídica como sujeto de obligaciones y derechos. Habitualmente se distinguen las obligaciones y derechos de la asociación —sean establecidos por el orden jurídico estatal (externos) o por el propio estatuto social (internos)— de los que corresponden a sus miembros. Kelsen impugna este enfoque fundándose en que las obligaciones y derechos siempre corresponden a los individuos, puesto que las primeras sólo se cumplen mediante comportamientos humanos, y los segundos sólo pueden ejercerse a través de conductas igualmente humanas. En consecuencia, cuando se dice que el orden jurídico estatal impone obligaciones u otorga derechos a una persona jurídica, lo que acontecería es que ese orden determina únicamente el elemento material (el qué) de la conducta que es contenido de la obligación o derecho, dejando la determi-

---

<sup>353</sup> *Ibidem*, n. 19.

nación del elemento personal (el quién), es decir, del hombre que cumplirá la obligación o ejercerá el derecho, al orden jurídico parcial, que son los estatutos de la persona jurídica. En cambio, dice el autor, cuando el orden jurídico estatal se refiere a una persona física, determina a la vez el elemento personal y el material. Por otra parte, cuando se trata de obligaciones y derechos estatuidos por los mismos estatutos, éstos regulan también los dos elementos. Y, añadiríamos nosotros, ¿no es factible que el orden estatal determine también el elemento personal cuando se trata de personas jurídicas? Lo decisivo, en todo caso, es que los obligados o facultados vendrían a ser siempre los mismos individuos, ya sea de modo inmediato o mediato. Pueden ser atribuidas esas obligaciones y derechos —de modo ficticio— al orden jurídico en que consiste la persona jurídica, en la medida en que ese orden —los estatutos— determina la conducta, o al menos su elemento personal. Se trata de una mera operación intelectual, posible y no necesaria que, por tanto, siempre sería discrecional o, mejor, convencional. Por lo demás, también sería posible una atribución común a los miembros de la asociación, más realista, pero asimismo ficticia.

En la segunda edición en alemán Kelsen aplica más en detalle esta doctrina a diversos problemas en torno a la persona jurídica: su capacidad de obligarse y de delinquir, su responsabilidad —que concibe como por el hecho ajeno, cometido por el órgano—, y sus derechos subjetivos. Y termina reafirmando que la persona jurídica, igual que la persona natural, es una construcción de la ciencia del derecho, no del derecho mismo, ni menos es algo perteneciente a la realidad social. Evidentemente, la actividad creadora del derecho se puede servir de estas construcciones científicas. De esta manera, cuando el orden jurídico “concede personalidad jurídica”, sólo querría decir que establece obligaciones y derechos cuyo contenido es la conducta de seres humanos que son los órganos o miembros de la asociación constituida por los estatutos. Esta compleja situación puede ser descrita con ventaja, de modo relativamente más sencillo, mediante el concepto de persona jurídica. En fin, advierte Kelsen que cuando se distingue entre asociaciones con personalidad jurídica y otras que carecen de ella, se utilizaría un concepto más estricto de persona jurídica —también creado por la ciencia del derecho—, reservado para los casos en que el derecho dispone que los miembros sólo responden con el patrimonio colectivo —responsabilidad limitada— o responden con él en primer término.

Repetidas veces se ha alabado esta construcción teórica como un logro de primera magnitud. Ciertamente, se trata de un esfuerzo significativo por captar jurídicamente un tema tan debatido. Nos parece que la personalidad jurídica es formalmente una construcción técnico-jurídica. Pero todo el

análisis de la doctrina pura acaba en la negación de la personalidad jurídica tal cual se entiende habitualmente, ya que no admite titulares de derechos y obligaciones distintos de los individuos. A esta negación le impele su empirismo, que le torna incapaz de captar en la realidad lo que constituye el sustrato ontológico de las personas jurídicas: las relaciones humanas reales, que se dan en función de objetivos comunes que requieren la cooperación entre los hombres y una peculiar organización. Estas relaciones no son entidades de razón: pertenecen a la realidad y contienen en sí un núcleo de juridicidad anterior al derecho positivo. Esas situaciones reales exigen un tratamiento diferenciado donde se acentúe la independencia de la organización respecto a sus miembros, en vista de su práctica operatividad jurídica. Para esto pueden emplearse fórmulas jurídicas muy variadas, entre ellas la de persona jurídica. La personalidad jurídica se nos presenta como una formalización jurídica en cuya gestación puede haber influido la ciencia jurídica, pero en cuanto establecida positivamente no es ya mero recurso intelectual científico, sino que modifica la misma realidad reglada. Por otra parte, esa formalización no puede desconectarse de su base real, que fundamenta y condiciona toda configuración positiva de esta materia.

Estimamos que la tarea del jurista a nivel científico-técnico debería concentrarse aquí en el análisis de la utilidad práctica de instrumentos técnicos tan valiosos como la personalidad jurídica, al servicio de la implantación de un orden justo en la realidad misma.<sup>354</sup> En fin, respecto a la persona física, aunque es claro que ha de conceptualizarse jurídicamente en el ámbito de la ciencia del derecho, como explicaremos más tarde, su concepto jurídico no puede separarse del ser real de la persona humana. Por otra parte, nos parece acertado que, a nivel científico-técnico, se utilice un concepto unitario de persona jurídica, como una clase determinada —específicamente formalizada— dentro de la noción, también técnica, de sujeto de imputación de las diversas situaciones jurídicas.

### XXIII. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL DERECHO POSITIVO<sup>355</sup>

El método utilizado por Kelsen a lo largo de toda la estática jurídica ha sido siempre el mismo. Comienza por las definiciones tradicionales, generalmente

<sup>354</sup> Acerca de la persona jurídica en la ciencia del derecho, véase Castro, Federico de, *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981.

<sup>355</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33g, pp. 199 y 200; TP (ed. Fr.) pp. 132-134; TP (1a ed. al.), n. 26, pp. 92-94.

expuestas en forma muy somera; las examina a la luz de sus presupuestos, achacándoles normalmente ocultas motivaciones ideológicas, y acaba reinterpretándolas en función de su concepción de lo jurídico. Los conceptos que mejor parados salen vienen a ser simples aspectos de la norma. El resto queda en la condición de ficciones y meros conceptos auxiliares.

En el párrafo conclusivo de este capítulo, Kelsen señala que su teoría consigue superar la actitud subjetivista hacia el derecho, que tiende a considerarlo desde el punto de vista de los intereses de las partes. La *Teoría pura*, por el contrario, sería plenamente objetivista y universalista. Apunta a la totalidad del derecho, entendido como un orden. Concibe cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con los demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico. Todos los problemas jurídicos serían así planteados y solucionados como problemas del orden jurídico. “La teoría del derecho se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberado de todo juicio de valor ético o político, del derecho positivo”.<sup>356</sup>

La conclusión de todo este análisis estático es muy sencilla: todo lo jurídico se reduce a norma positiva. Este es el principio explicativo que guía al autor en la diversidad de los problemas jurídicos. Todo lo no transformable en norma queda al margen de la ciencia jurídica. Y esta suerte le toca, ante todo, al gran protagonista del derecho: el hombre.

### *Sección II: Dinámica jurídica*

#### XXIV. LA NORMA BÁSICA O FUNDAMENTAL (*GRUNDNORM*)<sup>357</sup>

##### 1. *Introducción del elemento dinámico en la Teoría pura*

Junto a la estática jurídica, la *Teoría pura* contiene una dinámica en la que estudia el proceso jurídico de producción y aplicación del derecho, o sea, el derecho en movimiento. Con ello, sin embargo, no salimos fuera de las normas, ya que los actos por los que se produce y se aplica el derecho sólo interesan aquí en cuanto constituyen el contenido de normas jurídicas. Por tanto, también la teoría dinámica del derecho tiene por objeto el análisis de normas jurídicas, aquellas que regulan la génesis del derecho.

La introducción de la nomodinámica, como perspectiva complementaria de la nomoestática, constituye, en nuestra opinión, la mayor muta-

<sup>356</sup> TP (2a. ed. al.), n. 33g. p. 200.

<sup>357</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34, pp. 200-232; TP (ed. fr.), pp. 135-146; TP (1a. ed. al.), nn. 27-30, pp. 94-107.

ción experimentada por la doctrina kelseniana. En *Problemas capitales* sólo aparecía la estática, aunque se insinuaba la posibilidad de la dinámica.<sup>358</sup> Al inicio de su carrera, Kelsen pensaba que la producción del derecho era una cuestión metajurídica y no había alcanzado la concepción de los actos jurídicos singulares como normas jurídicas individuales, de modo que la implantación e individualización del derecho también eran considerados como algo fuera del derecho —constituido sólo por las normas generales— que no podría ser objeto de la ciencia jurídica. Sin embargo, se reconocía que la voluntad del Estado también se manifestaba a través de actos individuales.<sup>359</sup>

¿Cómo se incorporó a la doctrina kelseniana el elemento dinámico? Nos parece que fue decisivo el tema de la unidad del orden jurídico. Al principio esta unidad se atribuía a la voluntad del Estado como punto final de imputación. Pero la unidad se fundaba así en un elemento ficticio y no explicaba los problemas de producción y aplicación de las normas. La nomodinámica fue apareciendo poco a poco como la base de la unidad del ordenamiento. Ya en 1913 hablaba del devenir de la norma,<sup>360</sup> y la norma básica haría su aparición al año siguiente en *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*,<sup>361</sup> siendo más ampliamente expuesta en *El problema de la soberanía* (1920).<sup>362</sup> En el prólogo a la segunda edición de *Problemas capitales* (1923) deja constancia de esta nueva perspectiva, que se abre en la *Teoría pura*,<sup>363</sup> y alude a una serie de artículos de Merkl, publicados entre 1917 y 1923, que influyeron determinadamente en esta materia, hasta el punto de que Kelsen calificó a su discípulo, como decíamos, de “cofundador” de la *Teoría pura*. A partir de entonces, el elemento dinámico cobra una siempre creciente importancia dentro del sistema, hasta ser probablemente lo más conocido de toda la doctrina. La famosa *Stufenbautheorie* (teoría de la construcción escalonada), aunque procede originariamente de Merkl, se ha difundido por todas partes como aspecto muy apreciado dentro de la doctrina kelseniana. Se le dan diversas denominaciones: teoría de la construcción escalonada del orden jurídico, o de la pirámide jurídica, o de la estructura

<sup>358</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, pp. 491 y ss.

<sup>359</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, *cit.*, pp. XXIV y ss.

<sup>360</sup> En su artículo “Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft”, *cit.*

<sup>361</sup> En *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32, 1914, pp. 202-245, 390-438.

<sup>362</sup> *Cit.*, pp. 99 y ss.

<sup>363</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.* pp. 12-16. Véase también la abundante producción bibliográfica de Merkl en Métall, R. A., *Hans Kelsen, Leben und Werk*, *cit.*, pp. 188 y 189.

jerárquica del ordenamiento. Dentro de ella ocupa un lugar relevante la teoría de la norma básica o fundamental (*Grundnorm*), siempre asociada inmediatamente al nombre de Kelsen. La norma básica constituye la piedra angular de toda la construcción.

El derecho tendría la peculiaridad de regular su propia producción. De ahí que una norma vale jurídicamente en tanto ha sido producida en la forma determinada por otra norma. Esta relación puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación: la norma que regula la producción es superior; la norma producida conforme a esa determinación es inferior. El orden jurídico no sería un sistema de normas situadas en un mismo plano, sino una construcción escalonada de diversos niveles de normas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma reposa en la de otra hasta arribar a la *Grundnorm*.

La dinámica se introduce para responder al problema de la unidad del orden jurídico compuesto por una multiplicidad de normas. Al mismo tiempo, se atiende a otra cuestión que, en la mente del creador de la *Teoría pura*, aparece muy ligada a la de la unidad: la concerniente al fundamento de validez del derecho. Ambas interrogantes encontrarían en la nomodinámica una respuesta propiamente jurídica. El tema de la producción y aplicación del derecho deja de estimarse como algo meta jurídico y pasa a verse como algo jurídico, en cuanto regulado por normas. Esta sería la “autogénesis del derecho”.

Aparte de intentar solucionar los problemas de la unidad y del fundamento de validez, la *Teoría pura*, al incluir esta perspectiva dinámica, ha dado un paso importante de acercamiento a la realidad jurídica. En efecto, se parte de la comprobación de datos reales de los ordenamientos positivos: en ellos hay normas de diverso nivel que se subordinan entre sí; el problema de la producción de normas es materia de la regulación de las mismas normas positivas. La novedad de la *Teoría pura* no se encuentra en el descubrimiento de la jerarquía normativa, idea muy antigua en la vida del derecho, de la cual otros juristas, como Bierling, se habían ocupado ya ampliamente. Lo peculiar de la *Teoría pura* es la función que atribuye a esa jerarquía, tratándola de acuerdo con su enfoque formalista y en función de los problemas de la unidad y el fundamento de validez del derecho. De todos modos, pensamos que este capítulo de la *Teoría pura*, como se abre más a la vida práctica del derecho, es susceptible de recibir múltiples aplicaciones concretas, sobre todo en orden a asegurar una efectiva jerarquización entre las normas.

## 2. *La norma básica o fundamental como fundamento de validez de un orden normativo*

Si se concibe al derecho como un orden normativo, cabe preguntarse qué funda la unidad de la multiplicidad de normas y, en estrecha relación con esa interrogante, indagar cuál es el fundamento de validez de una norma, o sea, en qué se apoya su obligatoriedad o deber ser.

*El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma.* Esta tesis es un corolario de la separación entre ser y deber ser. Kelsen describe en estos términos lo que llama “silogismo normativo”, que expresa lógicamente la fundamentación de una norma en otra: la premisa mayor dice que debe obedecerse a tal autoridad (este enunciado deóntico expresa la *conditio per quam*); la premisa menor contiene el hecho de haber sido establecida una norma por esa autoridad (se trata de un enunciado fáctico, que recoge una *conditio sine qua non*); la conclusión es la norma cuyo fundamento de validez está expresado por la premisa mayor. En *Teoría general de las normas* matiza esta doctrina; como no cabría deducir la norma individual de la general, ya no habla de “silogismo normativo”, pero conserva la teoría de la fundamentación de la validez de una norma en otra norma, lo que sería expresado por medio de un “silogismo teórico”.<sup>364</sup>

Así, una norma siempre se basa en otra superior, según este esquema. Pero como en la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguirse al infinito, hay que concluir en una norma última, suprema, que no es puesta —si lo fuera, habría que buscar, a su vez, su fundamento en otra norma—, sino presupuesta. Esta es la *Grundnorm*, traducida al castellano como “norma básica o fundamental”.<sup>365</sup> Esta norma fundamental sería la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un orden jurídico, y es lo que constituiría su unidad.

Kelsen distingue, según la índole del fundamento de validez, dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y otro dinámico. En el tipo estático, las normas se derivan mediante una inferencia lógica de lo

<sup>364</sup> *Allgemeine Theorie der Normen, cit.*, pp. 203 y ss.

<sup>365</sup> Vernengo propone llamarla “norma fundante” con el objeto de evitar la connotación de importante que la palabra “fundamental” tiene en castellano, y para disminuir la tentación de confundirla con la Constitución positiva de un Estado (TP (2a. ed. al.), nota del traductor, p. 358). Preferimos atenernos al uso más extendido y hablar, por tanto, de “norma básica o fundamental”. Nadie negará la importancia de la *Grundnorm* en la *Teoría pura*, por lo que no parece haber necesidad de evitar esa connotación. Además, el adjetivo “fundante” puede aplicarse a toda norma en cuanto es superior respecto a otra, y no sería exclusivo de la norma suprema y última.

general a lo particular, y, por consiguiente, valen por su contenido. La norma fundamental de un orden estático prestaría a la vez el contenido y el fundamento de validez de las normas. Ejemplo de sistema estático sería la moral. Así, de la norma “se debe amar al prójimo”, se deducirían múltiples normas: “no se le debe ocasionar mal” y, más en especial, “no se debe matarlo ni herirlo”, etcétera. Pero una norma suprema de esta clase, dice Kelsen, debiera ser evidente, ya que de no serlo, tendría que fundarse en otra norma. Y para nuestro autor no existen normas evidentes conocidas por la razón: ellas provienen siempre de actos de voluntad empíricos. Por tanto, las normas de la moral también tendrían como fundamento último una norma presupuesta, según la cual habría que comportarse conforme a una autoridad sobrehumana o de acuerdo con la costumbre. Como esta norma fundamental no proporciona el contenido de la regulación, incluso en el orden moral se haría presente el elemento dinámico conforme al cual la *Grundnorm* sólo establece la forma de implantar las normas. Las normas pertenecen a un orden dinámico en cuanto han sido producidas de conformidad con la norma básica, no por su contenido. El contenido sería determinado por las autoridades facultadas para dictar normas. Kelsen advierte que, como en el caso visto de la moral, los dos principios —estático y dinámico— pueden estar presentes en un mismo sistema normativo.

Dentro de esta tipología, el sistema normativo jurídico tendría esencialmente un carácter dinámico. Por ende, una norma jurídica no valdría por su contenido sino por haber sido producida de acuerdo con la norma fundamental. “*De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho*”.<sup>366</sup> La *Grundnorm* del orden jurídico no es una norma material a partir de la cual se deducen normas. Éstas tienen que ser producidas por actos particulares de imposición. Son normas impuestas, vale decir, positivas.

La *Grundnorm* es el punto de partida del proceso de la producción del derecho positivo. Ella misma no es impuesta, sino supuesta. Kelsen diferencia nítidamente la norma básica como “constitución en sentido lógico-jurídico” de la “constitución en sentido jurídico-positivo”, lo que se llama normalmente la Constitución de un Estado.<sup>367</sup> La *Grundnorm* es el fundamento de validez de la Constitución y de todas las demás normas de un orden positivo.

Primeramente, nuestro autor aplica esta doctrina a los órdenes jurídicos estatales, haciendo abstracción del orden jurídico internacional. Cuando examinemos el derecho internacional, señalaremos de qué forma la *Stu-*

<sup>366</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34c, p. 205. Las cursivas son nuestras.

<sup>367</sup> Por vez primera apareció esta distinción en Verdross, A., “Zum Problem der Recht-sunterworfenheit des Gesetzgebers”, *Juristische Blätter*, 1916, pp. 471 y ss.

*fentheorie* recibe aplicación.<sup>368</sup> En el orden nacional, el proceso lógico que conduce a la norma básica suele ser el siguiente: tenemos un acto coactivo —no se olvide la definición del derecho como norma coactiva—; su fundamento se halla en una norma jurídica individual (por ejemplo, una sentencia judicial), la cual se ha dictado de conformidad con una norma general, como puede ser una ley. Esta ley encuentra su apoyo en la Constitución, y ésta última, a su vez, o bien es la primera Constitución histórica (o ha sido implantada revolucionariamente, lo que sería equivalente), o a su turno, remite a una primera Constitución, de la cual provendría por vía de enmiendas. Si se renuncia a referir la validez de esta primera Constitución histórica a una norma establecida por la naturaleza o por Dios, entonces nos veríamos precisados a dar con algo presupuesto, que ha de ser una norma que permita interpretar el sentido subjetivo de todas las normas de un orden como su sentido objetivo. Dado que el derecho es, según Kelsen, un orden coactivo, nuestro autor propone, entre otros, el siguiente enunciado de la norma básica: “...los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe)”.<sup>369</sup>

La teoría de la norma fundamental, como toda la nomodinámica, pretende sobre todo entregar una solución al problema del fundamento de validez de las normas y de su unidad. Esta doctrina resulta de la confluencia de los siguientes elementos: la separación *Sein-Sollen*, con su consiguiente formalismo; el punto de vista dinámico en el análisis del derecho, y el principio aristotélico de que no cabe remontarse al infinito en una serie de causas. En virtud de la incomunicación entre el ser y el deber ser, no es posible, en la *Teoría pura*, fundamentar la validez de las normas en la realidad de un orden natural. Al mismo tiempo, tampoco cabe negar el problema de la validez, puesto que ello equivaldría a diluir el *Sollen* en el *Sein*, al dejar sin respuesta la pregunta del porqué del deber ser. La fundamentación de éste sólo podría situarse en una norma, pero como el problema se plantea respecto a toda norma positiva, es menester postular una norma no positiva.

La esencia de la norma básica en Kelsen queda así suficientemente descrita. Kelsen, no obstante, evolucionó en el modo de concebirla, aunque la esencia nos parece que permaneció incólume.

En *El problema de la soberanía* se conceptualiza como una aplicación del principio de la economía del pensamiento de Mach. Según este filósofo, tal

<sup>368</sup> *Ibidem*, cap. V, n. 38.

<sup>369</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34c, p. 208.

principio debe regir la elaboración conceptual de la experiencia, reuniendo la rica variedad de las sensaciones referentes a un objeto en conceptos cada vez más universales. El hombre clasificaría los hechos mediante conceptos, y la ciencia sustituiría a la experiencia por representaciones mediante las cuales se haría más fácil manejar la misma experiencia.<sup>370</sup> Kelsen quiere llevar a cabo una economía del valor en el ámbito jurídico: así como los científicos de la naturaleza han de explicar la mayor cantidad posible de datos concretos con la más simple formulación posible, la *Grundnorm* debería comprender la mayor cantidad posible de *Sein* como conforme al *Sollen*, reduciendo así lo más posible la tensión *Sein-Sollen*, a la que aludiremos al tratar las relaciones entre la validez y la eficacia.

Por otra parte, Kelsen tiende a enfocar la norma básica como un presupuesto del conocimiento jurídico. Este punto de vista, aportado ya por su discípulo Pitamic en 1917,<sup>371</sup> se combina al comienzo con la anterior perspectiva de la economía del valor, pero a la larga primará sobre ella hasta desplazarla por completo. “Con la teoría de la norma fundamental —dice Kelsen en la primera edición de la *Teoría pura*— la «Teoría Pura del Derecho» sólo intenta poner al descubierto, mediante un análisis del proceder efectivo, las condiciones lógico-trascendentales del método del conocimiento positivo del Derecho que se practica desde tiempo inmemorial”.<sup>372</sup> A la vez se la califica de fundamento hipotético en el sentido de que “Bajo la suposición de que ella vale, vale también el orden jurídico que sobre ella descansa”.<sup>373</sup> Sólo con ese supuesto podría interpretarse el material empírico que se ofrece al jurista como un sistema de normas jurídicas, y no como un mero agregado de hechos.

En la edición de 1960 se le denomina “presupuesto lógico-trascendental”, conforme al cual es posible interpretar el sentido subjetivo de los actos jurídicos como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas objetivamente válidas. Conecta expresamente esta doctrina con la teoría kantiana del conocimiento, pero contadas veces la califica de hipótesis, denominación que al fin abandonará del todo, quizá porque normalmente se asocia una hipótesis con la posibilidad de verificación en los hechos, que, tratán-

<sup>370</sup> La doctrina de Mach se contiene sobre todo en su libro *Erkenntnis und Irrtum (Conocimiento y error)*, Leipzig, 1905. Urdanoz, T., *op. cit.*, V, pp. 396-399. Muy semejante a la postura de Mach es la de Averniarius.

<sup>371</sup> Pitamic, Leonidas, “Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 3 (1917), pp. 339-367 (incluido en Méall, R. A. (ed.), 33 Beiträge, *cit.*).

<sup>372</sup> TP (1a. ed. al.), n. 29, p. 100.

<sup>373</sup> *Ibidem*, n. 29, p. 99.

dose de la norma básica, entendida como supuesta por el pensamiento, no tiene sentido. Sin embargo, Kelsen es cada vez más consciente de que la norma fundamental no es el producto de una libre invención del jurista, sino que está condicionada por la existencia de un orden jurídico eficaz. No hay opción, por ende, entre diversas normas básicas, ya que la *Grundnormen* se refiere a unas normas positivas bien determinadas. La función de la norma básica sería la de permitir que se considere a un orden coactivo eficaz como válido, es decir, consistiría en conferirle el último fundamento de su validez. El material jurídico viene ya dado, con independencia del jurista; éste supone la *Grundnorm*, con el fin de interpretar ese material como derecho válido. De nuevo, la realidad jurídica se va imponiendo en la construcción del jurista de Viena.

En la segunda edición alemana, la norma fundamental aparecía como una norma pensada. Como no es el sentido subjetivo de un acto de voluntad de ninguna persona y, como por otro lado, es imprescindible para fundamentar la validez objetiva de las normas, Kelsen la concebía como una norma meramente pensada, no querida. Tres años más tarde ya descartaba esta doctrina: “La he abandonado al comprobar que una norma (*Sollen*) debe ser el correlativo de una voluntad (*Wollen*). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de voluntad ficticio. En la norma básica se concibe un acto de voluntad ficticio que realmente no existe”.<sup>374</sup> Un año más tarde insiste en que es una ficción, en el sentido de la filosofía del “como si” de Vaihinger, porque al pensar la norma básica hay que pensar, simultáneamente, en una autoridad imaginaria cuyo acto ficticio de voluntad tiene como sentido a la norma básica.<sup>375</sup> Similar doctrina sienta en la *Teoría general de las normas*.<sup>376</sup>

Estos vaivenes en la concepción de la *Grundnorm* no afectan a su núcleo. Como siempre, Kelsen oscila y busca compaginar el neokantismo con el empirismo positivista, manteniéndose, en todo caso, alejado de la metafísica. Acaba concibiendo a la norma básica como una ficción, con lo que pone al descubierto toda la flaqueza de la teoría.<sup>377</sup> El acto de voluntad que creara esa norma debería existir —para concebir el orden jurídico como válido—, pero de hecho no existe. Es importante reconocer, más claramente

<sup>374</sup> Kelsen, H., *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, cit., pp. 199 y ss. Cursivas en el original.

<sup>375</sup> Kelsen, H., “Die Funktion der Verfassung”, *Verhandlungen des Zweiten österreichischen Juristentages*, Viena, Manz, 1964, II (7), pp. 65-76 (incluido en Klecatsky, H. et al., *op. cit.*, II, pp. 1971-1979).

<sup>376</sup> Cit., p. 206.

<sup>377</sup> Es comprensible que a Walter, tan fiel por lo general a Kelsen, no le convenza el término “ficción”, puesto que insinuaría la improbabilidad o imposibilidad de la suposición. Por eso prefiere decir “suposición”. Walter, R., “El estado actual de la teoría pura del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 342 y 343, nt. 44.

que nunca, que la *Grundnorm* es un ente de razón, mas no de aquellos que pertenecen a la esfera de la lógica —como los géneros y las especies—, sino de aquellos que se mueven en el mundo imaginario o ficticio —como el centauro o los dioses de la mitología—. Para comprender el sentido de toda esta doctrina, debe tenerse muy presente que la norma básica, según el jurista de Viena, no tiene ni puede tener ningún correlato real: sólo existe en la mente del jurista y de todo aquel que interprete el orden jurídico como dotado de validez. Su construcción, por otra parte, está determinada, como hemos procurado mostrar, por las mismas bases del sistema.

### 3. *Norma básica y derecho natural*

La norma básica ha sido objeto de las más variadas interpretaciones. Algunos autores, desde posiciones sociologistas o “realistas”, la han asimilado al reconocimiento de la mera existencia fáctica de un orden jurídico eficaz, desechando de la *Grundnorm* todo lo supra-empírico, como su carácter de fundamento de validez.<sup>378</sup> Otros se han esforzado para conectarla con el derecho natural.<sup>379</sup> El mismo Kelsen empleó un tiempo la expresión “derecho natural lógico-jurídico” para referirse a la norma fundamental, aunque luego se arrepintió de ello para no dar lugar a confusiones.

En la obra que seguimos compara abundantemente su posición acerca del fundamento de validez del derecho con la del iusnaturalismo. La norma básica no proporciona una justificación ética ni política al derecho, ni es un patrón para considerarlo justo o injusto ni, en consecuencia, válido o inválido, ya que de ella no deriva ningún contenido jurídico. “No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico...”<sup>380</sup> La *Grundnorm* sólo da una interpretación científica posible, no necesaria, ya que siempre

<sup>378</sup> El reemplazo de la norma básica por la regla de reconocimiento en Hart obedece a un afán empirista de este tipo (cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 310 y 311).

<sup>379</sup> En esta línea se encuentran, aunque con grandes diferencias entre sí, dos autores austriacos que han tratado de utilizar la construcción de la *Grundnorm* en una perspectiva iusnaturalista: Verdross, que la ha desarrollado sobre todo en el derecho internacional público, y René Marcic, que la ha aplicado al derecho constitucional. Verdross, A., *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1976, pp. 20-26; Marcic, R., “Das Naturrecht als Grundnorm der Verfassung”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 13, 1983, pp. 69-90. Otros simplemente reconocen una analogía con el derecho natural; por ejemplo, D’Entreves, A. P., *Derecho natural*, Madrid, Aguilar, 1972, p. 141.

<sup>380</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34i), p. 228.

cabría también la interpretación sociológica, que sólo capta relaciones de poder. En cambio, la doctrina del derecho natural, que funda el derecho positivo en el derecho natural, determina con ello, de algún modo, el contenido del positivo. Si éste se opone al natural, dice Kelsen, sería inválido según el iusnaturalismo.

Según nuestro autor, el único punto en que coinciden las doctrinas iusnaturalistas y la *Teoría pura* consiste en recurrir a normas no positivas como fundamento de validez último de las positivas, pero en todo lo demás difieren por completo. El fundamento de validez que confiere la *Grundnorm* es condicional y relativo en cuanto que sólo si se supone, y ello no es necesario, resulta fundamentado el ordenamiento positivo. En cambio, el derecho natural otorgaría una fundamentación incondicionada y absoluta que no depende de una suposición, sino de una norma natural descubierta en la realidad. En esto último estriba efectivamente, a nuestro entender, la diferencia más profunda entre ambos fundamentos de validez. Además, el de la doctrina pura es sólo formal, en tanto que el de la doctrina del derecho natural afecta al contenido hasta el punto de que —como bien expresa Kelsen— son inválidas las normas opuestas.<sup>381</sup>

Pensamos que este paralelo trazado por el autor es en sustancia exacto, aunque sólo se refiere, como es obvio, al derecho natural en cuanto norma o regla. La *Grundnorm* tiene algo de común con la ley natural en aquella parte de ésta que se refiere a lo jurídico: el ser fundamento de validez del derecho positivo. Pero las diferencias son enormes, y de tanta profundidad, que desde el punto de vista de la doctrina del derecho natural la *Grundnorm* no presta, a nuestro juicio, la menor utilidad, ni siquiera en un plano científico-técnico. Lo que no obsta a reconocer que ella es una trasposición idealista de un aspecto de la ley natural: su carácter de fundamento de las normas jurídico-positivas.

#### 4. *Problemas immanentes de la teoría de la norma básica*

La literatura sobre la norma fundamental es abundantísima.<sup>382</sup> Aparte de las interpretaciones de que ha sido objeto desde posturas filosófico-jurí-

<sup>381</sup> Kelsen pretende que la separación entre el ser y el deber ser encuentre acogida en el ámbito de la ética y del derecho natural, de modo que siempre habría una norma presupuesta fundamental (TP (2a. ed. al.), n. 34d, pp. 210 y 211 y 34j, pp. 230-232). En verdad, la existencia de una ética auténtica y un derecho natural verdadero chocan frontalmente con el principio clave de la incomunicación entre el ser y el deber ser.

<sup>382</sup> Algunos trabajos específicos relativamente recientes: Vernengo, R. J., "La función sistemática de la norma fundamental", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1960, pp. 3-21; Bindsch-

dicas distintas de la kelseniana, se han planteado múltiples cuestiones internas a la *Teoría pura*, es decir, intra-sistemáticas. Nos limitaremos a enunciar algunas de las que nos parecen más relevantes.

A menudo se insiste en la multiplicidad de funciones que se asignan a la norma básica en la doctrina kelseniana. Algunas de ellas serían: la de presupuesto necesario de la posibilidad de interpretar un material jurídico como derecho válido; el ser fundamento de validez de todas las normas positivas; la de factor de unidad del sistema jurídico; el conferir al acto del primer constituyente y a los demás actos en él basados, el poder de crear normas; la transformación del poder en derecho; el establecer la definición del derecho y la eficacia como condición de validez, etcétera.<sup>383</sup> Hay quienes se preguntan si acaso estas funciones son compatibles entre sí.<sup>384</sup>

Otro interrogante que asalta a no pocos seguidores de Kelsen se relaciona con el contenido de la norma básica. Según el jurista austriaco, cada orden jurídico tiene su propia norma básica. Pero si ésta se limita a habilitar la producción jurídica positiva —sin predeterminedar contenido alguno—, ¿en qué se distinguen las *Grundnormen* de los diversos sistemas?<sup>385</sup>

Por otro lado, ¿cómo aplicar la distinción entre norma y proposición jurídica a la norma básica? En efecto, la doctrina de la *Grundnorm* se armoniza más fácilmente con la concepción de la norma como proposición hipotética que con la distinción entre norma y proposición.<sup>386</sup> Es muy lógico preguntarse si ella es norma propiamente dicha —como algo que el jurista se encuentra dado, limitándose a describirlo—, o bien, si ha de verse como

---

ler, Rudolf L., “Zum Problem der Grundnorm”, *Völkerrecht und rechtliches Weltbild. Festschrift für A. Verdross*, Viena, Springer Verlag, 1960, pp. 67-76; Giorgianni, Virgilio, “Il fondamento della validità del diritto nella teoria generale del Kelsen”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 39, 1962, pp. 102-109; Stone, Julius, “Mystery and Mystique in the Basic Norm”, *The Modern Law Review*, Londres, 1963 (motivó una réplica de Kelsen: “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, 17, 1965, pp. 1128-1157); Hughes, Graham, “Validez y norma básica”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 199-223; Raz, Joseph, “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, *American Journal of Jurisprudence*, 19, 1974, pp. 94-111; Peczenik, Aleksander, “On the Nature and Function of the Grundnorm”, *Rechtstheorie*, Beiheft, 2, 1981, pp. 279-296. En TP (2a. ed. al.), n. 34d, pp. 211-213, nt. 121, Kelsen rechaza interpretaciones de su construcción hechas por Engisch, Tammelo y Patterson.

<sup>383</sup> Las enumeraciones hechas por Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., p. 94, y Esquivel, J., *op. cit.*, pp. 136 y 137.

<sup>384</sup> Vernengo, en su artículo recién citado, inauguró esta problemática.

<sup>385</sup> Squella, Agustín, “Validez y eficacia del derecho en la teoría de Hans Kelsen”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 165 y ss.

<sup>386</sup> Cfr. Eikema, H., *op. cit.*, pp. 22 y 23.

enunciado científico-jurídico. Aunque nos inclinemos por esto último, no podemos olvidar que Kelsen continúa llamándola “norma”.<sup>387</sup>

Esta construcción, como se ve, crea no pocos problemas. Por eso no es raro que se proponga prescindir de ella quedándose con el resto del sistema.<sup>388</sup> Diríamos que la norma fundamental resuelve, dentro de la *Teoría pura*, algunas cuestiones, en la medida en que operan en ella restos de un fundamento de validez de índole realista, pero, al mismo tiempo, crea dificultades, incluso inmanentes a la doctrina kelseniana, en cuanto es un producto del método trascendental y del positivismo.

## XXV. LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO. CONFLICTOS NORMATIVOS<sup>389</sup>

Una de las funciones de la norma básica es dotar de unidad a un orden jurídico. El planteamiento del tema de la unidad en 1960 muestra un sustrato neokantiano muy patente. La unidad del derecho se concibe como unidad lógica. Su señal distintiva sería la ausencia de contradicciones entre las proposiciones jurídicas que describen las normas pertenecientes a un mismo orden.

En congruencia con su doctrina de esa época acerca de las relaciones entre derecho y lógica,<sup>390</sup> Kelsen interpretaba los conflictos entre normas como contradicciones, aunque sólo aparentes. Como un conflicto sería un sinsentido, y la ciencia jurídica ha de pensar su objeto como un todo dotado de sentido, sostenía entonces que los conflictos podían y debían ser disueltos por vía de interpretación.

---

<sup>387</sup> En su trabajo *Justicia y derecho natural*, cit., p. 162, sostenía que la *Grundnorm* no era *Rechtsnorm* ni *Rechtssatz*, sino *Soll-Satz*. Sin embargo, en la versión que figura como apéndice a TP (2a. ed. al.), p. 443, se suprimió esa afirmación y simplemente se habla de una norma supuesta. Kunz formula el siguiente dilema: o bien la *Grundnorm* es una presuposición del conocimiento jurídico, o lo es de la constitución del derecho como objeto de ese conocimiento (Kunz, J. L., *Die definitive Formulierung der Reinen Rechtslehre*, cit., p. 375). Walter, *El estado actual de la teoría pura del derecho*, cit., pp. 351 y 352, distingue entre la suposición de la norma básica y la norma básica misma que se supone. Por la suposición se realizaría un juicio, que constituye su objeto, dentro —claro está— de la más estricta inmanencia al propio conocimiento.

<sup>388</sup> Hughes, G., *op. cit.*, es partidario de esta línea.

<sup>389</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34e, pp. 214-217; Engisch, Karl, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, C. Winter, 1935; Hart, H. L. A., “Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7, 1974, pp. 105-140 (este trabajo trata sobre todo del problema de la unidad entre derecho internacional y nacional).

<sup>390</sup> *Ibidem*, cap. III, n. 11.

Indicaba los procedimientos a través de los cuales podía obtenerse tal disolución de las contradicciones, tratando por separado los conflictos entre normas del mismo nivel dentro de la estructura jerárquica y los que se plantean entre normas de distinto nivel. Entre normas del mismo nivel recurría al principio de que la ley posterior deroga la precedente, y en caso de simultaneidad entre normas contradictorias, las entendía como disyuntivas o mutuamente limitadas, o bien, como un absurdo equivalente a la inexistencia de norma válida. Más tarde examinaremos su célebre doctrina acerca de los conflictos entre normas de diverso nivel.<sup>391</sup>

Posteriormente, nuestro autor negó la posibilidad científica de eliminar los conflictos, ya no enfocados como contradicciones. Y dejó entregada su solución al mismo derecho positivo. De este modo, por ejemplo, la derogación sería una institución de derecho positivo.

En resumen —concluía su artículo *Derogación*— debe subrayarse con singular énfasis que los principios de derogación no son principios lógicos, y que los conflictos entre normas permanecen sin solución en ausencia de normas derogatorias expresamente estipuladas o presupuestas silenciosamente, y que la ciencia del derecho es tan incompetente para resolver por interpretación los conflictos existentes entre normas, o mejor, para revocar la validez de normas positivas, como lo es para crear normas jurídicas.<sup>392</sup>

Con ello se pone en tela de juicio la tan deseada unidad lógica del ordenamiento, con lo que queda comprometido el mismo ideal de derecho como sistema. La unidad del orden jurídico se reduciría a una común derivación formal a partir de la norma básica, lo que cuadra, en todo caso, con el formalismo kelseniano.

Es oportuno comentar que en esta viva comprobación de la existencia de conflictos entre normas positivas, que caracteriza al último Kelsen, importa reconocer el fracaso del planteamiento que cifra la unidad del derecho en la eliminación de los conflictos normativos. Tales conflictos no tienen por qué escandalizar o frustrar al jurista si éste, conforme a una visión realista del derecho, pone la unidad del orden jurídico en la común referencia de las normas a la misma realidad reglada. Los conflictos se derivan precisamente de esa común referencia —aspecto puesto de relieve por el jurista de Viena en sus últimos trabajos sobre esta materia—. Por consiguiente, en la misma

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, n. 31.

<sup>392</sup> *Cit.*, p. 274. En *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, pp. 99 y 100, se recoge la tipología de conflictos —necesario y posible; total y parcial; unilateral y bilateral— ya presentada en *Derogación*.

realidad habrán de descubrirse, en definitiva, los criterios que permitan dilucidar las soluciones jurídicas correctas. La tarea del jurista no se reduce a armonizar lógicamente las normas positivas, sino que esta labor se inserta en la más amplia y esencial de colaborar con su ciencia a la realización de un orden jurídico digno de tal nombre en la realidad.

## XXVI. VALIDEZ Y EFICACIA<sup>393</sup>

A propósito de la norma básica en cuanto fundamento de validez, Kelsen se enfrenta con el tema de las relaciones entre la validez y la eficacia del derecho.

Ya conocemos el concepto kelseniano de validez —existencia específica de una norma—, lo mismo que su noción de eficacia, que incluye tanto la aplicación de las sanciones como el acatamiento de las normas mediante las conductas opuestas a aquellas que son objeto de sanciones. Ahora Kelsen enfoca al tema de las relaciones entre ambas propiedades de la norma. De partida, advierte que estamos ante uno de los problemas más importantes y difíciles en una teoría positivista del derecho. La importancia deriva de que si no se logra distinguirlas, y se entiende la validez como mera eficacia, se nos escapa la existencia específica del derecho; y la dificultad estriba, a nuestro juicio, en que una vez separada la validez con respecto a la realidad —en la que sólo se daría la eficacia—, acecha la tentación de desembarazarse de esa poca clara existencia ideal específica de la norma para instalarse derechamente en lo fáctico. En el fondo, aquí se toca, bajo un prisma especial, el problema fundamental de toda la *Teoría pura*: el de las relaciones entre ser y deber ser.

Según el autor, en la solución del problema debe buscarse una vía media entre dos extremos insostenibles: el de la teoría que llama “idealista”, según la cual no habría relación alguna entre validez y eficacia, y el de la teoría “realista”, que las considera idénticas.<sup>394</sup>

La *Teoría pura*, en cambio, ofrece la siguiente solución: a) del mismo modo como hay que distinguir entre la norma y el acto real que la instaaura, debe afirmarse que la validez deóntica de una norma jurídica no es idéntica

<sup>393</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34f y g, pp. 217-225; TP (ed. fr.), pp. 140-146; TP (1a. ed. al.), n. 30, pp. 100-107. Véase Fuchs, Albert, *Die Rechtsgeltung*, F. Deuticke, Leipzig-Viena, 1933; Gennaro, Antonio de, “Diritto e potere in H. Kelsen”, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 43, 1966, pp. 124-134; Squella, A., *Validez y eficacia del derecho en la teoría de Hans Kelsen*, cit.; Santiago Nino, Carlos, “Some Confusions around Kelsen’s Concept of Validity”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 64, 1978, pp. 357-376; Bobbio, N., “Kelsen e il problema del potere”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 58, 1981, pp. 549-570.

<sup>394</sup> En la nt. 125 discute extensamente la tesis “realista” de Ross.

ca a su eficacia real; *b*) a la manera como el acto que implanta la norma es condición de ésta, la eficacia es condición de la validez, tanto si se trata de un orden jurídico en su conjunto como si se refiere el problema a una norma aislada dentro de ese orden, puesto que lo mismo el orden jurídico total que una norma aislada no son considerados válidos cuando han cesado de ser eficaces, y *c*) la eficacia no es el fundamento de validez de las normas. Esta función compete a la norma básica, que pone, o mejor dicho, supone, el acto de voluntad y la eficacia de las normas positivas como condiciones de la validez.

Como se ve, lo esencial de la solución kelseniana se apoya sobre la clásica distinción entre causa y condición. La eficacia no es causa de la validez, sino tan sólo *conditio sine qua non*, de modo semejante —dice Kelsen— a como el nacimiento es sólo condición y no causa de la vida. Esta postura implica un ligero cambio respecto a la contenida en la primera edición de la *Teoría pura*.<sup>395</sup> La relación entre validez y eficacia se veía entonces como una correspondencia que no podría sobrepasar un determinado máximo ni descender por debajo de un cierto mínimo. Por un lado, carece de sentido reglar, por normas jurídicas, aquello que debe acontecer necesariamente. La norma básica no podría estatuir “Debe ocurrir lo que de hecho ocurre”. Pero, por otro lado, la realidad habría de corresponder hasta un cierto grado con el orden normativo: la validez, por tanto, se halla en una cierta dependencia respecto de la eficacia. Este enfoque lo resumía figuradamente como una “tensión” entre el deber ser y el ser. Con el paso del tiempo, la realidad fáctica pesa más en la doctrina pura, y esta doctrina, en cierto modo, se simplifica —sin cambiar en lo esencial—, centrándose en que la eficacia es condición de la validez.

Kelsen distingue dos aspectos de este problema: el concerniente al orden jurídico como un todo y el que atañe a la norma jurídica aislada (*einzel*).<sup>396</sup> En 1960 sus conclusiones se aplican por igual a ambas cuestiones. Tanto el orden jurídico total como la norma aislada dotados de validez pueden ser hasta cierto punto ineficaces —de hecho, las normas nacen válidas antes de poder ser aplicadas o acatadas, y no pierden su validez por el hecho de no ser eficaces en ciertos casos, siendo inevitable una cierta oposición—. Pero la ineficacia generalizada y duradera haría perecer la validez. Por tanto, la *desuetudo* o desuso, como una especie de costumbre ne-

<sup>395</sup> TP (1a. ed.al.), n. 30a, pp. 102 y 103.

<sup>396</sup> Nos parece más adecuado traducir *einzel* por “aislada”, como hace Vernengo, que decir “singular” (1a. ed. al.) o “particular” (ed. fr.), ya que estos vocablos inducen a confusión con las normas individuales.

gativa que elimina la validez de la norma existente, siempre podría minar la validez, tanto de cada una de las normas como de su conjunto. Más aún:

Si la eficacia... es condición de validez, no sólo del orden jurídico como un todo, sino también de una norma jurídica aislada, entonces la función productora de derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita, por lo menos en la medida en que se tome en cuenta la función negativa de la desuetudo.<sup>397</sup>

Aquí encontramos un cambio sustancial respecto a las anteriores ediciones en lo que mira a la norma aislada. En ella sostenía, en principio, la independencia de la validez de aquella respecto a su eficacia, aunque admitía la posibilidad de que el desuso se introdujera como principio jurídico-positivo. Ahora le parece que el desuso pertenecería a la misma esencia del derecho y emanaría, por tanto, de la misma norma fundamental.

Esta cuestión, según Kelsen, puede plantearse en términos de relación entre derecho y poder. El derecho aparece como un determinado orden del poder, que no puede darse sin el poder, pero que se distingue de él. Comparando su doctrina con el iusnaturalismo, son famosas estas palabras suyas:

La pregunta a la cual tiende el derecho natural es la eterna pregunta por aquello que se esconde tras el derecho positivo. Y quien busque la respuesta no encontrará, me temo, ni la verdad absoluta de una metafísica, ni la justicia absoluta de un derecho natural. Quien sin cerrar sus ojos levante el velo, verá venir a su encuentro la mirada fija de la cabeza de la Gorgona del poder.<sup>398</sup>

Su descripción de los cambios constitucionales revolucionarios no es más que una aplicación de esta doctrina. Diferencia dos principios: el de legitimidad y el de efectividad. De acuerdo con el primero, las normas deben durar todo el tiempo que transcurra hasta que se ponga término a su validez de la manera determinada por el mismo orden jurídico. Pero este principio está limitado por el de efectividad. Cuando tiene lugar una revolución, se cambia la Constitución de un modo no previsto en la anteriormente vigente. Cambia, por ende, la *Grundnorm*, y con ella el fundamento de validez de todas las normas, aunque sean recibidas en el nuevo orden todas o algunas de las producidas conforme a la norma básica precedente. Esta modificación de la norma fundamental está condicionada por la modificación de los

---

<sup>397</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34g, p. 224.

<sup>398</sup> Citadas por Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 37.

hechos. Así, el principio de efectividad exige la eficacia de la Constitución y de las normas promulgadas conforme a ella.

Todo este problema de las relaciones entre eficacia y validez depende, sobre todo, de cómo se conceptualice la validez. Para Kelsen, pertenece al mundo del *Sollen*, aunque se relaciona con el *Sein* de la eficacia en términos de condicionamiento. Correspondería a la existencia específica de las normas, como existencia de tipo ideal, no real. Si se repara en que esta validez, en un sistema dinámico como es el jurídico, depende de una norma supuesta, no parece muy descaminado opinar que la existencia específica de la norma es simplemente una existencia intramental en la consideración del que interpreta el material jurídico como derecho válido. Por otra parte, si el fundamento que da la norma básica es condicional, la misma validez de todas las normas será también algo condicional, relativo, no necesario, y optable.

¿Qué agrega la validez a la eficacia? Kelsen nos habla del sentido objetivo, de la obligatoriedad, de la vigencia de las normas, etcétera. Pero nadie sabe a ciencia cierta qué quieren decir esas expresiones en una *Teoría pura*, o sea, cómo se logra impedir que se resuelvan en otras tantas denominaciones “ideológicas” de la eficacia. ¿Puede ser considerado como derecho un orden eficaz que no se estime válido? El siguiente texto parece dar una respuesta afirmativa:

La función de la norma básica no es permitir que se considere como derecho a un orden coactivo que es en general eficaz, puesto que de acuerdo con la definición proporcionada por la *Teoría Pura*, un orden jurídico es un orden coercitivo que es en general eficaz; la función de la norma básica es permitir que se considere a este orden coercitivo como objetivamente válido.<sup>399</sup>

Entonces, normas no válidas podrían considerarse derecho. Imposible es no advertir una flagrante contradicción con la definición de validez como existencia específica de las normas.<sup>400</sup>

<sup>399</sup> Kelsen, H., *Contribuciones a la teoría pura del derecho* (colección de ensayos), Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 70. Corresponde a la respuesta al artículo sobre la *Grundnorm*, de Stone.

<sup>400</sup> En esta insatisfacción ante el concepto kelseniano coinciden de algún modo los autores más dispares: desde un realista escandinavo como Ross (Esquivel, J., *op. cit.*, pp. 118 y 119), que sólo entiende la validez kelseniana como obligatoriedad moral —lo que para un positivista sería inadmisibile—, hasta un tomista como Casaubon (*op. cit.*, pp. 141 y 142), que muestra igualmente la fragilidad de la construcción; “...sólo por un artificio epistemológico neokantiano consigue dificultosa y dudosamente Kelsen distinguir su teoría jurídica de una que redujera el derecho a mero hecho sociológico...”.

El elemento que puede servir para caracterizar la validez en la *Teoría pura* como algo distinto de la eficacia es la correspondencia de una norma con las normas superiores, la cual se reduce al aspecto puramente formal, referido a que la norma se produce por el órgano y conforme al procedimiento establecido por la norma situada en el nivel superior. Por eso, el tema de la validez pertenece a la dinámica. Así, llegamos a la norma básica, pero ésta sólo se supone cuando el sistema es eficaz.<sup>401</sup> La validez, por tanto, siempre termina por relacionarse con la eficacia, hasta el extremo de que es legítimo preguntarse si no se traiciona el principio de la separación *Sein-Sollen*.<sup>402</sup> Predomina el deseo de atenerse a los hechos, tan claro en la teoría de Kelsen, incluso por encima de la coherencia interna de la doctrina, otro anhelo característicamente kelseniano. Difícilmente uno consigue sustraerse a la impresión de que en la *Teoría pura* la eficacia es causa de la validez.

## XXVII. ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO<sup>403</sup>

### 1. *La Constitución*

Después del estudio de la norma básica y de algunos problemas ligados directamente a ella, Kelsen describe la estructura jerárquica de las normas en los derechos estatales. Se trata de una descripción empírica del desplegarse dinámico del orden jurídico desde la Constitución positiva hasta los actos de aplicación, pasando por una serie de gradas o escalones dentro de los cuales pueden también existir normas de diversa clase pertenecientes a un mismo nivel. Evidentemente, el autor se refiere a los ordenamientos jurídicos estatales actualmente existentes, dejando constancia de que la estructura concreta de los órdenes jurídicos es algo variable y que, de hecho, presenta muchas variedades en los diversos derechos positivos del presente. Sólo nos detendremos en algunos puntos más específicos de la *Teoría pura*.

La Constitución<sup>404</sup> representa el estrato superior jurídico-positivo de un derecho estatal. Aquí se alude a la Constitución en sentido material, esto es,

<sup>401</sup> TP (2a. ed. al.), n. 6c, pp. 57 y ss.

<sup>402</sup> Así lo sostiene, por ejemplo, Eikema, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>403</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35, pp. 232-284; TP (ed. fr.) pp. 147-161; TP (1a. ed. al.), n. 31, pp. 108-126.

<sup>404</sup> Tamayo y Salmoran, Rolando, *La Constitución como parte de una teoría general del derecho*, México, UNAM, 1967, pp. 147-159; Giovanelli, Adriano, *Dottrina pura e teoria della Costituzione*

a las normas, legisladas o consuetudinarias, que regulan la producción de las normas jurídicas generales. En cambio, la Constitución en sentido formal se caracteriza por contener algunas disposiciones según las cuales las normas contenidas en la misma ley suprema no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino solamente bajo condiciones más difíciles, mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la “forma Constitución”, en la cual pueden incluirse no sólo las normas que Kelsen estima pertenecientes a la Constitución en sentido material, sino también otras que se refieren, como él señala, a objetivos políticamente relevantes. Siempre existe Constitución en sentido material, pero no siempre en sentido formal. Cuando ésta no se da, entonces las normas que componen la Constitución en sentido material pueden ser modificadas por simples leyes. Paradójicamente, la definición de Constitución en sentido material que da Kelsen se refiere exclusivamente a contenidos puramente formales, como son los modos de producción de las normas jurídicas del estrato inferior. La proclamación y defensa de los derechos humanos y de otros principios jurídicos fundamentales sería algo puramente accidental en las Constituciones.

Sin embargo, nuestro autor reconoce que la Constitución también puede determinar el contenido de las futuras leyes, prescribiéndolo o excluyéndolo. En el primer caso sólo habría una promesa de promulgación de leyes, sin que haya una obligación de hacerlo, puesto que es difícil enlazar a su incumplimiento una sanción. Más eficaz sería la exclusión de ciertos contenidos: es una tentativa de impedir que tales leyes lleguen a producirse. Para que tal tentativa pueda prosperar hace falta la existencia de formalidades constitucionales, y además debe haber un procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad personal de los órganos que han producido las leyes inconstitucionales, o debe darse la posibilidad de cuestionarlas o anularlas. La *Stufentheorie* se torna más operativa cuando entra en consideración la correspondencia en cuanto al contenido, la que, no obstante, aparece como claramente secundaria respecto a la adecuación en cuanto a la forma, que es la que funda la validez dentro del sistema kelseniano.

## 2. Las normas generales

El nivel siguiente está constituido por las normas jurídicas generales, entre las que se cuentan la ley y la costumbre. Una novedad de la edición

---

*in Kelsen*, Milano, A. Giuffrè, 1979. Kelsen se dedicó mucho al campo del derecho constitucional positivo (Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, pp. 112 y 113, donde figuran las principales publicaciones en esta especialidad).

que comentamos consiste en dedicar mayor atención a la costumbre, de tanta relevancia en el *Common Law*, ámbito jurídico que ya entonces era muy familiar a nuestro autor. La costumbre, como norma jurídica general producida de una manera descentralizada, queda en pie de igualdad respecto a la ley,<sup>405</sup> y la opción entre ambas dependerá de los órganos positivos. Incluso en cierto sentido prima sobre ella, como hemos visto al referirnos a las relaciones entre la validez y la eficacia, cuando se trata de la costumbre negativa o *desuetudo*,<sup>406</sup> pudiendo incluso derogar una norma de la Constitución en sentido formal.

La grada de producción general del derecho se encuentra generalmente dividida en dos o más escalones. Kelsen se detiene a examinar la distinción entre ley (*Gesetz*) y ordenanza reglamentaria o decreto general administrativo (*Verordnung*), mencionando también la hipótesis de los decretos con fuerza de ley dictados por la autoridad ejecutiva. Con ocasión de esto, expone su concepción de la “forma de ley”, expresión que prefiere a la de “ley en sentido formal”, en cuanto ésta se resiente de una ambigüedad, ya que puede referirse a las normas jurídicas generales que revisten forma de ley, o puede significar cualquier contenido que aparezca bajo tal forma. Ley en sentido material es, según Kelsen, toda norma jurídica general, con lo que no brinda un criterio material para distinguir la ley del reglamento administrativo. Por otra parte, la jerarquización entre la ley y los decretos generales constituye una manifestación del principio de legalidad en la actuación de la administración pública, que Kelsen defendió por motivos estrictamente jurídicos.<sup>407</sup>

Las normas generales que han de ser aplicadas por los órganos judiciales y administrativos desempeñan una doble función: determinan cuáles son esos órganos de aplicación y los procedimientos a que deben atenerse —es el derecho formal y procesal—, y también determinan el contenido de las normas individuales que han de producirse en esos procedimientos judiciales o administrativos —es el derecho sustantivo o material—. Ambas clases de derecho están inescindiblemente entrelazadas: sólo en su enlace orgánico configuran el derecho regulador de su propia producción y aplicación. El enunciado jurídico completo ha de contener tanto el derecho de forma como el de fondo.

---

<sup>405</sup> Thevenaz, Henri, “A propos de la coutume”, *Law, State and International Legal Order*, *cit.*, pp. 317-327.

<sup>406</sup> TP (2a. ed. al.), n. 26.

<sup>407</sup> *Teoría general del Estado*, *cit.*, pp. 114-117.

### 3. *Las normas individuales; la función judicial*

Mientras que la Constitución, por lo común, sólo determina formalmente a las normas jurídicas generales —sin entrar, salvo excepciones, en su Contenido—, las normas jurídicas generales habitualmente determinan, tanto material como formalmente, a las normas individuales que las aplican. Pero la relación en ambos casos sería esencialmente la misma.

Kelsen lleva a cabo un detallado análisis de la función judicial. Para él, la sentencia del juez constituye la norma individual, que, desde el punto de vista de la dinámica jurídica, se sitúa como una etapa intermedia entre las normas generales —aplicadas por ella— y la ejecución de la sanción. El proceso de autoproducción del derecho va, pues, de lo general o abstracto a lo individual o concreto, individualizándose siempre más.

Según nuestro autor, la generalidad no pertenece a la esencia de la norma. De ahí que los actos singulares, como una sentencia judicial, un decreto administrativo particular o un contrato privado, sean conceptualizados como normas de carácter individual. En *Problemas capitales*, esta tesis no había sido aún alcanzada por Kelsen, quien, en el prólogo a la segunda edición de su obra juvenil,<sup>408</sup> dejó constancia de ella como un significativo logro en la evolución de su doctrina, destinado a arrojar mucha luz en toda la dinámica jurídica, y en la identificación del derecho con el Estado.

De esta forma, la *Teoría pura* se opone a dos concepciones estrechas del derecho: la que lo reduce a las normas generales, y la que lo identifica con las sentencias judiciales. Aunque sea discutible la denominación de “norma” que nuestro autor aplica a todos los actos jurídicos singulares, su doctrina tiene el innegable mérito de superar esos dos reduccionismos, abriéndonos, además, a una consideración dinámica del derecho.

La *Teoría pura* es una decidida adversaria del positivismo meramente legalista. Según ella, *la sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declarativo, sino que es siempre constitutiva*. Tanto al determinar la norma general aplicable (*quaestio iuris*) como al comprobar si se da el hecho previsto por la norma general (*quaestio facti*), lo mismo que al ordenar concretamente la sanción establecida de modo abstracto por la norma general, la sentencia cumple una función constitutiva. El acto jurisdiccional es, por tanto, continuación del proceso de producción del derecho, y no sería mera aplicación

---

<sup>408</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), *cit.*, pp. XII y ss. Para un análisis de la distinción entre las normas individuales y generales, véase sobre el concepto de norma, *cit.*, pp. 210-213.

de normas generales. Con el acto del tribunal nace una nueva norma, antes no existente, a la vida del derecho.

Con ocasión de esta materia se expone la teoría de los hechos jurídicos, que puede sintetizarse así: *el hecho natural se convierte en hecho jurídico a través de la determinación concreta que realiza el órgano encargado de aplicar la norma general, conforme al procedimiento establecido en esa norma general o determinado por el mismo órgano si ha recibido una delegación en tal sentido. El hecho jurídico adquiriría validez en virtud de esa determinación, y lo haría desde el instante que determina el mismo órgano aplicador. La condición estatuida por el orden jurídico, y expresada por la proposición jurídica, no sería el hecho en sí, sino el hecho jurídico. Por tanto, el que exista o no el hecho natural aparece como un problema irrelevante, como la mera opinión de terceros no competentes jurídicamente para efectuar la comprobación de los hechos jurídicos. “Si es que la norma jurídica debe ser aplicada, sólo puede valer una opinión”*.<sup>409</sup>

Unida a esta teoría de los hechos jurídicos, y como un nuevo desarrollo introducido en 1960, aparece su concepción de la cosa juzgada. El sentido subjetivo del acto de la sentencia es, definitivamente, su sentido objetivo sólo cuando adquiere fuerza de cosa juzgada, vale decir, cuando ya no puede ser revocada por medio de ningún otro procedimiento. La comprobación procesal de un hecho es, a su vez, otro hecho sobre el que caben diversas opiniones acerca de si se ha realizado por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento prescrito. Por esto, la sentencia puede ser atacada en virtud de vicios procesales. Sin embargo, en opinión del autor, ese ataque no se diferencia esencialmente de las impugnaciones de fondo —sobre si se cometió o no el delito o sobre quién fue su autor—, ya que el proceso judicial mismo siempre es el que es objeto de otro proceso judicial ulterior. Cuando la sentencia ya no puede ser impugnada, tendría que aceptarse el caso límite de un último procedimiento judicial como hecho en sí, en lugar del cual ya no puede aparecer otro hecho consistente en la verificación del último proceso: en esto consistiría la esencia de la cosa juzgada.

Esta doctrina de los hechos jurídicos refleja muy bien la completa separación entre el ser y el deber ser que el jurista vienés se esmera en llevar a su extremo. Si bien resalta la necesidad de una conceptualización propiamente jurídica de la realidad, y el carácter decisorio de todo acto jurídico, tiene el grave inconveniente de desconectar la decisión con respecto a la realidad jurídica sobre la que versa. Se aprecia una tendencia a poner de relieve las exigencias derivadas de la índole práctica del derecho, pero se prescinde de

---

<sup>409</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35g, p. 249.

la necesaria adecuación a la realidad que ha de ser la meta de todo esfuerzo de determinación jurídica. La tesis de la cosa juzgada como caso límite nos descubre, por lo demás, la intrínseca limitación de una construcción que desgaja el orden jurídico de la realidad social.

Kelsen se extiende en el examen de la relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables.<sup>410</sup> Al referirnos a su doctrina de las lagunas en el derecho, tendremos oportunidad de mostrar en qué circunstancias, según Kelsen, el orden jurídico autorizaría al juez para producir una norma jurídica individual cuyo contenido no esté predeterminado por ninguna norma general de fondo. No obstante, remachando el carácter siempre constitutivo de la sentencia, Kelsen opina que esa situación no se distingue esencialmente de aquella en la que el órgano jurisdiccional aplica una norma general jurídica. Aunque en este caso la discrecionalidad sea menor, le interesa destacar que siempre la norma general constituiría un marco, más o menos amplio o estrecho, dentro del cual habría de moverse el juez.

En la última edición de la *Teoría pura* Kelsen trata también lo que llama “producción de normas jurídicas generales por los tribunales”, o sea, de aquellos casos en que el juez actúa como legislador. Así, se incorpora a la doctrina kelseniana una figura típica del ámbito jurídico anglosajón: los precedentes judiciales. Cuando la sentencia judicial dada para un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales, estaríamos en presencia de un nuevo derecho general de fondo creado por los tribunales. En la hipótesis de un ordenamiento jurídico en que funciona el sistema de precedentes judiciales, la función legislativa estaría descentralizada, lo que proporciona una gran flexibilidad a ese orden jurídico. En cambio, un ordenamiento con un único órgano legislativo compensa su falta de flexibilidad con la ventaja de la seguridad jurídica porque las decisiones judiciales son previsibles hasta cierto grado. Este principio de sujetarse a las normas generales producidas por un órgano legislativo central puede ampliarse a los órganos administrativos: es el principio llamado “Estado de derecho”, opuesto diametralmente al de libre creación del derecho, en que los tribunales y órganos administrativos resuelven los casos según su libre criterio. Para Kelsen, en este último sistema también los órganos aplicarían normas generales, aunque éstas no serían normas jurídicas positivas, sino ideales de justicia. Como es lógico, entre ambos sistemas extremos, que sólo son tipos ideales, se dan múltiples sistemas intermedios; por ejemplo, el de

---

<sup>410</sup> Barros, Enrique, “La relación entre la ley y la sentencia judicial y los principios de la teoría pura del derecho”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 255-298.

los precedentes judiciales que suelen unirse, como en el *Common Law*, a la aceptación de la costumbre, ya que —según Kelsen— la adecuación de las costumbres a las cambiantes circunstancias es particularmente difícil.

La teoría kelseniana sobre la función jurisdiccional tiene el mérito de haber contribuido a desterrar de la ciencia jurídica la idea de que la sentencia debiera ser mera declaración de las normas generales positivas conforme a un esquema rígidamente lógico-deductivo de subsunción del caso particular en la regla general. Sin embargo, debido a su neto voluntarismo y a su actitud positivista, deja la puerta abierta a cualquier arbitrariedad judicial sin que se tenga en cuenta el único y auténtico fin de esa función: hacer justicia, que, por cierto, no se reduce a la aplicación de actos coactivos.

#### 4. *El negocio jurídico*<sup>411</sup>

La *Teoría pura* también contiene una sucinta exposición acerca del negocio jurídico que se integra en la construcción escalonada del derecho, como hecho productor de derecho. El negocio jurídico típico es el contrato, en el que las partes acuerdan que deben comportarse de determinada manera. Este deber, que es el sentido subjetivo del contrato, constituye también su sentido objetivo en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho la calidad de productor de derecho. Se la otorga en tanto hace de la realización del negocio jurídico —unido a una conducta contraria a él— una condición de la sanción civil. De este modo, el orden jurídico autorizaría a los individuos a regular, dentro del marco de las normas jurídicas generales, sus relaciones recíprocas mediante las normas que son producidas por el negocio jurídico. Como en éste no se estatuyen sanciones coactivas, sino una conducta cuyo opuesto es una condición de la sanción establecida por las normas jurídicas generales, las normas del negocio serían normas dependientes que sólo en relación con las normas sancionatorias constituirían normas jurídicas.

Toda esta concepción es una muestra exacta del método kelseniano. A partir de elementos doctrinales valiosos —como la consideración del contrato en cuanto *lex privata*—, el jurista vienés elabora su teoría del negocio jurídico en conformidad estricta con su concepto del derecho como norma coactiva, y con la *Stufenbautheorie*, según la cual la validez jurídica del acto privado se fundaría solamente en su carácter de delegación hecha por las normas jurídicas generales. En esta perspectiva, como es lógico, no cabe ha-

---

<sup>411</sup> Kelsen, H., *El contrato y el tratado. Analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1943.

blar de una auténtica autonomía privada: ésta sólo significaría que, dentro de ciertos límites, las normas superiores autorizan a los particulares para regular sus propias relaciones jurídicas, estableciendo derechos y obligaciones que normalmente sólo recaen sobre las partes contratantes. Pero no podría existir un ámbito en el que las normas generales del orden estatal no deberían inmiscuirse, puesto que toda la juridicidad de un acto o de una relación se explica en función de la adecuación a las normas superiores y, en último término, a la *Grundnorm*.

El autor trata en particular algunos problemas referentes a los contratos. Al abordar, por ejemplo, el tema de la discrepancia entre la voluntad efectiva de las partes y su expresión formal, señala que la ciencia del derecho es incapaz de determinar las consecuencias de tal situación, pronunciándose a favor de la real voluntad o de su manifestación externa. La elección debería realizarla el mismo orden jurídico, y dependería de ideales jurídico-políticos, como la seguridad de las transacciones o la libertad individual. Pensamos que, efectivamente, la *Teoría pura* no está en condiciones ni siquiera de entrar en esta cuestión, pues ello supondría salirse de su cometido predeterminado: la sola descripción de las normas positivas. Frente a esta materia y tantas otras de la mayor relevancia, la doctrina de Kelsen, en nombre de su concepción científica, nos deja en manos de las decisiones subjetivas arbitrarias.

##### 5. *La administración estatal*

Sobre la administración del Estado, la *Teoría pura* trata de determinar cuál es su función jurídica. Sostiene que ella es, en buena parte, una función jurídica en sentido estricto, o sea, de producción y aplicación de normas jurídicas. Así, el órgano administrativo superior, el gobierno, participa en la legislación del modo que la Constitución señale, celebra tratados, promulga ordenanzas y resoluciones administrativas, tanto generales como individuales. Los organismos administrativos inferiores, por su parte, aplican normas jurídicas que estatuyen sanciones administrativas, las que sólo se diferenciarían de las penas aplicadas judicialmente, en virtud de un criterio orgánico. Sólo habría, en este aspecto de la administración, una diferencia funcional con la jurisdicción de los tribunales en aquellos actos coactivos administrativos que no constituyen sanciones, como son las expropiaciones o la intervención coactiva de enfermos.

Otro tipo de actividad administrativa esencialmente diferente es aquella que consiste en el cumplimiento de normas jurídicas por parte de indi-

viduos específicamente calificados, los funcionarios del Estado. Se trata de una actividad del mismo tipo que la actividad económica y cultural de los individuos privados: construir ferrocarriles, impartir enseñanza, etcétera. La diferencia sólo radicaría en que, cuando esas actividades son realizadas por funcionarios, ellas son atribuidas al Estado. Esta actividad es el contenido de obligaciones profesionales específicas, constituidas por normas que enlazan a su incumplimiento las penas específicas denominadas “sanciones disciplinarias”. Al Estado se atribuye sólo la función, mas no el deber profesional ni la sanción por su incumplimiento: al fin y al cabo, sería, como ya sabemos, una mera cuestión lingüística.

Kelsen distingue, en este contexto, dos conceptos de Estado. Uno, de carácter amplio, sería la personificación del orden jurídico total que regula el comportamiento de todos los individuos que viven en el territorio estatal. Otro, más estrecho y comprendido en el primero, constituiría la personificación del orden jurídico parcial que regula la función de los individuos calificados como funcionarios estatales.

Kelsen concluye este apartado sosteniendo que la distinción tradicional entre poder judicial y administración pública sólo expresa una diversidad de aparatos burocráticos explicable históricamente, pero no desde un punto de vista sistemático. En cambio, sí habría una diferencia de funciones entre los dos tipos de actividad de la administración que hemos descrito: aquella que, análogamente a las funciones legislativa y judicial, es de producción y aplicación de normas jurídicas, y aquella de cumplimiento del derecho. Partiendo del supuesto de que la finalidad del Estado es obtener conductas conformes a derecho, y que ambos tipos de actividad se atribuyen al Estado, nuestro autor propone hablar, respectivamente, de administración estatal “mediata” e “inmediata”.

Es encomiable este empeño por dilucidar jurídicamente la distinción entre las diversas funciones del Estado: legislativa, judicial y administrativa. Estimamos, sin embargo, que al no tener más en cuenta la realidad de esas funciones a la hora de analizarlas, la *Teoría pura* es incapaz de dar con su contenido esencial, y por tanto, con sus diferencias. Por esta razón, por ejemplo, el jurista vienés no puede encontrar una distinción material entre la función judicial y la llamada “administración mediata”. Tampoco está en condiciones de explicar en qué se diferencia, más allá del problema de lenguaje de la atribución y de la existencia de las obligaciones profesionales de los funcionarios, la administración inmediata con respecto a las actividades de los particulares. Quizá el gran ausente de todos estos análisis es el fin que realmente cumplen esas funciones, ante el cual el formalismo kelseniano debe guardar silencio.

## 6. Producción y aplicación del derecho

Como colofón de esta descripción de la pirámide jurídica estatal, hay que consignar la superación pugnada por Kelsen del dualismo entre producción y aplicación del derecho.<sup>412</sup> Expresa que es erróneo contraponer los actos que producen derecho con los que lo aplican, ya que, salvo la norma básica y la ejecución del acto coactivo, todos los actos jurídicos serían simultáneamente la aplicación de una norma superior, y la producción, determinada por esa norma superior, de una norma inferior. Sólo la *Grundnorm* se limitaría a determinar la producción de la Constitución sin ser aplicación de otra norma; y el acto coactivo, por el contrario, sería tan sólo de aplicación. Toda norma debe estar determinada en su producción por una norma superior, al menos en cuanto al órgano que la producirá. De otro modo, no podría valer como norma de un orden jurídico ni como acto de una comunidad jurídica, puesto que para que esta última interpretación sea posible es necesario que el individuo de que se trate esté autorizado por una norma del orden jurídico a ejercer esa función de producción. Kelsen sostiene que nunca la determinación de la producción del acto puede ser tan limitada que el acto no pueda considerarse ya aplicación del derecho, ni tan amplia que no pueda tenerse como acto de producción.

En el fondo, Kelsen aspira de esta manera a superar la antítesis entre legalismo y decisionismo, a través de una vía media. Pero esta vía media responde a todos y cada uno de los presupuestos fundamentales de la *Teoría pura*: positivismo, normativismo y estatismo.

## XXVIII. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA AUTÉNTICA<sup>413</sup>

El tema de la interpretación jurídica en la *Teoría pura* se encuentra vinculado esencialmente a la dinámica jurídica. En efecto, los *Problemas capitales*, que

<sup>412</sup> Moor, J., "Creazione e applicazione del diritto", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 14, 1934, pp. 653-680.

<sup>413</sup> TP (2a. ed. al.), cap. VIII, nn. 45-47, pp. 349-356; TP (ed. Fr.), cap. X, pp. 163-178; TP (1a. ed. al.), cap. VI, nn. 32-39, pp. 126-145. Sobre esta materia véase Schreier, Fritz, *Die Interpretation van der Gesetzen und Rechtsgeschäfte*, Viena, 1927; Caiani, Luigi, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padua, 1954; Gavazzi, Giacomo, "L'interpretazione giuridica in H. Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 34, 1957, pp. 217-229; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1966, pp. 94-97; Losano, M. G., "Il problema dell'interpretazione in H. Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 45, 1968, pp. 524-545; Ringhoffer, K., "Interpretation und Reine Rechtslehre", *Festschrift für H. Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena, F. Deuticke, 1971, pp. 198-210; Troper, M., "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 518-529.

sólo enfocaban el derecho desde una perspectiva estática, pasaban completamente por alto esta temática. Ella aparecerá bastante más tarde, siendo analizada por las sucesivas ediciones de la *Teoría pura* en forma sustancialmente idéntica. En todas ellas se le dedica un capítulo específico. Nosotros, dada la brevedad del tratamiento kelseniano y su íntima conexión con la nomodinámica, hemos preferido incluirla aquí.

“La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior”.<sup>414</sup> Por tanto, no se restringe a la ley, sino que se da respecto a cualquier norma, incluso las individuales, en cuanto han de ser aplicadas. Esta sería la interpretación auténtica, de la que trata nuestro autor en primer lugar, distinguiéndola cuidadosamente de la que realizan los individuos al acatar el derecho y de la que lleva a cabo la ciencia jurídica al describir un derecho positivo.

La norma superior suele determinar en su contenido a la inferior, o cuando llegamos a la última grada, a su acto de ejecución. Pero esta determinación nunca es completa o exhaustiva. La norma superior no puede determinar en todos los sentidos al acto mediante el cual se aplica. Siempre dejará un margen de discrecionalidad. Por consiguiente, siempre tendrá el carácter de marco respecto al acto de aplicación. Por ejemplo, no se puede prever, en una orden de arresto, cuándo y dónde se pondrá en prisión a un individuo.

La indeterminación del acto de aplicación puede ser intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse —por ejemplo, todas las normas generales suponen a las individuales—; o bien, puede ser no intencional, cuando es una consecuencia no buscada que se deriva de la forma de ser de la norma que ha de aplicarse. Es lo que ocurre cuando la expresión lingüística de la norma es ambigua, o cuando —aceptándose esta posibilidad— discrepa esa expresión con respecto a la voluntad real, o cuando hay normas contradictorias con pretensión simultánea de validez.

En todo caso, siempre existen varias posibilidades en la aplicación del derecho, de tal modo que el derecho aplicable es un marco. Entre esas opciones, Kelsen sostiene que no existe una que pueda arrogarse la calidad de correcta o conforme al derecho positivo. El conocimiento del derecho existente sólo conduciría a la determinación de las varias alternativas que deja la norma aplicable, todas ellas en principio igualmente correctas. Sólo podría alcanzarse la determinación de la norma individual, dentro

---

<sup>414</sup> TP (2a. ed. al.), n. 45, p. 349.

del marco de la general, en cuanto tiene lugar un acto de voluntad del órgano de aplicación. Así, la función cognoscitiva jurídica se limitaría a la determinación del marco; la selección de la posibilidad sería una función exclusivamente volitiva en la que influirían criterios y normas extrajurídicos. El acto de voluntad es lo que distingue la interpretación auténtica que tiene lugar, a todos los niveles, dentro del proceso de producción y aplicación de las normas. Por ende, la interpretación auténtica, así entendida, crearía derecho. Nuestro autor advierte, además, que por vía de esta clase de interpretación no estaría excluido que se produzca una norma que esté enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable. Cómo sea posible en este caso hablar de “interpretación” es algo que más de un autor se ha preguntado.<sup>415</sup>

La *Teoría pura* de la interpretación, en decidida oposición a todas las teorías tradicionales, opina que, desde el punto de vista del derecho positivo, no existe criterio alguno sobre cuya base pueda preferirse una posibilidad a las demás dentro del marco del derecho aplicable. Por ende, no existiría ningún método jurídico-positivo que permita resolver cuál de los sentidos de una norma es el correcto; ni se habría logrado solucionar —de modo objetivamente válido— el posible conflicto entre voluntad y expresión; ni cómo ha de procederse ante normas que se contradicen mutuamente, y los recursos interpretativos usuales, como el argumento *a contrario* y la analogía, conducirían a resultados contrapuestos, sin que se pudiera optar jurídicamente por uno u otro. Tampoco el principio de estimación de los intereses solucionaría el problema, porque precisamente en la medida en que la norma positiva necesita interpretación, ella no ha solucionado unívocamente el rango que ha de darse a los intereses en conflicto.

Esta interpretación “auténtica” de la que habla Kelsen encaja perfectamente en su visión dinámica y voluntarista de la norma. Cabría preguntarse hasta qué punto le conviene el mismo nombre de “interpretación” tal como ésta se entiende habitualmente, en cuanto operación intelectual dirigida a precisar el sentido de la norma en orden a su aplicación. La interpretación auténtica de Kelsen es esencialmente un acto del querer por el que se elige una posibilidad dentro del abanico que ofrece la norma superior, o incluso fuera de ese abanico, sin que se reconozca ningún criterio jurídico válido para efectuar esa opción. Más aún, sería conveniente plantearse la duda sobre qué criterios deberían utilizarse en la misma determinación del marco: Kelsen no nos dice nada al respecto.

---

<sup>415</sup> Losano, *op. cit.*, p. 531.

XXIX. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA CIENTÍFICA<sup>416</sup>

Dentro de la interpretación no auténtica del derecho se sitúa la que es realizada por la ciencia jurídica. Kelsen la ve como pura determinación cognoscitiva de los diversos sentidos que tienen las normas jurídicas. Por ello, no produce derecho, del mismo modo que tampoco lo produce la interpretación del individuo que acata la norma, ya que su opción no es auténtica, no siendo obligatoria para el órgano que aplicará la norma en su respecto. Contra la llamada jurisprudencia de conceptos, Kelsen recalca que la interpretación científica no puede crear derecho nuevo ni colmar las llamadas lagunas del derecho. Por tanto, toda elección entre las varias posibilidades que deja la norma no sería función científico-jurídica, sino jurídico-política.

Según nuestro autor, la ficción de que una norma jurídica sólo la omite un sentido, que es el correcto, sirve para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Aunque esta ficción tenga ventajas políticas, no podría mantenerse en una exposición científica del derecho positivo. La estricta interpretación científica, que expone todos los significados posibles incluidos en una norma, según su tenor literal, puede tener un efecto práctico —piensa Kelsen— mucho más ventajoso que esa ficción, en cuanto muestre cuánto falta para el ideal de formular el derecho del modo más unívoco posible.

Es curioso que, junto a esta descripción de la interpretación científica del derecho, Kelsen haya sostenido que también compete a la ciencia del derecho la eliminación de las contradicciones entre las normas para revelar que serían sólo aparentes.<sup>417</sup> No obstante, a la vista de su última posición en torno a las relaciones entre derecho y lógica, esta función armonizadora de la interpretación científica ha de ser negada. Se ha eliminado, por tanto, esta singular paradoja.

La parte cognoscitiva de la interpretación auténtica, según Kelsen, coincide enteramente con la tarea que él asigna a la interpretación del jurista: la determinación del marco de posibilidades. De nuevo, es oportuno resaltar que de la interpretación, tal como siempre se ha entendido en el saber jurídico, se nos ofrece una visión completa y radicalmente alterada: ya no se trataría de precisar el sentido correcto, sino de mostrar todos los sentidos posibles. Pensamos que nadie estimará concluido el proceso interpretativo con la sola apertura de la gama de alternativas que se ofrece al intérprete. Por el contrario, lo esencial de esa operación consiste, precisamente, en esforzarse por descubrir la opción correcta. El problema de la *Teoría pura* es

<sup>416</sup> TP (2a. ed. al.), n. 45, p. 349.

<sup>417</sup> De modo muy explícito lo decía en *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 446.

que carece de medios para efectuar ese descubrimiento, por lo que termina rechazándolo como imposible. Su doctrina de la interpretación es, por tanto, fundamentalmente negativa: implica el rechazo de todos los métodos de interpretación que la ciencia jurídica se ha esforzado por afinar a lo largo de su existencia. Positivamente, la *Teoría pura* pareciera contentarse con decirnos: “ateneos a la literalidad del precepto, y procurad realizar un elenco, lo más completo posible, de todas las posibilidades que, ante la letra de la norma, se os ocurran”. Y causando gran perplejidad a ciertos estudiosos de la *Teoría pura*,<sup>418</sup> ella, tan decididamente contraria a toda prescripción efectuada por la ciencia jurídica, prescribe a los juristas, sin inmutarse, este modo de interpretar el derecho. Por lo demás, ni el mismo creador de la *Teoría pura* es capaz de atenerse rigurosamente a sus propios dictados.<sup>419</sup>

La mera selección de las posibilidades que caben en la interpretación de un texto ya implica contradecir el ideal de pureza kelseniano en cuanto necesariamente, al investigar qué quieren decir las palabras, ha de hacerse referencia a la realidad social que es materia de la regulación. La separación ser-deber ser es aquí completamente utópica. El intérprete está siempre condicionado por la realidad en función de la cual realiza su tarea de esclarecimiento de las normas. Por otra parte, sus instrumentos conceptuales, y los correspondientes presupuestos teóricos de los que parta, siempre influirán en su enfoque de las normas positivas, como lo prueba más que suficientemente el caso de Kelsen, tan ilusionado por encajar todos los fenómenos jurídicos dentro de sus conceptos puros. Por tanto, la pureza metódica total es un ideal completamente inalcanzable en sede de interpretación.

La doctrina kelseniana de la interpretación falla sobre todo en la medida en que olvida por completo el fin de esa operación intelectual, descono-

<sup>418</sup> También reflejado por Losano, *cit.*, pp. 539 y ss.

<sup>419</sup> Como ejemplo de interpretación de un texto realizada por el mismo Kelsen, puede consultarse su trabajo “El Proyecto de Declaración de los derechos y deberes de los Estados. Observaciones críticas”, *Revista de Ciencias Sociales*, 6, 1974, pp. 433-456. Son observaciones a un proyecto —no a un texto promulgado—, pero como ellas se efectúan desde un punto de vista que, para Kelsen, es estrictamente jurídico, permiten apreciar hasta qué punto se adaptan al método interpretativo puro. Señala, por ejemplo, que a su juicio sólo debiera hablarse de deberes (p. 441) en armonía con su concepción de los derechos como mero reflejo. Hace múltiples críticas desde los presupuestos de su teoría. *V. gr.*, frente al art. 8o.: “Todo Estado tiene el deber de arreglar sus controversias con otros Estados por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz ni la seguridad internacionales ni la justicia”, objeto: “Establecer como deber de los Estados obrar con justicia no fortalece, sino más bien debilita, su deber de someterse al derecho, puesto que la justicia —o lo que los Estados consideran como justo— puede estar en conflicto con la legislación positiva. En tal evento, la estipulación es un bienvenido pretexto para no acatar el derecho”, p. 448.

ciendo la índole práctica de la ciencia jurídica, tendiente a colaborar en la implantación efectiva del derecho. Es cierto que muestra las inconsistencias del legalismo, pero viene a dar en una postura no demasiado alejada de la Escuela del derecho libre, como el mismo Kelsen reconociera.<sup>420</sup> Su afán por que no se abuse ideológicamente de la ciencia jurídica para fines personales, políticos o ideológicos no logra cuajar en la misma vida jurídica, que deja entregada a esos mismos fines que ha eliminado de la ciencia. Su concepción de la ciencia del derecho, limitada a las normas positivas y siempre deseosa de exactitud a toda costa, aleja su doctrina de aquello que la ciencia jurídica realmente es.<sup>421</sup> En definitiva, Kelsen muestra aquí como nunca la intrínseca limitación del positivismo jurídico.

### XXX. LAS LAGUNAS DEL DERECHO<sup>422</sup>

Bien conocida es la doctrina kelseniana sobre las lagunas del ordenamiento jurídico, incluida en las primeras ediciones de la *Teoría pura* dentro del capítulo dedicado a la interpretación, y trasladada, en la edición final, a la sección de la dinámica jurídica que se ocupa de la función judicial. Es una simple modificación sistemática sin consecuencias.

Primeramente se estudian las lagunas propiamente dichas o auténticas. Conforme a la teoría tradicional, tales lagunas se darían cuando no hay derecho válido aplicable a un caso concreto, es decir, cuando el caso no está comprendido en ninguna norma general positiva. El tribunal, para resolver el caso planteado, debería colmar la laguna mediante la producción de la correspondiente norma jurídica individual, que no sería aplicación de ninguna norma general de ese ordenamiento positivo.

Para Kelsen, esta doctrina es errada porque ignora el hecho de que cuando el orden jurídico no establece ninguna obligación el comportamiento de que se trate estará permitido. Por tanto, en las situaciones en las que la teoría tradicional supone una laguna, la aplicación del derecho sería perfectamente posible, y conduciría al rechazo de la demanda o a la absolución. El jurista de Viena explica que, a su juicio, la existencia de una laguna se admite cuando la falta de una cierta norma jurídica en el orden positivo es considerada, por el órgano de aplicación, como indeseable desde un punto

<sup>420</sup> Kelsen, H., *Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre*, cit.

<sup>421</sup> *Idem*.

<sup>422</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35g, pp. 254-258; TP (ed. fr.), pp. 172-178; TP (1a. ed. al.), nn. 40-42, pp. 138-145.

de vista jurídico-político. La aplicación del derecho válido —que conduciría a desestimar la acción— sería vista como insatisfactoria, de acuerdo con un juicio de valor sumamente relativo.

Sin embargo, la técnica de la legislación moderna echa mano de la ficción de las lagunas, según la cual se representa la falta de una norma deseable desde un punto de vista político-moral como si fuera una imposibilidad lógica de aplicación. Se recurre a esta ficción con el fin de limitar la autorización dada al tribunal en el sentido de resolver ciertos casos según su propia apreciación cuando la aplicación del orden jurídico existente resultaría insatisfactoria para la concepción moral-política del juez. Si esta autorización se formulara sin recurrir a la ficción de las lagunas —continúa Kelsen—, significaría otorgar al tribunal un poder demasiado extenso, que además alcanzaría el caso en que la norma jurídica impusiera obligaciones consideradas por él como insatisfactorias. No existiría otra vía de limitación de dicha autorización porque los casos no previstos por el legislador no pueden ser determinados por él: si lo pudiera hacer, los regularía positivamente. La suposición que efectúa el tribunal, de que ese caso no ha sido previsto y de que si se hubiera previsto se habría regulado de otra manera, reposa, a lo sumo, en una conjetura indemostrable, pues la intención del legislador sólo es captable con suficiente seguridad en la medida en que recibe expresión en el derecho que crea.

Esta limitación de la autorización de innovar el derecho sólo se consigue si el tribunal acepta el supuesto, teóricamente insostenible, de las lagunas, ya que el juez, sobre todo si es inferior, no se inclina fácilmente a tomar sobre sí la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho. En cambio, si fuera consciente del carácter ficticio de la fórmula, ese efecto limitativo no se conseguiría: antes bien, descubierta la verdadera entidad de la fórmula, la pretendida limitación se autosuperaría y se abriría la vía de la más amplia no aplicación del derecho cuando el tribunal lo considera insatisfactorio.

En segundo término, trata de las lagunas técnicas, que tendrían lugar cuando el legislador omite reglar algo que debería haber regulado para que fuera posible, desde un punto de vista técnico, aplicar la ley. Tales lagunas, dice el autor, o serían auténticas —*v. gr.* si la ley no señalara, en el contrato de compraventa, quién corre con el riesgo de la pérdida de la cosa, seguiría en vigor la obligación del vendedor de entregar la cosa o reparar el daño, aunque ello apareciera como indeseable—; o bien, estaríamos en presencia de la indeterminación que proviene del carácter de marco que tiene toda norma —por ejemplo, si tratándose de un órgano que debe elegirse, no se especificara el procedimiento electivo—; o, en fin, cabría la hipótesis de que la ley prescribiera algo sin sentido, que resulta sencillamente inaplicable

—como si una asamblea sólo pudiera ser convocada por su presidente y éste sólo pudiera ser elegido por la asamblea convocada—.

Esta visión de las lagunas en el derecho combina el positivismo kelseniano con su tesis del mínimo de libertad —todo lo no prohibido está permitido—, y muestra todo el ingenio del autor para explicar la supuesta ficción de las lagunas por el orden jurídico positivo. En cierto modo opera aquí el ideal de la plenitud del ordenamiento positivo, tan típico del positivismo del siglo XIX. Aunque el precio consiste en reconocer que hay muchos conflictos que no pueden ser resueltos por las normas positivas, con lo cual queda cerrada toda vía de resolución jurídica, a menos que se contradiga el positivismo y se reconozca el papel del derecho natural en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico. Los jueces, al pensar que hay lagunas en el derecho positivo contenido en las normas generales, realmente no son víctimas de un engaño —como pretende Kelsen—: se dan cuenta de que el monismo jurídico positivista no concuerda con la realidad del derecho. Por esto, reconociendo la existencia de lagunas en el derecho, estimamos que Kelsen lleva razón en cierto sentido, en cuanto debe negarse la existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico total, pues de otro modo no sería posible solucionar jurídicamente todos los casos que se planteen.

### XXXI. CONFLICTOS ENTRE NORMAS DE DIVERSO NIVEL<sup>423</sup>

Como una materia específica dentro del tema de la unidad lógica del orden jurídico, y de la consiguiente eliminación de las contradicciones, la edición de 1960, al igual que las precedentes, se extiende en el estudio de los conflictos entre normas jurídicas situadas en gradas o estratos diferentes de la estructura jerárquica. A la luz de las modificaciones que el autor introdujo al fin de su vida en su enfoque de las relaciones entre derecho y lógica, la exposición que enseguida sintetizaremos debe ser comprendida en una clave distinta. Ya no se trataría de principios lógicos de solución de los conflictos provenientes de la ciencia jurídica, sino de principios —expresos o tácitos— contenidos en el mismo derecho positivo. No obstante, Kelsen no abordó directamente este tema en *Teoría general de las normas*.

En todo este análisis opera la teoría de “la regla alternativa” (*Alternativ-Vorschrift*), cuyos antecedentes se sitúan en la doctrina del “cálculo de error” (*Fehlerskalkül*) elaborada por Merkl. Su sentido se aclarará una vez que ha-

<sup>423</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35j, pp. 273-284; TP (ed. fr.), pp. 155-161; TP (1a. ed. al.), n. 31h, pp. 120-126.

yamos resumido las conclusiones de Kelsen sobre dos tipos específicos de conflictos entre normas de diferente nivel: la sentencia contra ley —cuyo examen constituye una novedad de la segunda edición en alemán—, y la ley inconstitucional, tema tan querido por Kelsen, orgulloso del sistema de control de la constitucionalidad que insertó en la carta fundamental austriaca, cooperando así de modo relevante al perfeccionamiento de la técnica constitucional contemporánea.<sup>424</sup>

Usualmente se habla de sentencias contrarias a la ley o de leyes inconstitucionales. Parece como si fuera posible la existencia de una norma contraria a otra norma, de un derecho antijurídico. Pero conforme a la concepción que entonces preconizaba el autor, ello se rechaza como imposible, en cuanto impediría la unidad del sistema normativo. Por consiguiente, la expresión “norma contraria a otra norma” sería una contradicción en los términos, puesto que, tratándose de normas de diverso nivel, si la norma inferior no correspondiera a la norma superior, aquella no podría considerarse como norma jurídica en ningún sentido. Si la validez le viene dada por su adecuación a la norma más elevada, sería imposible postular una norma válida que no se conforma con la norma que regula su producción.

Kelsen se enfrenta con el caso de una sentencia judicial que contraría en su contenido a la norma general aplicable. Esa sentencia puede ser anulada a través de los procedimientos previstos en el derecho. Pero como existe la cosa juzgada, es perfectamente posible que adquiera validez una norma individual cuyo contenido no se ajusta a la norma general. Con el fin de considerar a la norma individual contraria a la norma general como derivada de ésta última, Kelsen echa mano de la teoría de la regla alternativa. La norma general contendría una alternativa, conforme a la cual el órgano de aplicación estaría facultado para optar entre estas dos posibilidades: producir una norma individual cuyo contenido está predeterminado por la norma general, o bien, determinar él mismo el contenido de esa norma individual. Esta norma general alternativa existiría tanto para el tribunal supremo, siendo en tal caso definitiva, como para los tribunales inferiores, siendo entonces provisional, en cuanto caben recursos contra sus sentencias.

En suma, nunca habría conflicto entre una sentencia y las normas generales que el tribunal debe aplicar, ni siquiera cuando una sentencia judicial es revocable. El fundamento objetivo de la anulabilidad de la sentencia de primera instancia contraria al contenido de una ley no radicaría en la ilegalidad de la norma individual producida, sino en la posibilidad prevista por el orden jurídico de otorgar validez definitiva mediante un procedimiento

---

<sup>424</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra, cit.*, p. 43.

*ad hoc* a la otra alternativa no realizada en la sentencia recurrida. Por tanto, no habría sentencias legales o ilegales, sino sólo recurribles o pasadas en autoridad de cosa juzgada, es decir, provisional o definitivamente válidas.

Similar análisis se lleva a cabo a propósito de la ley inconstitucional. Desde luego, esa expresión carecería de sentido, ya que una ley sólo puede serlo en virtud de fundarse en la Constitución. Si no, sería inexistente desde el punto de vista jurídico. Por tanto, “la ley inconstitucional” sería una ley válida que, sin embargo, puede ser derogada no sólo —como cualquier ley— mediante otra ley posterior, sino también por medio de un procedimiento especial previsto por la Constitución. Mientras no fuera derogada, sería perfectamente constitucional. Kelsen pasa revista con cierto detalle a las diversas posibilidades que caben respecto del control de la constitucionalidad de las leyes, según que exista un tribunal especial para pronunciarse sobre ello, o bien, todos los tribunales estén autorizados para hacerlo, o bien, a ninguno compete esa atribución. También contempla la hipótesis de responsabilizar personalmente a ciertas personas que hayan participado en la promulgación de la ley “inconstitucional”. En todo caso, estas mismas comillas con que acabamos de escribir el término “inconstitucional” expresan muy bien el núcleo de la solución kelseniana, que es, de nuevo, una simple aplicación de la doctrina de la regla alternativa. La ley contraria a la Constitución sería ley, en cuanto la Constitución la contemplaría como una posible alternativa, aunque articulara ciertos mecanismos tendientes a su eliminación. Por otro lado, el caso de la responsabilidad y sanciones dirigidas contra los órganos que han intervenido en la dictación de una ley que se opone al contenido de la Constitución proporciona a nuestro autor un argumento para combatir el carácter absoluto del tradicional principio según el cual *ex injuria ius non oritur*, puesto que en tal supuesto habría una ilicitud sancionada de la que, no obstante, emanaría derecho completamente válido.

Perfilando y generalizando su doctrina, Kelsen expresa que la cuestión relativa a la adecuación de un acto que se presenta con la pretensión de producir una norma, con la norma superior que regula su producción o su contenido, ha de ser resuelta por un órgano autorizado jurídicamente para ello. Pero respecto al acto de este último órgano se plantea, a su vez, el problema sobre si es el efectivamente competente, lo que ha de ser resuelto por un órgano superior. Por tanto, es necesario que existan órganos supremos sobre cuya competencia ya nadie puede resolver. Esos órganos supremos se revelarían como tales en cuanto las normas instauradas por ellos son eficaces en términos generales. En definitiva, entraría a jugar el principio de efectividad.

Al concebir la norma general como una alternativa en la que se comprende tanto la posibilidad de una norma individual adecuada en su contenido a la general como la de una norma individual totalmente opuesta, Kelsen priva de sentido a la norma general, pues ordenar cosas contradictorias como disyuntivas equivale a no ordenar nada. En el fondo, esta teoría pretende armonizar la doctrina dinámica pura con lo que de hecho sucede en los derechos positivos. Por eso predomina, en último término, el criterio de la eficacia: la norma inferior, como más inmediatamente operativa que consigue implantarse de modo efectivo, es siempre considerada una norma válida. Por lo demás, esta construcción lógica no satisface a casi ningún autor.<sup>425</sup>

### XXXII. NULIDAD Y ANULABILIDAD<sup>426</sup>

Para una mejor comprensión de la doctrina kelseniana resulta muy sugestiva su exposición acerca de la nulidad y la anulabilidad en el derecho. Su tesis central es la siguiente: dentro de un orden jurídico, una norma jurídica no puede ser nula, sino sólo anulable. No es que niegue la existencia de “normas” que sólo tienen la apariencia de tales, pero sostiene que ellas se sitúan fuera del dominio del derecho. Como hemos visto en relación con la sentencia *contra legem* o con la ley inconstitucional, la expresión “norma contraria a derecho” sería intrínsecamente contradictoria. Luego, tampoco tendría sentido hablar de una “norma nula”. En cambio, una norma válida puede ser anulada; en esto consistiría la anulabilidad.

Caben grados en esta anulabilidad: puede que sólo se suprima la norma en lo concerniente a sus efectos futuros, permaneciendo sin alteración los ya producidos; puede que estos últimos sean anulados con efecto retroactivo. Pero tampoco en este caso habría una nulidad *ab initio*, ni la sentencia respectiva sería declarativa, sino que habría, propiamente, anulación constitutiva. Lo que se llama “nulidad” constituye, para nuestro autor, sólo el grado superior de anulabilidad, caracterizada por sus efectos retroactivos. Aunque el orden jurídico establezca que una norma debe ser considerada como nula *a priori* —es decir, antes de lo que sería mera declaración de nulidad—, Kelsen observa que debe existir quien determine la presencia de las condiciones de la nulidad. Esta comprobación, conforme a su doctrina sobre los hechos jurídicos, tendrá necesariamente un carácter constitutivo. Por ende,

<sup>425</sup> Por ejemplo, Eikema, H., *op. cit.*, p. 19; Esquivel, J., *op. cit.*, p. 161.

<sup>426</sup> TP (2a. ed. al.), n. 35k, pp. 283-284; TP (ed. fr.), p. 158; TP (1a. ed. al.), n. 31h, p. 124.

habrá anulación de algo que hasta entonces era considerado válido. De este modo el derecho, cual rey Midas, convertiría en jurídico todo lo que toca. Si hubiera auténticas nulidades *a priori*, ellas escaparían del dominio de lo jurídico, dado que no es posible determinar jurídicamente las condiciones en que ellas tendrían lugar en concreto, y siempre habría que establecer un órgano que efectuara esa determinación. Es obvio que hay casos en que algo que aparece con la pretensión de ser una norma no requiere de ningún acto especial de anulación, como ocurre, por ejemplo, con una “ley” dictada por un loco en un manicomio. Pero tal acto escaparía del dominio jurídico y, apenas entrara en él, al ser considerado como supuestamente válido, estaríamos ya en presencia de la anulabilidad y no de la nulidad.

La noción kelseniana de validez se funda en el principio dinámico de autogénesis del derecho, entendido de modo formalista. La validez sería algo perteneciente al ámbito del *Sollen*, y se apoyaría en la correspondencia con una norma superior. Por tanto, la validez no sería algo real. Tampoco la correspondencia entre una norma y otra aparece como dada en la realidad, sino que sólo existe en cuanto un órgano, autorizado para comprobarla, realiza un acto que la constituye como hecho jurídico. Pero respecto de tal acto de comprobación, cuyo sentido es una norma, se replantea el problema de su validez. Para no incurrir en una cadena infinita, Kelsen recurre a su tesis de la cosa juzgada como caso límite y al principio de efectividad en la actuación de los órganos supremos. Con ello parece contradecir todo su anterior esfuerzo por distinguir los hechos naturales de los hechos jurídicos, la eficacia de la validez, el *Sein* del *Sollen*.

De acuerdo con esta concepción de lo válido, lo nulo sólo existiría en cuanto se establece por una norma, que lo constituye. No habría algo nulo “en sí”, como tampoco algo válido “en sí”, salvo los casos límites. Por este motivo no tiene sentido, dentro de la *Teoría pura*, resolver el problema de la nulidad recurriendo a la existencia de apariencias jurídicas, como si lo nulo fuera aparentemente válido y la sentencia de nulidad sólo fuera declarativa. Ello significaría concebir la nulidad y la validez como algo inserto en la realidad, lo que infringiría el principio de la separación *Sein-Sollen*.

En su análisis, el autor parece introducir implícitamente un principio de presunción de validez, en el sentido de que, desde el momento en que se plantea un caso de supuesta nulidad ante un órgano jurisdiccional, se partiría del presupuesto de la validez. Más aún: como lo ilustra muy bien la comparación con el rey Midas, apenas fuera cuestionada la validez de una norma ante un tribunal, ella se convertiría en jurídicamente válida, hasta que no fuera anulada por la sentencia. No alcanzamos a comprender cómo se compatibiliza este aspecto de la doctrina con la rígida separación entre

ser y deber ser. Nos parece que sería más lógico pensar que antes de la intervención del órgano no cabría sostener ni la validez ni la nulidad, sino que sólo existirían meras opiniones al respecto.

No podemos perder de vista que lo que realmente prima en toda esta construcción es la “descripción” de lo que de hecho acaece. Por ello, creemos que lo válido termina por confundirse con lo eficaz, y lo anulado, con lo ineficaz. Estamos ante otra muestra del precario éxito de la empresa kelseniana de fundar la validez y distinguirla de la eficacia, sobre la base de la autoproducción del derecho y la teoría de la *Stufenbau*.