

## CAPÍTULO QUINTO

# DERECHO, ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL

### *Sección I: Derecho y Estado*

#### XXXIII. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO<sup>427</sup>

El capítulo VI de la *Teoría pura* —titulado “Derecho y Estado”— desarrolla una de las tesis más características y polémicas de la doctrina kelseniana: la identificación completa entre el Estado y el derecho. El capítulo VII, por su parte, cuyo título es “Estado y derecho internacional”, contiene la teoría kelseniana sobre el orden jurídico internacional, en sí mismo y en su relación con los órdenes jurídicos nacionales. Ambos capítulos representan la aplicación de las tesis de la teoría general del derecho —expuestas sobre todo en la estática y dinámica jurídicas—, primero al ordenamiento estatal como un todo y luego al sistema jurídico internacional. Reseñaremos brevemente las principales conclusiones a que llega el jurista vienés en estos dos capítulos, agregando sus ideas acerca del derecho canónico, no recogidas en la *Teoría pura*, sino en la *Teoría general del Estado*. Al conocer esas ideas se comprenderá por qué nos parece este lugar sistemático como el más apropiado para darlas a conocer.

La exposición de la doctrina sobre “Derecho y Estado” se detiene al principio —tras un párrafo sobre las formas de Estado, que más adelante resumiremos— en lo que, para Kelsen, constituye la reducción de la falsa antinomia entre derecho público y derecho privado, tesis que, en su doctrina, apareció con anterioridad a la de la identificación del Estado con el derecho, preparando el camino para arribar a ésta última. A Weyr corresponde el haber criticado por primera vez en 1908, desde una perspectiva afín a la kelseniana, la antítesis entre ambas clases de derechos.<sup>428</sup> La superación de esa distinción ya fue recogida en los *Problemas capitales*.<sup>429</sup>

---

<sup>427</sup> TP (22 ed. al.), nn. 37-38, pp. 286-289; TP (ed. fr.), pp. 180-185; TP (1a. ed. al.), nn. 44-45, pp. 147-154. Véase Gusin, Arnold, “Öffentliches Recht und Privatrecht”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 9, 1930, pp. 48-510; y Moor, Julius, “Öffentliches und privates Recht”, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 12, 1938, pp. 9-21.

<sup>428</sup> Weyr, F., *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem*, cit.

<sup>429</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (2a. ed.), cit., pp. 629-655.

Como es su costumbre, Kelsen empieza por la exposición de la doctrina tradicional, que, habiéndose afanado mucho en esta cuestión, no ha sido capaz de resolverla de modo plenamente satisfactorio. La tesis más difundida se funda en una distinción de las relaciones jurídicas. Así, mientras el derecho privado relaciona sujetos con el mismo valor jurídico, el derecho público establece una relación en que uno de los sujetos tiene un mayor valor jurídico frente al otro. En tanto las primeras serían relaciones jurídicas propiamente dichas, las otras —como las existentes entre el Estado y sus súbditos— serían más bien de poder o de dominación, lo que supondría una contraposición entre derecho y fuerza no jurídica. Kelsen se pregunta en qué consiste el plus de valor que se concede a unos sujetos. Según él, sólo significaría que el orden jurídico otorga a unos sujetos, calificados como órganos o autoridades, la facultad de obligar a los súbditos mediante una manifestación unilateral de voluntad. El caso típico sería el de la orden administrativa. Se trata de una producción autocrática de normas en la que el obligado no tiene participación, opuesta a lo que el autor denomina “el método democrático de producción del derecho”, cuyo caso típico sería el contrato. De este modo, la distinción entre derecho público y derecho privado se relativiza. La *Teoría pura*, con su enfoque universalista, contempla tanto el negocio jurídico privado como la orden administrativa en cuanto hechos productores de derecho, igualmente atribuibles a la unidad del orden jurídico, pudiendo ser expresión de la así llamada “voluntad del Estado”. De extrasistemática —como distinción entre algo jurídico y algo no jurídico— la distinción se convertiría en intrasistemática, reduciéndose a una cuestión de método de producción de las normas.

Al mismo tiempo, nuestro autor sostiene que tras la distinción tradicional laten presupuestos ideológicos tendientes a dar libertad al gobierno y a los órganos administrativos frente al orden jurídico legal, de modo que primara el interés estatal o el bien público por encima del derecho estricto. Por otro lado, con tal dualismo se opondrían lo político y lo privado, ocultándose la evidencia de que el derecho privado es igualmente tan escenario del poder político como el derecho público producido por la legislación y la administración. El sistema de producción de normas jurídicas individuales basado en el principio de autodeterminación tiene un carácter democrático y, según Kelsen, correspondería a un sistema económico capitalista. Aunque nada impediría que un sistema de producción democrática de normas individuales fuera unido a uno autocrático respecto a las normas generales, o, al revés, uno democrático en cuanto a las generales podría darse junto a una producción autocrática de las normas individuales, propia de un sistema económico socialista.

La exposición de la doctrina tradicional, al igual que en tantas otras ocasiones, está simplificada al máximo, de manera que ya preanuncia la crítica kelseniana. En efecto, pensamos que, aun sosteniendo que tanto el derecho público como el derecho privado son verdaderamente derecho, se puede mantener la tesis de que la distinción va más allá de un mero recurso didáctico o de un simple problema de producción de las normas ligado a determinados sistemas económicos y políticos. Pero el formalismo kelseniano no puede penetrar más a fondo en esta compleja cuestión, sencillamente porque dentro de su objeto de estudio no entran la sociedad, la autoridad, las personas humanas, las agrupaciones formadas por éstas, etcétera, en cuanto realidades anteriores al orden jurídico positivo. Es muy lógico, por tanto, que no pueda captar lo que distingue realmente las relaciones de derecho público de las de derecho privado.

Algo que no suele destacarse al exponer la doctrina kelseniana es que su reducción se produce en una dirección bien precisa: hacia el derecho público. El derecho privado acaba transformado en derecho público. En efecto, las relaciones contractuales sólo tendrían valor jurídico en cuanto autorizadas o delegadas por las normas generales de un orden estatal. Por tanto, no puede haber en este esquema una auténtica autonomía privada. El derecho es norma, y ésta, a su vez, se identifica con la norma pública: estatal, preestatal u supraestatal. De ahí que un negocio jurídico privado sería una manifestación de la voluntad estatal. Pero en cierto sentido la *Teoría pura* ha tenido una influencia benéfica, al destacar que el derecho público es auténtico derecho, colaborando a la implantación del principio de legalidad del acto administrativo y a la articulación del contencioso-administrativo.

#### XXXIV. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO Y EL ESTADO<sup>430</sup>

En *Problemas capitales*, Kelsen consideraba al derecho y al Estado como dos aspectos de un mismo fenómeno, aunque no estaba claro de qué fenómeno

<sup>430</sup> TP (2a. ed. al.), n. 36, pp. 285 y 286, nn. 39-41a, pp. 289-294, n. 41e, pp. 319-321; TP (ed. fr.), pp. 179 y 180, 187-198; TP (1a. ed. al.), n. 43, pp. 145-147, nn. 46-48, pp. 154-170. Véase Condorelli, Orazio, "Il rapporto fra Stato e diritto secondo il Kelsen", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 3, 1923, pp. 307-315; Recaséns Siches, Luis, "Estado y derecho. El problema acerca de si son distintos o bien una sola e idéntica entidad", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof. Giorgio Del Vecchio*, Modena, 1931, II, pp. 314-345; Rangel Frías, Raúl, *Identidad de Estado y derecho en la teoría jurídica pura de Hans Kelsen*, México, 1938; Leoni, Bruno, "Il concetto di «Stato» nella teoria kelseniana", *Scritti vari di Filosofia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1961, pp. 205-216.

se trataba.<sup>431</sup> Ya criticaba la visión del Estado como creador del derecho y la teoría de la autolimitación del Estado por el derecho elaborada por Jellinek. Sin embargo, no había alcanzado todavía la total identificación entre ambos conceptos, tal como la sostuvo más tarde, haciéndola objeto de un estudio específico —*Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (El concepto sociológico y jurídico de Estado) (1922)—,<sup>432</sup> convirtiéndola en el núcleo de su primera obra de síntesis, la *Teoría general del Estado*,<sup>433</sup> y manteniéndola invariablemente hasta el fin de sus días.

La incorporación de esta tesis a la *Teoría pura* resultó de la suma de diversas modificaciones o complementos que ella recibió durante el periodo vienés del quehacer científico del autor. En primer lugar, influyó muy decisivamente la inclusión del elemento dinámico, y sobre todo la consideración de los actos singulares estatales como normas individuales. En sus *Problemas capitales*, como el derecho se limitaba a las normas generales, y en cambio se reconocía que el Estado entraba en contacto con la sociedad, sobre todo a través de actos singulares, era inevitable afirmar que el derecho y el Estado no coincidían. Superada esa restricción del derecho a las normas generales, se allanaba el camino para identificar el derecho con el Estado. Dos elementos contribuyeron a fundamentar esta conclusión. Por una parte, la más consciente inspiración en el idealismo metódico de Cohen proporcionó una explicación epistemológica: considerar al Estado desde el punto de vista jurídico significa concebirlo como derecho, siendo un producto del método jurídico y, por tanto, nada distinto al derecho, que como tal no podría ser objeto del conocimiento del jurista. En segundo lugar, también influyó la teoría ficcionista de la personalidad jurídica, que ya hemos explicado.<sup>434</sup> El Estado sería la personificación ficticia de la unidad del conjunto de normas que forman un orden jurídico nacional. Y desde otro punto de vista, el propio Kelsen ha confesado que su doctrina se inspiró directamente en el Estado que conocía, el de la monarquía austro-húngara anterior a la Primera Guerra Mundial, formado por una amalgama sumamente heterogénea de nacionalidades y dotado de una unidad exclusivamente jurídica.<sup>435</sup>

<sup>431</sup> Losano, M. G., *Saggio introduttivo*, cit., pp. 28-32, a quien sigo en esta parte.

<sup>432</sup> Cit.

<sup>433</sup> Véase el prólogo de esta obra, pp. VII-X.

<sup>434</sup> Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Universidad Católica de Valparaíso, 1976.

<sup>435</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, cit., p. 49. Kunz en *La teoría pura del derecho*, cit., pp. 10 y ss. y pp. 31-33, además de resaltar este aspecto específico, afirma que, en general, la *Teoría pura* sería un producto típicamente austríaco, por su universalismo, su oposición a los fanatismos ideológicos, etcétera.

Por lo demás, esta conclusión había sido, en cierto modo, preparada por el positivismo estatalista del siglo pasado. Una vez incorporada al sistema kelseniano, se aviene perfectamente con el principio clave de separación ser-deber ser, en cuanto la sociedad, en tanto perteneciente al *Sollen*, sólo sería norma o conjunto de normas. También cuadra con la concepción del derecho como norma coactiva, en especial con la doctrina del monopolio de la fuerza por el orden jurídico, así como con el afán por dotar de unidad al sistema de normas. En conclusión, estamos ante un punto de confluencia de múltiples presupuestos kelsenianos.

Recorramos sumariamente las explicaciones del autor, que no han experimentado cambios de relieve a través de las sucesivas ediciones de la *Teoría pura*. El lector ya estará acostumbrado a comenzar con la crítica de la doctrina tradicional, que, en este caso, corresponde a la teoría de la autolimitación del Estado propugnada por Jellinek.

Ya en la crítica de la oposición derecho privado-derecho público ha mostrado el dualismo tradicional entre derecho y Estado, que según nuestro autor, dominaría en la ciencia del derecho moderno y en todo el pensamiento social. Se contraponen, haciendo del Estado un ente distinto del derecho, que existiría con independencia del orden jurídico pero que a la vez se considera un ente jurídico, sujeto de derechos y obligaciones.

Paralelamente a lo que ocurre en la teoría del derecho privado, en que se afirma la personalidad jurídica del individuo como lógica y temporalmente anterior al derecho objetivo, aquí en la teoría del “Estado de derecho” se supone al Estado como independiente del derecho, e incluso existente antes de él. Pero se agrega que el Estado crea su derecho para luego autosometerse a él: es la teoría de Jellinek de las dos caras del Estado y de la autolimitación del Estado por el derecho que Kelsen rechaza como contradictoria.

El dualismo de Estado y derecho cumpliría una función ideológica, consistente en justificar al Estado y así reforzar su autoridad. Abandonada la legitimación religioso-metafísica del Estado —explica el autor—, esta teoría, por más contradictoria que sea, es la única posible justificación. La idea del autosometimiento sería absurda, en cuanto algo producido por el propio Estado sería lo que lo limitaría y lo justificaría. Pero Kelsen nos recuerda que para las ideologías no importan las contradicciones, porque ellas no aspiran a conocer la verdad, sino a determinar la voluntad.

Nuevamente, la presentación del adversario —la teoría tradicional— es no sólo demasiado sumaria, sino también muy unilateral, en cuanto elige precisamente una teoría tan débil como la del autosometimiento del Estado

al derecho creado por él mismo, pensando que así se supera toda doctrina que niegue la identificación del derecho y el Estado.

Luego pasa a desarrollar su propia tesis, que afirma la identidad del Estado con el derecho. ¿Qué es el Estado? Según el jurista austriaco, el Estado, para un conocimiento liberado de ideología, metafísica y mística, tendría las siguientes notas: *a)* ser un orden de la conducta humana; *b)* ser un orden coactivo y, por tanto, jurídico (dice que el adjetivo “político” sólo haría referencia a la coacción), y *c)* poseer un cierto grado de centralización, es decir, tener el carácter de una organización en sentido estricto, en la que hay órganos que funcionan con división del trabajo para la producción y aplicación de las normas que constituyen ese orden. De esta manera, no todo orden jurídico sería un Estado. La tercera característica enunciada sería la que diferencia al orden estatal del orden primitivo o preestatal, y del orden, supra o interestatal, del derecho internacional. En estos órdenes las normas jurídicas generales no son producidas por un órgano legislativo central, sino por la costumbre, por lo que el procedimiento de producción general del derecho está descentralizado. Por otra parte, en ambos rige la autodefensa, o sea, la justicia por propia mano. Los individuos que aplican las sanciones consuetudinarias, aunque actúan como órganos de derecho, no son órganos centrales que funcionan con división del trabajo.

Conforme a lo expresado, el Estado, como comunidad social, se constituye, según nuestro autor, mediante un orden normativo, y se identifica con éste. Como una comunidad sólo puede constituirse mediante un orden, el orden que constituye al Estado sólo podría ser el orden relativamente centralizado, que es el orden jurídico estatal. Como se puede apreciar, juega un papel decisivo la concepción de la unidad del orden jurídico.

Los elementos del Estado —población, territorio y poder— son explicados por Kelsen desde un punto de vista jurídico puro. De este modo, la teoría del Estado sería una parte de la teoría del derecho, parte que fue expuesta en la gran síntesis de la *Teoría general del Estado*. La población del Estado se entiende como el dominio de validez personal del orden jurídico estatal, dado que no existe otro criterio unificador de las personas que forman esa población. El territorio se identifica con el dominio territorial de validez del mismo orden jurídico, mientras que el poder del Estado vendría a ser la validez de un orden jurídico eficaz, ya que lo que diferencia al poder estatal de otras relaciones de poder es el hallarse jurídicamente regulado. La potencia del Estado no sería más que la eficacia del orden jurídico estatal. También agrega el elemento consistente en la existencia temporal del Estado, que simplemente equivaldría al dominio de validez temporal del orden estatal.

Así, llegamos a la definición kelseniana de Estado: “orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez territorial y temporal, soberano e inmediatamente determinado por el derecho internacional (tema que abordaremos al tratar las relaciones entre ambos ordenamientos), eficaz en términos generales”.<sup>436</sup>

El Estado, para el derecho, por consiguiente, sólo sería derecho. Es exactamente lo mismo que nos ha dicho a propósito de la persona física, de la persona jurídica, de la obligación jurídica, del derecho subjetivo, etcétera. En definitiva, no es sino otra reducción de todo lo que existe en el mundo jurídico a pura norma positiva.

La proposición inversa —o sea, la que reduce el derecho a Estado— no es tan exacta en la *Teoría pura*, ya que se reconoce la existencia de órdenes jurídicos no estatales, otorgándose una clara preeminencia al concepto de derecho como norma coactiva, ya que el Estado no sería más que una personificación ficticia de un determinado conjunto de normas dotado de ciertas características. Por lo tanto, no es demasiado preciso el calificar a Kelsen de estatalista, aunque sí puede llamársele “publicista” con todo rigor, puesto que todas las normas jurídicas, en su concepto, emanarían del poder social, más o menos centralizado o descentralizado.

A la ciencia del derecho kelseniana no le interesa más que la norma. Lo demás, por cierto, no se niega —al menos, por lo que atañe a la existencia de las relaciones de poder, y a la de las ideologías cuyo influjo social se reconoce muy significativo—, pero, en virtud de la pureza metódica total, no caería en un terreno jurídico. En todo este tema brilla por su ausencia toda consideración de la realidad social, y en particular, de la finalidad del Estado.

Por otra parte, la crítica a la teoría de Jellinek nos parece muy acertada y sumamente instructiva, en cuanto muestra que no puede haber auténtica limitación jurídica del poder estatal si se niega la existencia de un derecho suprapositivo. El positivismo kelseniano, con su lucidez habitual, presta así un valioso servicio a la doctrina del derecho natural.

Desde su perspectiva pura, el autor lleva a cabo una reinterpretación de algunas expresiones corrientes en la teoría jurídica sobre el Estado. Decir que el Estado crea el derecho sólo significaría que ciertos hombres, cuyos actos son atribuidos al Estado —como personificación del orden jurídico total limitado espacial y temporalmente, y que goza de una cierta descentralización—, producen el derecho. Es decir, querría decir simple-

<sup>436</sup> TP (2a. ed. al.), n. 41 a, p. 294.

mente que el derecho regula su propia producción, porque, como ya sabemos, la condición para efectuar esa operación intelectual de atribución consiste en que los actos de que se trate estén determinados por las normas jurídicas. La “obligación autoimpuesta del Estado”, por su parte, expresaría que las obligaciones y derechos que se atribuyen a la persona del Estado están establecidos justamente por el orden jurídico cuya personificación es el Estado. Pero no puede olvidarse que lo único existente como objeto del conocimiento jurídico sería el mismo derecho como norma coactiva: lo demás serían ficciones, conceptos auxiliares, operaciones mentales. También se detiene a explicar el significado del “Estado de derecho”. Ante todo, indica que un Estado no sujeto a derecho es impensable, ya que el Estado no es más que derecho. Por tanto, todo Estado sería Estado de derecho, y la expresión constituiría un pleonasma. Sin embargo, se emplea para aludir a cierto tipo de Estado: aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y a la seguridad jurídica a través de ciertas instituciones, como son el principio de legalidad de los actos judiciales y administrativos, la dictación de las leyes por un parlamento elegido por el pueblo, la independencia de los tribunales, la garantía de ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, etcétera. De este modo, Kelsen confiesa que desde el punto de un positivismo coherente, no tiene sentido, como distinción esencial, la expresión “Estado de derecho”. Él mismo señala que tras ella habría un prejuicio iusnaturalista.

El presente capítulo de la *Teoría pura* se cierra con la afirmación de que se ha logrado disolver críticamente otro dualismo, el de Estado y derecho. Este dualismo constituye, a juicio del autor, una de las duplicaciones que surgen cuando el conocimiento hipostasía la unidad que constituye su objeto, ya que el Estado no es otra cosa que la personificación, esto es, la expresión unitaria, del orden coactivo en que consiste el derecho. Traza un paralelo ampliamente desarrollado en *El concepto sociológico y jurídico del Estado*, comparando el dualismo Estado-derecho con el que existiría entre Dios y el mundo. Al igual que su doctrina ficcionista, su enfoque de las relaciones entre Dios y el mundo está tomado de Vaihinger.<sup>437</sup> He aquí los términos de la comparación: así como el poder y la voluntad serían la esencia de Dios, también el poder y la voluntad constituirían la esencia del Estado; de modo semejante a la simultánea trascendencia e inmanencia de Dios con respecto al mundo, se afirmarían la trascendencia y la inmanencia del Estado frente al derecho; igual que Dios se hace hombre, según lo que llama “el mito de la conversión”, el Estado se somete al derecho; por fin, ambos dualismos

<sup>437</sup> Vaihinger expone esta concepción en su libro *Die Philosophie des Als-Ob*, cit.

serían superados, respectivamente, a través del panteísmo y de la identificación entre el Estado y el derecho. Más allá del cúmulo de confusiones teológicas que este pasaje revela,<sup>438</sup> y del panteísmo que se ha visto en nuestro autor,<sup>439</sup> aflora aquí, sobre todo, la actitud agnóstica de Kelsen frente a todo lo trascendente. Para él, se trataría de un sugestivo paralelismo entre mitos teológicos y políticos cuyo objetivo sería combatir los intentos ideológicos de legitimación o justificación del Estado por el derecho.

La concepción kelseniana sobre las formas de Estado es un corolario de este planteamiento. Las formas de Estado —democracia, autocracia, república, monarquía— no serían más que distintas formas o métodos de producción del derecho, que se reducirían a dos: aquellos en los que el hombre obligado participa y aquellos que se realizan sin su intervención. Kelsen advierte que este problema no sólo se plantea respecto a la producción de normas generales, sino también en relación con las normas individuales.

### XXXV. EL ESTADO COMO PERSONA JURÍDICA<sup>440</sup>

La *Teoría pura* contiene una síntesis, bastante más ampliada en la edición última, sobre la teoría del Estado como persona jurídica. No es sino una aplicación de las tesis generales acerca de la persona jurídica al caso de la persona estatal.

El Estado, como toda persona jurídica, aparece como una sociedad constituida por un orden normativo que funciona con división del trabajo, estableciendo órganos. Su orden jurídico constitutivo es el orden jurídico nacional o estatal, y el Estado se encuentra situado en el orden jurídico internacional, que le impone derechos y obligaciones, por lo que, como en las demás personas jurídicas, también cabe distinguir entre obligaciones y derechos externos e internos, según sean estatuidos por el derecho internacional o por el orden jurídico estatal.

<sup>438</sup> Kelsen enfoca la fe y la teología cristiana desde su perspectiva, sin preocuparse por distinguir aquello que verdaderamente corresponde a la Revelación cristiana. Fiel a su voluntarismo, estima que el poder y la voluntad serían la esencia de Dios. Por otro lado, interpreta la presencia de Dios en el mundo como immanencia, y entiende el misterio de la Encarnación del Hijo de Dios como conversión de la naturaleza divina en humana, alejándose así completamente del mensaje revelado del Cristianismo, que afirma claramente la trascendencia de Dios respecto a lo creado, y la no confusión de las dos naturalezas en la única Persona divina del Verbo Encarnado.

<sup>439</sup> Ampliamente lo trata Legaz y Lacambra, L., *Kelsen, cit.*, pp. 192-209.

<sup>440</sup> TP (2a. ed. al.), n. 41b, pp. 295-314; TP (ed. fr.), pp. 191-194; TP (1a. ed. al.), n. 48b, pp. 160-165.

En primer lugar, trata del Estado como sujeto activo, sobre la base de su teoría del órgano jurídico, que ya conocemos suficientemente,<sup>441</sup> por lo que consideramos innecesario repetirla ahora. Recuerda también su distinción entre el concepto amplio y el concepto restringido de Estado —éste último correspondiente a aquel orden jurídico parcial que regula el comportamiento de los funcionarios—, y su diferenciación de los dos tipos de administración estatal —mediata e inmediata—, describiendo el paso histórico de lo que llama “Estado judicial”, limitado a las funciones de legislar, juzgar y ejecutar sanciones, al “Estado administrativo”, en que hay administración estatal directa.

La representación política es interpretada como otro caso de atribución, ya no a la persona del Estado —como en el caso de la actuación de los órganos estatales—, sino al pueblo. De este modo, el parlamento elegido por el pueblo lo representa; el dictador se dice también representante del pueblo, etcétera. Análogamente a la representación de los incapaces, esta atribución al pueblo se fundaría en que el órgano que lo representa debería, por una obligación jurídica o moral, actuar en interés del pueblo, es decir, de los individuos que constituyen la comunidad estatal. Rechaza otros enfoques de la representación, insistiendo en su doctrina sobre el uso de las ficciones en la ciencia del derecho.

Con cierta amplitud aborda el tema del Estado como sujeto de obligaciones y derechos internos, esto es, aquellos constituidos por el orden jurídico estatal. Sostiene que cuando se habla de obligaciones del Estado, por lo común no se trata de obligaciones propiamente jurídicas, sino sólo morales y políticas, ya que no se suele atribuir al mismo Estado la violación de esas obligaciones en cuanto jurídicas, o sea, no se le atribuyen delitos. Pero como la *Zuschreibung* es una simple operación mental posible, no habría inconveniente en que se refiriera al Estado la conducta que satisface la obligación sin hacer otro tanto con la que la incumple. Así, cabe sostener la hipótesis de que el Estado puede actuar jurídicamente, mas no es capaz de delinquir, lo que, respecto a un individuo, sería imposible, dado que siempre el obligado es el delincuente potencial. Pero tampoco hay ningún problema, según el autor, para atribuir delitos al Estado, y de hecho se le ve como autor de ilícitos civiles, aunque, para no incurrir en el absurdo de que el Estado dirigiera una sanción contra sí mismo, no se atribuiría el padecimiento del acto coactivo al mismo Estado, el cual sólo respondería con su patrimonio, adjudicándose la responsabilidad personal al órgano.

---

<sup>441</sup> *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*

Asimismo, el autor analiza la atribución de derechos al Estado, y concluyen que ella es posible sobre el supuesto de que tales derechos no son ejercidos en el interés de los individuos que los hacen efectivos, sino en interés de la totalidad de los individuos que componen la comunidad jurídica.

Nada nuevo tenemos que agregar a cuanto ya comentáramos a propósito de la doctrina kelseniana acerca de la personalidad jurídica en general.<sup>442</sup> Sólo desearíamos resaltar la introducción de un elemento explicativo que nos parece poco “puro”: el interés de la colectividad. En definitiva, para distinguir ciertas situaciones estatales, Kelsen ha de fundar la atribución ficticia en una realidad: el bien común, lo que pone en peligro el formalismo a ultranza de la teoría.

### XXXVI. CENTRALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN<sup>443</sup>

En relación con el problema de la articulación del Estado en provincias o en estados que conforman un Estado federal, se analiza desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico la cuestión más amplia de la centralización o descentralización del orden jurídico.

El autor distingue dos puntos de vista en esta materia; uno estático y otro dinámico. Desde una perspectiva estática, una comunidad jurídica centralizada sería, idealmente, aquella cuyo orden estuviera constituido sólo por normas válidas para todo el territorio jurídico. Una comunidad idealmente descentralizada sería, en cambio, aquella en que las normas sólo tuvieran validez para determinadas partes del territorio, sin que existiera ninguna norma positiva válida para todo ese territorio. Como este caso, en el que lo único común sería la norma básica, realmente no se da en la actualidad, Kelsen introduce un concepto más restringido de descentralización en que, como acontece en la comunidad jurídica internacional —el caso extremo actual— la unidad del territorio estatal no está sólo dada por la *Grundnorm*, sino también por algunas normas positivas. Desde este ángulo estático, el problema se referiría solamente a los dominios territoriales de validez de las normas, no al contenido material de las normas. Sin embargo, las diferencias reales existentes en el material que ha de ser jurídicamente regulado deben ser tenidas en cuenta, y darán lugar a una diferenciación territorial en cuanto al contenido normativo.

<sup>442</sup> Villey, Michel, *op. cit.*

<sup>443</sup> TP (2a. ed. al.), n. 41d, pp. 315-319. En las ediciones anteriores sólo está mencionado: TP (ed. fr.), p. 195; TP (1a. ed. al.), n. 48d, pp. 165 y 166. Lo trata más extensamente en *Teoría general del Estado, cit.*, pp. 214-237.

Junto a este punto de vista estático, Kelsen analiza el problema en su vertiente dinámica, distinta e independiente de la estática. Aquí atiende al modo de producción y aplicación de las normas, o, más en general, a la forma de realizarse las funciones jurídicas establecidas por el orden jurídico. Habría dos extremos ideales: la situación en que un único órgano realiza todas esas funciones, y aquella en la que todas son desempeñadas por todos los individuos sujetos al orden jurídico.

Kelsen, como es obvio, advierte que los Estados históricos no son ni totalmente centralizados ni plenamente descentralizados, sino que combinan ambas posibilidades en determinada proporción, aproximándose así a uno u otro tipo ideal.

Con esta teoría, Kelsen se limita a describir las diversas situaciones que pueden imaginarse, esforzándose por sistematizarlas conforme a las categorías de su doctrina. De acuerdo con sus principios positivistas, todos los grados de centralización o descentralización podrían ser igualmente jurídicos, según fueran adoptados por el derecho positivo. Elegir entre ellos sería una mera cuestión política, sin límites jurídicos.

### *Sección II: El derecho canónico*

#### XXXVII. EL DERECHO CANÓNICO<sup>444</sup>

Hasta donde llegan nuestras informaciones, Kelsen, en su vasta producción bibliográfica, sólo abordó una vez el tema del derecho canónico: en su *Teoría general del Estado*, en un apéndice titulado “Estado e Iglesia”.

En el apéndice plantea el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, que considera análogo al que se presenta en las relaciones entre el Estado y el derecho internacional. Comienza definiendo a la Iglesia como un orden, es decir, una ordenación de la vida religiosa de los hombres. Como se puede observar, su definición de la Iglesia es de corte netamente normativista. Al igual que el Estado, diríamos que para Kelsen ella sería la personificación de un conjunto de normas que regulan la conducta humana en su aspecto religioso, abarcando todos los aspectos de la vida humana en cuanto se relacionan con la religión.

Mientras ese orden en que consistiría la Iglesia sólo estuviera constituido por normas ético-religiosas, es decir, en tanto no fuera jurídico —lo que

<sup>444</sup> *Teoría general del Estado, cit.*, pp. 174-179. El único trabajo específico dedicado al tema que no hemos podido consultar es Busek, Bratislav, “Kelsen a právo cirkvení”, *Casopis ucene Spo Lecnosti Safarikovy*, 1, 1927, pp. 68-73. El título significa: “Kelsen y el derecho canónico”.

para nuestro autor implica la coactividad—, no se plantea el problema de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, ya que esas normas se encontrarían, frente al orden jurídico estatal, como se halla cualquier otro sistema moral, esto es, como un sistema social totalmente diverso y separado. En ese caso, no obstante, Kelsen dice que sería preferible hablar de “religión” en vez de “Iglesia”.

El “problema” de la relación entre la Iglesia y el estado surge en el momento en que el orden religioso se convierte en orden coactivo de la conducta humana, en el mismo sentido que el estado; y entonces se origina la cuestión acerca de qué manera será posible enlazar en un sistema unitario de Derecho esa zona jurídica. Con la de cada orden jurídico estatal y la del Derecho internacional.<sup>445</sup>

A continuación, sienta una tesis francamente polémica:

Si la Iglesia es un orden jurídico, es un Estado; tanto más si el orden eclesiástico funciona mediante órganos especializados para realizar los actos coactivos por él estatuidos. Pero es un Estado de naturaleza peculiar; un orden estatal que regula la conducta humana atendiendo de modo especial al momento religioso: el honor de Dios.<sup>446</sup>

Y refiriéndose al derecho canónico, escribe:

Partiendo de nuestro punto de vista fundamental, resulta que el llamado “derecho canónico” coincide con la Iglesia, considerada como orden jurídico; el derecho canónico no es —como insistentemente se afirma— un Derecho nacido y existente con independencia del “Estado”, porque también en este caso son idénticos los conceptos de orden jurídico y orden estatal; por tanto, sólo la restricción inadmisibles del concepto de Estado al orden jurídico que sirve única o principalmente a fines no religiosos suscita la apariencia de un derecho independiente del “Estado”, cuando en verdad se trata únicamente de un Derecho independiente de ese Estado que, a diferencia del que podríamos llamar “Estado religioso”, constituye el Estado civil.<sup>447</sup>

El autor sostiene que en la medida en que se atribuya a la Iglesia el carácter de orden jurídico, necesariamente se le reconoce la pretensión de articularse con las restantes zonas del derecho en un sistema unitario. En lo

<sup>445</sup> *Teoría general del Estado, cit.*, p. 174.

<sup>446</sup> *Idem.*

<sup>447</sup> *Ibidem*, p. 175.

que sigue, Kelsen estudia las relaciones entre el orden normativo eclesiástico y el orden normativo civil, de modo muy semejante a como lo hace a propósito de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional.<sup>448</sup> Rechaza la postura de los que creen que entre ambos sistemas de normas no podrían darse conflictos.

Pero lo cierto es que por constituir la Iglesia y el Estado órdenes jurídicos diversos que regulan total o parcialmente la conducta de los hombres, tienen que incurrir necesariamente en conflictos, y no por vía de excepción, sino en múltiples respectos, ya que el fin religioso tiene que determinar la totalidad de la conducta humana, desde el momento en que ese fin es el supremo para la Iglesia.<sup>449</sup>

Por tanto, debe haber un límite jurídico entre ambos órdenes. “Por eso es imposible la teoría de la coordinación de ambas potestades... según la cual, tanto el Estado como la Iglesia constituyen órdenes soberanos cada uno en su ámbito, es decir, no sometidos a ningún orden superior que los delimite jurídicamente”.<sup>450</sup> Rechaza, en consecuencia, una solución dualista y postula un monismo que podría conceder la primacía al orden jurídico de la Iglesia, o bien, al orden jurídico estatal. Conforme a tal enfoque monista, el orden al que se le atribuyera la supremacía aparecería como el orden total, mientras que el otro quedaría reducido a la condición de orden jurídico parcial subordinado. Como ejemplo de concepción que otorga la primacía a la Iglesia cita la doctrina de la potestad indirecta sobre lo temporal; y como caso de superioridad del orden estatal, describe diversas fórmulas en las que la Iglesia pasa a ser, dentro de un derecho estatal, una asociación o corporación sometida a ese orden jurídico.

El jurista vienés no duda del carácter propiamente jurídico del derecho canónico. Como se puede deducir de múltiples alusiones específicas, siempre tiene en mente, de modo muy primordial, el derecho de la Iglesia católica como prototipo de derecho canónico.

Su concepción de lo jurídico-canónico es un calco perfecto de su noción de derecho en general, como orden coactivo público. Es un simple traslado de los conceptos acuñados en el ámbito civil. Su reducción de la Iglesia a sistema normativo es estrictamente paralela a su tesis de la identificación entre el derecho y el Estado. El elemento decisivo de la juridicidad seguiría siendo la coactividad, sin que se preocupe de determinar cómo se da en el ámbito

<sup>448</sup> *Cfr. infra*, n. 39.

<sup>449</sup> *Teoría general del Estado, cit.*, p. 176.

<sup>450</sup> *Idem.*

eclesiástico. El derecho canónico, como todo derecho, queda reducido a derecho positivo, y se concibe como norma emanada del poder de la Iglesia, es decir, norma pública por su fuente. Por consiguiente, todas las bases del sistema están presentes en esta concepción del derecho canónico.<sup>451</sup>

Con estas premisas no puede resultar demasiado sorprendente su afirmación de que la Iglesia en cuanto orden jurídico es un Estado, sobre todo en una época —como aquella en que apareció *Teoría general del Estado* (1928)— en que la doctrina kelseniana estaba volcada de modo predominante a los fenómenos jurídicos estatales. Si el derecho tiene una esencia única —orden coactivo—, y el Estado, jurídicamente considerado, no es más que derecho, entonces dondequiera que haya derecho —y además una organización relativamente centralizada— también habrá Estado. Desde un punto de vista estrictamente jurídico no habría criterios esenciales para distinguir el orden coactivo civil y el orden coactivo eclesiástico: sus peculiaridades quedarían fuera del ámbito del *Sollen*, en el cual coincidirían como órdenes coactivos de la conducta humana. La naturaleza de las relaciones regladas, el origen de las normas, los fines que cada ordenamiento persigue, etcétera, serían elementos del mundo del *Sein*, irrelevantes para el jurista.

Podría parecer que esta designación de la Iglesia como Estado es una cuestión terminológica. Sin duda alguna lo es: tal uso de la palabra “Estado” se sale completamente de lo común, con lo que no puede acarrear más que confusiones.<sup>452</sup> Pero la cuestión es más de fondo. Lo que verdaderamente importa es que Kelsen no capta en el derecho canónico más que lo que ha encontrado en el derecho civil. Esto equivale a sostener que la *Teoría pura* es aplicable al derecho de la Iglesia, como explícitamente lo han afirmado algunos.<sup>453</sup> En cuanto teoría general del derecho, provista de cierto instrumental de conceptos científico-técnicos, según Kelsen, su doctrina podría

---

<sup>451</sup> En cuanto al traslado de categorías elaboradas en el ámbito jurídico estatal al campo canónico, esta concepción recuerda los intentos llevados a cabo por los cultivadores del *Ius Publicum Ecclesiasticum*, que aplicaron nociones de teoría racionalista del derecho público a la Iglesia. Véase Hervada, J. y Lombardia, P., *El derecho del Pueblo de Dios*, Pamplona, EUNSA, 1970, I, pp. 201 y 202.

<sup>452</sup> Este punto llamó la atención de varios autores italianos, que coincidieron en reprochar a Kelsen un uso arbitrario de la palabra “Estado”. Balladore Pallieri, Giorgio, “Le dottrine di Hans Kelsene il problema dei rapporti fra diritto interno e diritto internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 27, 1935, pp. 24-82; Checchini, Aldo, *Scritti Giuridici e Storico-Giuridici*, III. Diritto Ecclesiastico, Padua, Cedam, 1958, p. 6, nt. 6; Romano, Santi, *L' Ordinamento Giuridico* (2a. ed.), Sansoni, Florencia, 1951, 32, p. 137, nt. 94 *bis*.

<sup>453</sup> Por ejemplo, Silving, Helen, “The Lasting Value of Kelsenism”, *Law, State and International Legal Order*, *cit.*, p. 304. Señala que: “En todo caso, incluso un significado que históricamente pretende ser metafísico es traducible en términos de significación operacional kelse-

describir adecuadamente los fenómenos jurídico-positivos que se dan en la vida de la Iglesia. La posibilidad de esta aplicación de la *Teoría pura* al derecho canónico depende, ante todo, como es lógico, del valor intrínseco del sistema kelseniano como explicación científica del derecho en general.

Por otro lado, es claro que el enfoque kelseniano del problema de las relaciones entre derecho estatal y derecho canónico obedece a su postura trascendental-kantiana acerca de la unidad del derecho como orden totalizador y monopolizador del poder. Esta actitud, por lo demás, no cuadra demasiado con los resultados de las últimas investigaciones kelsenianas sobre las relaciones entre derecho y lógica que renuncian al prurito de eliminación de contradicciones entre normas, reconociendo la existencia de posibles normas contrapuestas, y por tanto, de preceptos igualmente jurídicos provenientes de diversos poderes.

### *Sección III: Estado y derecho internacional*

#### XXXVIII. LA ESENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL<sup>454</sup>

La introducción del derecho internacional en la *Teoría pura*, o quizá mejor dicho, la aplicación de ésta al derecho internacional, fue realizada primeramente por Verdross, en su artículo “Zur Konstruktion des Volkerrechts” (“Acerca de la construcción del derecho internacional”), publicado en 1914.<sup>455</sup> Sin embargo, el mismo Kelsen, ese mismo año, tomando ocasión de las relaciones entre leyes federales y leyes locales en el régimen austriaco de aquel tiempo, se había pronunciado acerca del tema de las relaciones entre dos complejos normativos, y había concluido que, por exigencias lógicas, entre ambos ór-

---

niana... Así, hasta el derecho de la Iglesia puede ser expresado muy adecuadamente en términos kelsenianos”.

<sup>454</sup> TP (2a. ed. al.), n. 42, pp. 323-330; TP (ed. fr.), pp. 199-224, TP (1a. ed. al.), n. 49, pp. 170-177. Existe abundantísima bibliografía sobre esta parte de la doctrina de Kelsen. Algunos trabajos generales son: Kunz, J. L., “El derecho internacional en la teoría kelseniana”, *Revista Trimestral de Cultura Moderna* (Universidad Nacional de Colombia), 5, 1946, pp. 241-265; Truyol, Antonio, “Le droit de gens dans le système de la «Théorie pure de droit»”, *Revue Générale de Droit International Public*, 55, 1951, pp. 23-35; Puente, Egidio J., *La teoría pura del derecho y la ciencia del derecho internacional*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1962; Vial Armstrong, Agustín, *Estudio de la relación entre derecho natural y derecho internacional a la luz de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Santiago de Chile, Seminario de Derecho Público, 1965; Visscher, Paul de, “Observations sur la contribution de Hans Kelsen au droit international positif”, *Revue Internationale de Philosophie*, 35, 1981, pp. 530-538.

<sup>455</sup> *Cit.*

denes debía existir una jerarquía y una unidad.<sup>456</sup> Verdross, en aquel artículo aplicaba esta doctrina a las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal, y concebía al ordenamiento jurídico estatal como subordinado al ordenamiento internacional. Kelsen, a su vez, tomó aquellos desarrollos de su discípulo en su primera obra dedicada temáticamente al ámbito jurídico internacional: *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional* (1920), pero introdujo una corrección, en el sentido de que, según él, desde el punto de vista científico se puede defender tanto el primado del derecho internacional como el del derecho estatal. De allí en adelante, el estudio del derecho internacional figurará entre los principales capítulos de sus obras de síntesis, hasta dar lugar al capítulo VII de la edición final de la *Teoría pura*.

Al incluirse el derecho supraestatal, dada su descentralización característica, se le concebirá como derecho primitivo. De esta manera también ingresará a la *Teoría pura* el derecho preestatal, trasladándose el centro de gravedad de todo el sistema desde el Estado hacia el derecho en general.

Por otra parte, es obligado aludir a la intensa dedicación de Kelsen al derecho internacional positivo, que, desde su salida de Viena en 1930, podríamos decir que vino a sumarse, en cuanto campo de estudio jurídico-positivo, y al mismo tiempo, de prueba y afinamiento de los conceptos de su teoría general, al del derecho constitucional, que había sido dominante durante su permanencia en Austria.<sup>457</sup>

Kelsen, sobre la base del concepto usual de derecho internacional —como conjunto de normas que regulan la conducta recíproca de los Estados, que son sus sujetos específicos—, comienza por preguntarse si acaso es derecho en el mismo sentido que el derecho estatal, y en consecuencia, si puede ser objeto de una ciencia jurídica. A la luz de su definición del derecho, la pregunta decisiva viene a ser la siguiente: ¿estatuye el derecho internacional actos coactivos como sanciones? Para responderla analiza las dos clases de sanciones específicas que se atribuyen al derecho internacional: las represalias y la guerra. Respecto a las primeras, que suponen una intervención limitada de un Estado en la esfera de intereses de otro, es fácil de mostrar su carácter de sanción, ya que, estando prohibidas en otras circunstancias, son admisibles cuando se realizan como reacción frente a la violación de ciertos intereses protegidos por el derecho internacional precisamente en cuanto

<sup>456</sup> Kelsen, H., *Reichsgesetz und Landesgesetz*, cit.

<sup>457</sup> Métall, R. A., *Hans Kelsen. Vida y obra*, pp. 113 y 114, donde hay un elenco de las principales publicaciones de Kelsen en este terreno. Su libro de síntesis *Principles of International Law* (1952) está traducido al castellano: *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965. Sigo en esta presentación de la evolución doctrinal de Kelsen a Losano M. G., *Saggio introduttivo*, cit., pp. 34 y 35.

autoriza las represalias. En lo que atañe a la guerra, que significaría una intervención ilimitada en la esfera de intereses de otro Estado, nuestro autor se adhiere a la teoría del *bellum iustum*, conforme a la cual ella sólo sería admisible como reacción contra ciertas violaciones de los intereses estatales, ante las cuales el orden internacional la autorizaría. Hay que advertir que, en este contexto, el término *bellum iustum* carece de connotaciones morales o iusnaturalistas: simplemente significa licitud de acuerdo con un orden jurídico positivo. De hecho, Kelsen piensa que ese principio según el cual la guerra no sería lícita en cualquier circunstancia está contenido en la Carta de las Naciones Unidas.

Las represalias y la guerra son, al igual que las sanciones del derecho estatal, privaciones coactivas de bienes, como la vida, la libertad, etcétera, que se ven como dirigidas contra el Estado en virtud de una atribución, ya que quienes efectivamente las sufren son los individuos. En tal atribución sólo se expresa —explica Kelsen— que esos hombres que las padecen pertenecen a ese Estado.

Como ya hemos dicho, el derecho internacional, en la concepción kelseniana, muestra cierta semejanza con el derecho de las sociedades primitivas, pues no establece, por lo menos como derecho general que obligue a todos los Estados, ningún órgano que funcione con división del trabajo. Se halla en una etapa de amplia descentralización, como la que caracterizó a los inicios del derecho estatal. Tanto la formación de las normas generales, a través de la costumbre o de los tratados, como su aplicación, efectuada por el propio Estado que se estima lesionado y que dirige contra el agresor una sanción jurídica, no son realizadas por órganos centralizados, legislativos o judiciales.

Por otra parte, Kelsen aplica la *Stufenbautheorie* al derecho internacional en los siguientes términos: las normas del derecho internacional general son producidas por vía de costumbre, es decir, por actos de los Estados —o, mejor dicho, de los órganos competentes al respecto, conforme a los órdenes jurídicos de cada Estado—, que originan ese derecho consuetudinario. Entre las normas consuetudinarias tiene especial importancia la que habitualmente se formula como *pacta sunt servanda* (hay que atenerse a lo convenido), que faculta a los sujetos del derecho internacional para regular mediante tratados el comportamiento recíproco de sus órganos y súbditos. Este derecho internacional convencional, salvo excepciones, en la actualidad tiene un carácter exclusivamente particular, o sea, sus normas sólo valen para cierto grupo, mayor o menor, de Estados. Como el fundamento de este derecho convencional particular se encuentra en una norma del derecho consuetudinario general —el *pacta sunt servanda*—, el derecho convencional se halla

subordinado a la costumbre internacional, y constituye una grada inferior del ordenamiento internacional. Existe una tercera grada, constituida por las normas producidas por tribunales y otros órganos internacionales, cuyas funciones se fundamentan en tratados. Por último, en la cúspide habrá una *Grundnorm* del derecho internacional, una norma que establezca a la costumbre internacional como hecho productor del derecho. Kelsen advierte que esta *Grundnorm* no es el principio *pacta sunt servanda*, si bien él mismo lo estimó así durante un tiempo, y esa opinión suya pasó a ser lugar común en muchas exposiciones divulgativas de la *Teoría pura*. El jurista vienés la rechaza, dado que supondría recurrir a la ficción de que la costumbre estatal es un contrato tácito.

En el capítulo sobre la dinámica jurídica<sup>458</sup> ha descrito cómo quedaría la estructura jerárquica del orden jurídico total —que comprende el derecho internacional y los derechos nacionales—, según se adopte la hipótesis del primado del orden jurídico estatal, o bien, se recurra a la de la primacía del orden internacional. Conforme a la primera, la norma básica de todo el sistema seguiría siendo la misma del orden estatal, referida a la Constitución vigente, en la cual, a su vez, se fundamentaría el derecho internacional, ya que éste se tendría por válido en la medida en que fuera reconocido por la Constitución. Si, en cambio, se parte de la primacía del derecho internacional, entonces el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales ya no es una *Grundnorm* propia de cada uno de ellos, sino que es una norma positiva perteneciente al sistema normativo internacional: es aquella norma que legitima el orden coactivo fácticamente eficaz en un territorio, como orden jurídico válido, y a la comunidad constituida mediante ese orden como un Estado en el sentido del derecho internacional. En esta hipótesis el problema de la norma básica se desplaza; partiendo de esa norma positiva internacional —que Kelsen conoce como principio de efectividad—, se sube en la estructura jerárquica hasta llegar a la *Grundnorm* del orden internacional, que también lo sería de todos los derechos estatales. Propone la siguiente formulación de tal norma básica: “los Estados —es decir, los gobiernos estatales— deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada”.<sup>459</sup>

La *Teoría pura* prosigue la descripción del orden jurídico interestatal con arreglo a las categorías jurídicas kelsenianas. Así, expresa que ese orden

<sup>458</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34h, pp. 225-228; TP (ed. fr.), pp. 143, 145, 154 y 155; TP (1a. ed. al.), n. 50c, pp. 181-183, y g, pp. 192-195.

<sup>459</sup> TP (2a. ed. al.), n. 34h, p. 227.

obliga a los Estados en cuanto enlaza a la conducta contraria las sanciones vistas, prohibiendo esa conducta como delito y ordenando la contraria. La elección entre ambas sanciones —represalias o guerra— queda entregada al Estado lesionado en su derecho, el cual está facultado —no obligado— a recurrir a una de ellas. De esta manera, el derecho reflejo de ese Estado, idéntico a la obligación del otro, está provisto de un derecho subjetivo que consiste en el facultamiento para decidir y ejecutar las sanciones contra el otro.

Todo ello no significa, en su opinión, que el derecho internacional no obligue ni faculte a seres humanos individuales. Reitera que todo derecho es regulación de conducta humana, y por eso ningún deber jurídico ni derecho subjetivo pueden tener otro contenido que no sea conducta humana u otros hechos en conexión con ella. Por esta razón, al decir que el derecho internacional obliga y faculta a los Estados, se querría significar que los seres humanos son obligados y facultados no inmediatamente —como acontece en los órdenes jurídicos estatales—, sino sólo mediatamente, por intermedio del orden estatal, de modo semejante a lo que veíamos a propósito de las personas jurídicas inferiores al orden estatal. Las normas internacionales sólo determinarían el elemento material —lo que debe hacerse u omitirse—, delegando la determinación del elemento personal —quién lo debe hacer u omitir— en el orden jurídico nacional. De este modo, la conducta del individuo que se halla ordenada o prohibida por el derecho internacional es atribuida al Estado, en cuanto esa conducta es determinada por el orden jurídico estatal como una función que desempeña tal individuo como órgano en razón de la división del trabajo. La atribución al Estado de una conducta prohibida por el derecho internacional no entrañaría ninguna dificultad, ya que el orden jurídico estatal podría facultar, y aun obligar, a una conducta prohibida por el orden internacional, como veremos al tratar de las relaciones entre ambos derechos. Como las sanciones son efectivamente sufridas por individuos que pertenecen al Estado, Kelsen describe la situación como un caso de responsabilidad colectiva de los miembros del Estado por los delitos internacionales, dado que el hecho ilícito no ha sido producido por los individuos contra los cuales se dirige la sanción.

Aunque la obligación y facultamiento mediatamente a los individuos constituya la regla general en el derecho internacional, hay excepciones en las que ese orden jurídico obliga inmediatamente a un individuo determinando también el “quién”. Tales obligaciones, empero, no se constituyen a través de las sanciones específicas del derecho internacional, sino por medio de las sanciones civiles y penales que se dan en los ordenamientos nacionales,

las que pueden ser inmediatamente estatuidas por el derecho internacional, dejando su aplicación a un tribunal internacional, o pueden ser delegadas en cuanto a su establecimiento y ejecución, en un orden jurídico estatal. El derecho internacional va ampliando estas excepciones, adentrándose en materias hasta ahora reservadas a los derechos de los Estados. Junto a ello, nuestro autor observa, dentro de comunidades particulares del derecho internacional, la constitución de órganos centrales destinados a la producción y ejecución de normas, tendiendo ante todo a la formación de una justicia internacional, en forma enteramente semejante a la evolución jurídica de los Estados particulares.

Todas las afirmaciones anteriores son una exacta trasposición de las categorías puras al ámbito del derecho internacional. Como desde el punto de vista de la teoría general del derecho ellas no contienen ninguna novedad, y como un enjuiciamiento de estos desarrollos desde el punto de vista específico del derecho internacional escapa a los límites de este trabajo, nos abstenemos de comentarios y consideraciones críticas: basta trasladar a este contexto los que ya hemos hecho con carácter genérico. Las limitaciones de la metodología kelseniana no se superarán por su simple traslación a otro campo de estudio, que, siendo, a nuestro juicio, igualmente jurídico, se verá igualmente reducido y distorsionado al encajar en las coordenadas de la *Teoría pura*.

### XXXIX. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESTATAL<sup>460</sup>

A pesar de que se aprecia una tendencia a la progresiva centralización del derecho, es decir, a la constitución de un Estado mundial en que se borrarían las líneas divisorias entre el derecho internacional y los derechos nacionales, por el momento —comienza expresando el autor— no cabe hablar sino de una unidad epistemológica de todo el derecho. Cabe concebir al derecho internacional, junto a los derechos estatales, como un sistema unitario de normas. Para el jurista vienés la tesis tradicional del dualismo, que los ve como sistemas normativos independientes, sería insostenible desde un punto de vista estrictamente lógico. Si tanto las normas de uno como de otro han de ser enfocadas como normas jurídicas válidas, entonces ha de existir un solo

<sup>460</sup> TP (2a. ed. al.), n. 43, pp. 330-345; TP (ed. fr.), pp. 204-224; TP (1a. ed. al.), n. 50, pp. 177-200. Cfr. Balladore Pallieri, G., *op. cit.*, y Hart, H. L. A., *Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho, cit.*

sistema de normas. Por tanto, Kelsen se adhiere a una posición claramente monista respecto al problema de las relaciones entre derecho internacional y derechos estatales. El criterio negativo de esa unidad epistemológica sería, conforme a todas las ediciones de la *Teoría pura*, la falta de contradicción entre las normas de los diversos órdenes que integran el sistema unitario. No podrían darse conflictos insolubles entre el derecho estatal y el derecho internacional, pues si los hubiera sólo uno debería ser considerado como derecho. Según sabemos, este planteamiento debe entenderse totalmente cuestionado por los últimos desarrollos del autor sobre la aplicación de los principios lógicos al derecho, que le llevaron a admitir la posibilidad de auténticos conflictos entre normas válidas insolubles para la ciencia jurídica.

Acudiendo a su doctrina sobre los conflictos entre normas jurídicas de diverso nivel y a la construcción de la regla alternativa, explica cómo solucionar los aparentes conflictos entre el derecho internacional y el derecho estatal. Así, pretende combatir la teoría dualista, que se apoyaría precisamente en la existencia de conflictos. Las normas internacionales determinarían el contenido de las normas estatales de un modo alternativo no excluyendo la posibilidad de un contenido distinto del prescrito, que fuera acogido por la norma inferior estatal. Aunque en este caso se configure un delito internacional, ello no daría lugar a ninguna dificultad especial, puesto que, al enfocarse el delito no como negación del derecho sino como condición del mismo, sería perfectamente posible que un acto calificado como delictivo produjera normas válidas. El autor advierte, además, que el derecho internacional no prevé ningún procedimiento para la anulación de ese acto, aunque sí lo convierte en delictivo en cuanto condición de sus sanciones específicas.

Dentro de la postura monista caben dos alternativas: la que otorga la primacía al orden estatal y la que se le concede al derecho internacional. Los discípulos de Kelsen más dedicados al derecho internacional, como Verdross o Kunz, siempre han optado por este último enfoque como el único científicamente válido. Sin embargo, su maestro, desde el principio de su carrera hasta el fin, se empeñó en considerarlas como dos hipótesis igualmente válidas para la ciencia del derecho. Más aún, como veremos, en los últimos años acentuó esta postura relativista.

En primer término, se expone la construcción que da la primacía al orden jurídico estatal, en la cual el derecho internacional sólo valdría en cuanto reconocido por el Estado como obligatorio para él. Su fundamento de validez sería, por ende, la misma *Grundnorm* del orden estatal. Dentro del derecho estatal, el derecho internacional no se caracterizaría por su

objeto —ya que no sólo regula relaciones con otros Estados—, sino por su modo de producción, a través de costumbres internacionales, tratados, etcétera.<sup>461</sup>

Enseguida explica la otra hipótesis, que otorga la primacía al orden internacional. Se parte aquí de la validez del derecho internacional y se funda en ella la validez del orden jurídico estatal. Ya hemos explicado cómo quedaría entonces configurada la pirámide jurídica, conectándose ambos órdenes a través del “principio de efectividad”. También esa norma del principio de efectividad determinaría los dominios de validez territorial, personal y temporal de los órdenes estatales. En esta hipótesis el único orden soberano sería el internacional: el orden estatal sólo lo sería en cuanto subordinado al internacional y dependiente inmediatamente de él.

Por último, realiza una comparación entre ambas hipótesis. A este respecto, se observa una clara modificación en las tesis de Kelsen. En 1934 señalaba que la construcción que otorga el primado al derecho estatal desnaturizaría al derecho internacional, al ser incluido en el orden estatal y no poder, por tanto, cumplir su función esencial, que sería la equiparación de todos los Estados entre sí. Aunque pensaba que ambas hipótesis eran igualmente posibles, decía que si esas consecuencias de la que otorga el primado al derecho estatal querían evitarse, era indispensable adoptar la otra postura. Sólo conforme a ésta última aparecía el Estado como órgano de la comunidad internacional. Y terminaba el capítulo con una frase que mostraba claramente su preferencia por la construcción de la primacía del orden internacional. Considerado como uno de los resultados más importantes de su doctrina el de la disolución teórica del dogma de la soberanía, afirmaba: “En ese sentido puede decirse que la *Teoría Pura del Derecho*, al asegurar la unidad gnoseológica de todo derecho por la relativización del concepto de Estado, proporciona un supuesto no insignificante para la unidad organizada de un orden jurídico mundial centralizado”,<sup>462</sup> aunque se trataría, por supuesto, de una evolución político-jurídica ante la cual no tomaría partido la *Teoría pura*. En la *Teoría general del derecho y del Estado*, si bien continuaba afirmando la relatividad de ambas hipótesis para el científico del derecho, toda su teoría se exponía en clave de prioridad del derecho supraestatal.<sup>463</sup>

Pero ya en 1953, lo mismo que en 1960, se ha superado esta curiosa tensión entre la indiferencia científica ante ambas posibilidades y la no disi-

<sup>461</sup> Esta afirmación importa un cambio respecto de TP (ed. fr.), pp. 208 y 209 y TP (1a. ed. al.), n. 34d, p. 184, y e, p. 187, donde se concebía, en tal hipótesis, al derecho internacional como “derecho político externo”, que regula la conducta con otros Estados.

<sup>462</sup> TP (la. ed. al.), n. 50i, p. 200.

<sup>463</sup> Así lo hacía notar Kunz, J. L., *La teoría pura del derecho*, cit., p. 69.

mulada preferencia por una de ellas. En efecto, se afirma que la diferencia entre ambas construcciones monistas no concierne en absoluto al contenido del derecho, sino sólo a su fundamento de validez. Por tanto, en ambas el derecho internacional cumpliría las mismas funciones, como es la de determinar a través del principio de efectividad el fundamento de validez y el dominio de validez de los órdenes jurídicos estatales.

Kelsen se esmera en mostrar cómo es compatible esto último con la hipótesis de la primacía del orden estatal, que considera al derecho internacional como parte integrante del derecho del Estado. Lo hace mediante su distinción entre el orden jurídico estatal en sentido estricto y el orden jurídico estatal en sentido lato. El primero estaría constituido por las normas de la Constitución y las producidas conforme a ella. El segundo —que es el punto de partida de toda la construcción— comprendería además las normas del derecho internacional reconocido, dentro del cual está incluido el principio de efectividad, que determina no sólo el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales que no son el punto de partida de la construcción, sino también el del orden jurídico del que se parte, tomado en sentido estricto. Así, el orden jurídico estatal en sentido lato tiene dos partes: el derecho internacional reconocido y el orden jurídico estatal en sentido estricto, encontrándose esta segunda parte subordinada a la primera. Es lo que se expresaría metafóricamente al decir que el Estado que reconoce el derecho internacional se somete al mismo. Pero el último fundamento de validez del orden jurídico estatal en sentido estricto no sería el principio de efectividad del derecho internacional, sino la *Grundnorm* del orden jurídico estatal en sentido lato, que es también el fundamento de validez del derecho internacional convertido en parte integrante suya. Por tanto, la primacía del derecho estatal sólo se referiría al orden jurídico estatal en sentido lato.

Por consiguiente, en ambas construcciones se mantendrían incólumes tanto el contenido del derecho internacional como el del derecho estatal. Se abusa de estas construcciones, según Kelsen, cuando se pretende sacar de ellas conclusiones que sólo podrían extraerse del derecho internacional positivo. Por ejemplo, de la hipótesis de la primacía del orden internacional no podría deducirse que la norma estatal contraria es nula, en circunstancias de que, conforme al derecho internacional positivo en vigor, ni siquiera sería anulable. Otro ejemplo: la construcción de la primacía del derecho estatal sería perfectamente compatible con la existencia de una posible organización jurídica mundial eficaz, ya que el Estado que ha reconocido el derecho internacional puede limitar así su soberanía. Tratar de desprender esa suerte de conclusiones implicaría una utilización ideológica —pacifista o imperialista— de esas construcciones científicas. Kelsen denuncia en

este propósito la ambigüedad del concepto de soberanía, que favorecería su utilización ideológica por parte del imperialismo. Se confunden, explica, la soberanía como primacía del orden jurídico estatal —según una de las hipótesis desarrolladas— con la soberanía como libertad de acción respecto al derecho internacional, libertad que no se deduce de esa hipótesis, puesto que el Estado puede limitarse a sí mismo al reconocer el derecho internacional.<sup>464</sup>

Su exposición del derecho internacional se cierra con un parangón de ambas construcciones monistas con dos concepciones del mundo. La tesis de la primacía del derecho estatal correspondería a una concepción subjetivista y solipsista del mundo, mientras que la otra postura sería paralela a una concepción objetivista. También las compara, respectivamente, con la imagen tolemáica y copernicana del mundo, lo que supondría, conforme a la teoría de la relatividad, un mero cambio del sistema de referencias. Así, llega a la conclusión de que ambas construcciones son igualmente correctas y justificadas. Sería imposible decidir entre ellas por argumentos científico-jurídicos. La decisión sólo podría tomarse por consideraciones políticas, según se estime valiosa la idea de la soberanía, o bien, se sea favorable al ideal de una organización jurídica internacional. Pero la fundamentación científica de ambas opciones sería falaz. Cuando la *Teoría pura* pone de manifiesto estas falacias, dejaría la vía abierta a cualquiera de ambas opciones, permaneciendo ella misma en la más total indiferencia.

Esta última presentación de la materia trasluce el deseo de demostrar —incluso echando mano de una construcción lógica tan típicamente kelseniana, como la que distingue entre orden jurídico estatal en sentido estricto y en sentido lato— que ambas hipótesis son igualmente viables desde el punto de vista jurídico, y que no afectan a los contenidos empíricos que ellas pretenden interpretar. Como en ambas alternativas nuestro autor descubre connotaciones ideológicas, puede sostenerse que esta acentuación de la posición relativista de la *Teoría pura* en este punto se debe, en definitiva, al constante anhelo de “pureza” que la caracterizó siempre.

---

<sup>464</sup> Cohen, Hyman Ezra, *Recent Theories of Sovereignty*, Chicago, Chicago University Press, 1937, pp. 57-79.