

Primera Edición Julio 2.000



EDITORIAL LA LEY  
San Martín 40-B Oficina 10  
Fonos: 6953589 - 6953268  
FonoFax:6726471  
Santiago - Chile

Impreso en "LA LEY"  
Edición Rústica

Hecho el Depósito de Ley 17.336  
Derechos Reservados

Prohibida su reproducción total o parcial

Propiedad Intelectual N° 114.744  
ISBN

JOSÉ MIGUEL VERA LARA

Profesor Visitante Programa Doctorado, Universidad de Valencia (España)

Profesor de Bioética, Universidad de Chile

Profesor de Ética y Filosofía del Derecho, Universidad Central

Profesor de Introducción al Derecho, Universidad de Talca

*Hans Kelsen*

*Una Visión Moderna de la  
Teoría Pura del Derecho*

*Aprender por qué el Derecho Positivo  
es el Sistema Legal que rige  
efectivamente la conducta humana*



MANUALES UNIVERSITARIOS  
EDICIONES JURIDICAS "LA LEY"


35

**Autorización para la publicación  
de documentos en el Sistema de Bibliotecas**

Yo, **José Miguel Vera Lara**, cédula de Identidad N° **4.101.827-5** autor de los libros que se señalan a continuación, autorizo a la Universidad de Talca para publicar en forma total o parcial, tanto en formato papel y/o electrónico, copias de mi trabajo para ser utilizado por la universidad de Talca, en todas aquellas redes que ella considere su incorporación como universidad.

Esta autorización se otorga en el marco de la ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, con carácter gratuito y no exclusivo para la Universidad.

<b>Títulos de monografías o documentos:</b>	<ol style="list-style-type: none"><li><b>1. Anatomía de la corrupción: Corrompe el poder? 2007</b></li><li><b>2. La bioética: Una disciplina adolescente. 2001</b></li><li><b>3. Etica, tecnología y sociedad. 2002</b></li><li><b>4. Etica, política y sociedad. 2000</b></li><li><b>5. Etica, mercado y sociedad. 1999</b></li><li><b>6. Etica, derecho y sociedad. 1993</b></li><li><b>7. Visión moderna de la teoría pura de Kelsen.</b></li><li><b>8. Etica, utopía y sociedad.</b></li><li><b>9. Curso elemental de filosofía y lógica</b></li></ol>
---	--

<b>Firma</b> 
<b>Rut:</b> 4.101.827-5

*A mis Alumnos de las Universidades de  
Chile, Central y Talca*

## **PRÓLOGO**

Desde mi primer deambular en Escuelas de Derecho, por allá por el año 1967 en la entonces Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, advertí la gran dificultad que significaba para los estudiantes de derecho el estudio de la doctrina de Kelsen, en particular su "Teoría pura del derecho". Por aquellos primeros años yo solía hacer clases en primer año, dictaba la Cátedra de Introducción a la Filosofía y Lógica, y, Kelsen que aparecía en los Cursos de Introducción al Derecho, era junto con los estudios de la Cátedra de Derecho Romano, el quebradero de cabeza para aquellos ilusionados mechones.

Con el correr de los años tuve ocasión de hacer clases en tercer, cuarto y quinto años de la Carrera en la Universidad de Chile, pero también hice cla-

ses en otras universidades como la Alonso de Ovalle y la Universidad Central de Chile, donde todavía enseñó. Precisamente en esta última impartí durante algunos años el Curso de Introducción al Derecho y desde él incursioné más directamente en el tema de Kelsen y la Teoría pura del derecho, y pude comprobar de manera directa y específica la dificultad que la comprensión del jurista vienés encerraba para los estudiantes de derecho.

Decidí darle un lugar preferencial en mi Programa de Curso de Introducción al Derecho, empecé entonces a intentar que se produjese un acercamiento entre los estudiantes y Kelsen y al ser parte significativa de mi Programa, ellos no tuvieron más remedio que considerarlo como materia básica para el examen, pero eso no aminoró en absoluto las dificultades de aprendizaje que siempre ha significado esta obra tan importante del derecho positivo.

En vistas que el tema de Kelsen seguía constituyendo un escollo dentro del Programa del Curso, que resultaba francamente insalvable para los estudiantes de primer año de la Carrera, decidí hacer un opúsculo o breve ensayo, tratando de desmontar

todos aquellos pasajes de la obra que resultaban crípticos para los alumnos, así nació "Hans Kelsen la Teoría pura del derecho una visión moderna del derecho positivo" pequeño texto que contaba con sólo una veintena de páginas, pero que, sin embargo, permitió que mis alumnos mejoraran su visión de Kelsen y se produjera un mayor acercamiento a la doctrina del gran jurista vienés.

Los efectos de aquel lejano texto que data de los años 1989 ó 1990, me convencieron que cabía establecer un mayor acercamiento entre los estudiantes de derecho y la Teoría pura del derecho (Reine Rechtslehre) y consecuentemente un franco avance en el aprendizaje de la doctrina kelseniana.

Más tarde, desde mi Cátedra de Filosofía del Derecho, tanto en la Universidad de Chile como en la Universidad Central, es decir, trabajando esta vez con estudiantes de último año de la carrera pude advertir la necesidad de un buen aprendizaje del tema, y por lo mismo, la utilidad que podría tener un texto de esta naturaleza.

Así nace entonces este libro, sobre la base de aquel antiguo opúsculo y con el declarado propósito de convertirse en una ayuda para la mejor com-

prensión de la doctrina kelseniana que, por cierto, seguirá siendo la piedra angular del derecho positivo.



## **INTRODUCCIÓN**

La pregunta sobre el estatuto del Derecho, es decir, ¿Qué es el Derecho? Una ciencia, una técnica, un método, una dimensión de la cosmovisión social, etcétera, es una pregunta perfectamente válida y pertinente. Sin embargo, me parece previo revisar el sentido y significado de lo jurídico en el contexto de lo social, particularmente si hay que tener presente que forman parte de lo jurídico: normas, hecho social y valor.

La conducta social de cualquier grupo humano establecido en un territorio requiere de diversos mecanismos para su regulación, estas reglas o normas que configuran una comunidad social cualquiera, son de diversa índole: técnicas, prácticas, morales, religiosas, jurídicas, económicas, etcétera.

Las jurídicas tienen un papel relevante en esta regulación, es decir, el ordenamiento jurídico es el centro en torno al cual suele establecerse la configuración conductual del grupo y es su base de sustentación. De manera que, si hemos de considerar al derecho como ciencia, sus dominios específicos lo constituyen las Ciencias Sociales, y es bueno tener presente que la **objetividad** en el dominio de estas ciencias, no corresponde a un tipo de medición matemática (propio de las ciencias experimentales), sino que **consiste en proporcionar a la comunidad social un mecanismo que le permita tomar conciencia de sí misma.**

Para Kelsen "el derecho es un orden de la conducta humana. Un "orden" es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho."<sup>(1)</sup>

---

1 Hans Kelsen "Teoría del Derecho y del Estado" pág. 3.

El derecho para Kelsen es ciencia y como tal debe ser depurado de otras disciplinas.

"Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenederse plenamente la naturaleza del derecho".

Por cierto, que Kelsen está hablando de derecho positivo. El rechaza el derecho natural porque es inevitablemente un derecho divino, ya que un derecho natural, tal como tradicionalmente lo han concebido los iusnaturalistas, no se sostiene sin la idea de divinidad. Y Kelsen en su intento de purificar el derecho de los elementos que el llama extra-jurídicos o no jurídicos, deja fuera el valor y la justicia, por todo lo que estos puedan tener (y según él, lo tienen) de subjetivo. Kelsen desde su innegable raigambre kantiana entiende por **positivo** aquello que es **espacio-temporal**, y en la medida que el derecho (positivo) regula conductas y no personas, es justamente positivo. Sin embargo, por positivo que el derecho sea, el marco donde cabe situarlo es el de las Ciencias Sociales. Allí comparte protagonismo con otras dos disciplinas generando el núcleo central del poder del Sistema Social, me

refiero a la Política y la Economía. Todas ellas están estrecha y directamente vinculadas a las conductas de los miembros de la sociedad. Por lo tanto, esto supone que el espíritu de un Sistema Social debe tener siempre presente a los miembros de la comunidad social. Esta perogrullada significa que no puede funcionar de espaldas a la tradición y las costumbres. Toda comunidad experimenta cambios lentos o bruscos, positivos o negativos, intrínsecos o extrínsecos, comúnmente provocados por sus propios miembros, todo según un cierto orden del tiempo, es decir, en un correlato histórico, pero no prosperarán si no respetan la idiosincracia de la comunidad.

Vuelvo a la pregunta inicial ¿qué es el Derecho? Según Kelsen es el mecanismo del orden jurídico para regular la conducta humana. "Al reconocer al derecho como técnica social específica de un orden coactivo, podemos distinguirlo netamente de otros órdenes sociales que en parte tienen los mismos fines que el derecho, si bien los persiguen por medios enteramente diversos. El derecho es un medio, un medio social específico, no un fin. Tanto el derecho como la moral y la religión prohíben el asesinato. Pero el derecho lo hace estableciendo que

si un hombre comete el delito de homicidio, entonces otro hombre, designado por el orden jurídico, deberá aplicar en contra del homicida una cierta medida de coacción prescrita por el mismo orden”<sup>2</sup>.

Es por tanto la **norma** un elemento fundamental en el Derecho y, dentro de ella, Kelsen enfatiza dos características que permiten distinguir a las normas jurídicas de otras normas del Sistema Social, ellas son: validez y eficacia. La validez tiene que ver con su origen, es decir, debe emanar de una fuente adecuada de acuerdo a un procedimiento pre-establecido y sancionado, además, y por lo mismo, son obligatorias. La eficacia tiene que ver con su cumplimiento. Aquí el principio es muy simple, una norma (ley, por ejemplo) es eficaz cuando se cumple y no lo es cuando se ignora, omite o viola.

Dentro de un Sistema Social que pretenda organizar a una comunidad social de diversas maneras, afloran de inmediato algunos temas claves para su comprensión y desarrollo, el tema de la **libertad** y el de la **justicia**, por ejemplo, que no son ajenos al Derecho, ya se entienda a éste como una ciencia

---

2 Kelsen Op.cit. pág. 23.

o como una técnica jurídica, más aún, dependen de él en gran medida.

“En la sociedad humana se produce una situación absolutamente paradójal, que permite explicar las múltiples complicaciones y que no son el producto estricto de su masificación: su condición de comunidad libre. (...) Lo paradójal de la situación radica en el hecho que la comunidad humana es libre, es decir, es la única comunidad libre; esto significa que la organización de la comunidad depende de la propia comunidad, no es una organización que está a priori definida por algún sistema ajeno a sus componentes ni tampoco se trata de que sus miembros estén sujetos a un solo y específico sistema de organización obligatorio o necesario. No depende de un programa preestablecido y común, único e impuesto desde afuera, como, por ejemplo, el programa genético para cada especie animal no humana.

El hombre, en cambio, tiene alma y el alma es educable, Sócrates, por ejemplo, proponía enseñar la virtud, lo cual hoy entre nosotros, suena bastante extraño, cuando en realidad es algo bastante simple. El proceso educativo para el hombre es funda-

mental, sustraerlo de éste es generar un deficiente mental como lo ha planteado Konrad Lorenz. La educación dice relación con el alma más que con el cuerpo, en el sentido que las funciones del cuerpo están en estricta relación con su estructura y no harían nada diverso a lo que debiera derivar de esa estructura, es decir, las piernas están hechas para caminar, los ojos para ver y los oídos para escuchar, ésa es su expectativa la cual se cumple estrictamente. En cambio, con el alma tienen que ver la palabra y el pensamiento conceptual, que están intimamente vinculados a la evolución cultural del hombre, que derivó del propio hombre. Por eso sería altamente conveniente que el hombre actual escuchase, atendiese y siguiese el viejo consejo de la sabiduría griega “conócete a ti mismo”<sup>3</sup>

Respecto a la justicia, es un concepto que ha tenido una evolución semántica tan amplia que se ha convertido en una expresión plurisignificativa, sin embargo, de un modo u otro el gran referente que hay detrás de este concepto es el de equidad, es decir, una manera de medir que mantenga siempre una situación de equilibrio. Todo intento de aplicación (praxis) de la igualdad en tanto concepto

---

3 José Miguel Vera “Ética, derecho.....” págs. 89 y 90.

orientador (teoría), es muy difícil, y la justicia es precisamente el elemento que debería permitir la simetría teoría-praxis en el contexto social, donde uno de los mecanismos más apropiados es el Derecho, siempre y cuando esté contextualizado en un Estado de Justicia, si lo que se busca es un equilibrio entre todos los miembros de la comunidad social.

La justicia puede ser entendida también como uno de los valores jurídicos, y de ese modo aparece vinculada a la célebre fórmula: "Dar a cada cual lo suyo", ésta encuentra alguna de sus raíces en el pensamiento platónico, ya que para este filósofo, la justicia es el criterio central para definir un orden social. Otra modalidad en que aparece la justicia es como un Poder del Estado.

Sin embargo, no hay que perder de vista que al entrar al siglo XXI con gran influencia de la tecnología en la conducta social, el sentido y significado del Derecho adquiere otra dimensión, de manera tal, que su importancia en el contexto de las Ciencias Sociales cobrará un mayor protagonismo, porque ya sabemos que este mismo siglo trae desafíos absolutamente inéditos para el Derecho y al



mismo tiempo para el desarrollo de la comunidad social.

El panorama que enfrentamos y enfrentaremos, es distinto de los anteriores y además cambiante.

"El cambio parece ser el resorte mágico que abre todos los pasadizos secretos del laberinto de la modernidad. En una cultura de masas no hay grandes discursos de la razón, sino más bien discursos grandes y poco consistentes. Esta, la razón, pareciera encontrarse atrapada en la inexorable lógica de lo Nuevo, y por lo tanto navegando en aguas procelosas impulsadas por corrientes superficiales pero poderosas que fluctúan entre lo abundante y lo efímero.

Se nos ofrece mucha información, tanta que no nos es posible asumirla en un tiempo adecuado de reposo y madurez. Pero se trata de un síntoma de nuestra época, ya que no interesa tanto la capacidad de reflexión, sino más bien la habilidad en la acción, el manejo de las máquinas en una sociedad abiertamente digitalizada, cobra la mayor importancia, de este modo la enseñanza cede terreno al entrenamiento.

La comunidad social urbi et orbi, ha experimentado el cambio tanto cultural como ideológico de manera francamente compulsiva, renovarse o morir, parece haber sido la consigna.

La democracia ha cambiado de escenarios a lo largo de los siglos, quiero decir, que desde su creación en la Antigua Grecia hasta nuestros días, desde el Demos hasta la Aldea Global, han pasado muchas aguas bajo los puentes, ha requerido de muchas modificaciones para persistir como tal democracia, y cabría incluso preguntarse en qué medida ha sido posible semejante persistencia, que, por supuesto, no parece concluída, porque no creo que hayamos llegado al fin de la Historia por el camino del fin de las ideologías.

Se han producido cambios y modificaciones en la organización de las relaciones entre las diferentes comunidades sociales desde la antigua Grecia con sus Ciudades-Estados a la comunidad mundial de fines de milenio, por ejemplo, la vieja confrontación Este/Oeste se ha terminado y con ella el Pacto de Varsovia. Para algunos estamos viviendo el fin de las ideologías, para otros el fin de las utopías, asunto que tampoco comparto, ya que el

futuro siempre tiene puertas o ventanas hacia nuevos horizontes que suelen hacerse posibles a través de utopías" (Vera, "Ética, Política y Sociedad" Introducción).

El Derecho es el gran instrumento con que cuenta la comunidad social para su autocontrol, éste tarde o temprano deberá transnacionalizarse para generar una Macro Seguridad Jurídica, cada vez más necesaria.

El Derecho positivo, que se traduce en ordenamientos jurídicos con leyes y constituciones, es justamente el mecanismo más eficiente con que puede contar la ETICA, pero este Derecho deberá estar acorde con los tiempos, es decir, enfrenta un flujo evolutivo que lo obligará a reforzar sus estructuras.

"Se advierte un predominio de la tecnología, la actitud tecnológica sobrepasa a la actitud científica, y en los propios hombres de ciencia se manifiestan muchas veces visiones utilitarias de su producto científico. Los síntomas del utilitarismo, entre otros muchos, los sintetiza magistralmente Millas en dos: "el campo libre que va abriéndose para

confundir la ciencia como saber del mundo y la técnica como uso bueno y malo, del saber" y por otra parte "la docilidad de los propios científicos para dejarse llevar por esta rutina de los tiempos, acomodándose a ellos, por ejemplo, en su defensa de la ciencia como promotora del desarrollo (material, por supuesto) antes que como alimento de la inteligencia y como forjadora de verdades" (Jorge Millas "Ética y Ciencia" Conferencia dictada en la Universidad Austral de Chile, Valdivia 1979)."

Se busca la producción masiva de información científica más que la búsqueda de nuevos principios de síntesis en el conocimiento. Ello ocurre en tanto que la ciencia, en este contexto, va perdiendo la posibilidad de contribuir al enriquecimiento espiritual de la humanidad. La crisis espiritual del mundo crecientemente tecnificado no es un mero espectro, es más bien, una realidad tangible ligada mediante alguna suerte de relación causal al tecnologicismo. La tan manida deshumanización de la ciencia, esa pérdida de la perspectiva humana en amplios aspectos de la ciencia, es otra expresión auto-destructiva del hombre. En este cuadro y situados en el curso velozmente surcado por la cien-

cia, aparece la necesidad de un reencuentro con el hombre en las visiones de la ciencia, ese reencuentro deberá venir desde una concepción ética del hacer científico.

Desde su sentido más clásico, la ciencia como expresión de creatividad en el conocimiento del universo, está ligada al hombre que la realiza, en cuanto debe contribuir a su enriquecimiento espiritual a la vez que permitirle un mayor dominio integral del medio a través de la aplicación del conocimiento. No resulta aventurado entonces, el plantear que en la relación ética-ciencia, la dirección predominante debe venir desde la ética hacia la ciencia. El papel de la ciencia en el sentido humanamente positivo de esta relación, reside en cuanto a mejorar la calidad espiritual de la existencia humana, al posibilitar el conocimiento de la naturaleza. Una relación ética-ciencia vista en estos términos no nos asegura que no existe el peligro de que el perfeccionamiento ético del hombre pueda frenar el desarrollo de la búsqueda del conocimiento científico, pero previene de la acción destructiva de las interpretaciones teóricas con sentido reduccionista a la vez que posibilita el tránsito perfectamente regulado entre ciencia y técnica en beneficio del ser humano"

(Vera "Curso Elemental de Filosofía y Lógica" págs. 262/263).

La pregunta, por tanto, sobre el estatuto del derecho, inaugura con el siglo una nueva visión que implica a su vez un cambio de perspectiva.

## **RESEÑA BIOGRÁFICA DE HANS KELSEN**

Kelsen es con toda razón como ha dicho Roscoe Pound, el gran jurista norteamericano, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard "incuestionablemente el principal jurista de su tiempo".

Kelsen nació en Praga el 11 de Octubre de 1881 y murió en Berkeley California, Estados Unidos de Norteamérica el 19 de Abril de 1973.

No obstante haber nacido en Praga, pero de padres austríacos, al volver a Viena se determinó su nacionalidad austríaca. Realiza sus estudios en Viena donde termina graduándose de Doctor en Derecho en 1906, es decir, a la temprana edad de 25 años.

En 1919 fue nombrado Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena donde se desempeña por varios años, su prestigio académico lo lleva a ser nombrado el principal redactor de la Constitución austríaca, pero además hace carrera en esta área y es nombrado miembro del Tribunal Constitucional Supremo de su patria, su fama cruza las fronteras de Austria. Es así como, en 1930, se traslada a Alemania para hacerse cargo de una Cátedra en la prestigiosa Universidad de Colonia, sin embargo, su estadía es más bien corta ya que en 1933 hostigado por su ascendencia judía se ve obligado a viajar a Suiza para establecerse en Ginebra donde permanecerá hasta 1935. Es en esta ciudad que en el año anterior a su partida, o sea, en 1934, redacta el Prefacio de la edición alemana de su obra magna, la **Teoría pura del derecho**.

Su partida de Ginebra se debe a una invitación recibida en 1936 para dictar clases en la Universidad de Praga, la hermosa ciudad checoslovaca donde nació durante una permanencia de sus padres, lamentablemente su estadía no se prolonga más allá de un año, porque nuevamente es hostilizado por grupos de estudiantes nazis intole-



rantes y antisemitas, esto lo obliga a regresar a Suiza donde permanecerá hasta 1940.

En el verano del mismo año 1940, viaja por primera vez a los Estados Unidos de Norteamérica, a la ciudad de Cambridge en el Estado de Massachusetts, para enseñar en la Universidad de Harvard, una de las más prestigiosas universidades norteamericanas, sin embargo, su estancia en esta universidad es breve, ya que al poco tiempo se traslada a California para instalarse en la Universidad de Berkeley. En ésta no menos prestigiosa universidad, queda adscrito al Departamento de Ciencias Políticas, en el que enseñará hasta 1951, época en la que se retira de la enseñanza activa, al cumplir los setenta años.

Su labor de investigación al interior de la universidad se prolongará muchos años más, ya que permanecería en los Estados Unidos de Norteamérica, donde finalmente moriría a la edad de noventa y dos años durante el año de 1973.

El ámbito donde está la más significativa a la vez que fecunda contribución de Kelsen, es la Ciencia General del Derecho, que encuentra en su obra

más difundida la **Teoría pura del derecho** su referente principal.

La bibliografía kelseniana es bastante extensa, sin embargo, es necesario destacar, fuera de la "Teoría pura del derecho", su "Teoría General del Estado y del Derecho" y dos monografías, por los temas que abordan y las tesis en ellas sustentadas. Me refiero a la "Teoría General del Estado" y "Principios de derecho internacional público".

Los aportes de este jurista al Derecho Positivo, lo convierten con toda justicia en su principal representante moderno.

## **KELSEN Y LA TEORÍA PURA DEL DERECHO**

Para Kelsen el Derecho debe ser considerado como una ciencia social con el mismo rango de las otras ciencias, tales como la Sociología o la Antropología.

Para que el Derecho alcance la dignidad científica que Kelsen le asigna, es necesario depurarlo, es decir, eliminar todos los elementos extrajurídicos y esencialmente separarlo de la Política.

En el Prefacio de la Edición alemana de la "Teoría pura del derecho", Kelsen explica su posición de la siguiente manera: "El principio de la separación de la ciencia jurídica de la política tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene natural-

mente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia del derecho, que muchos consideran una renuncia.

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

Algunos declaran con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener sus principios y

método ya que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un volcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Esta es la prueba –ella misma no podría darla mejor– de que ha sabido conservar su carácter de teoría pura”.

Es propósito central para Kelsen que el derecho quede depurado de toda ideología para cumplir su papel de ciencia. Por eso sostiene “La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no

una interpretación de tal o cual orden jurídico nacional o internacional.

Quiere mantenerse como teoría y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse.

Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.”

Esto debe ser así, piensa Kelsen, porque si observamos el desarrollo de la disciplina, se refiere a la ciencia jurídica tradicional que en el curso de los siglos XIX y XX ha dado la espalda al principio metódico que busca su depuración. Al contrario, se ha preocupado de incluir en su dominio aspectos de la psicología, la biología, la moral y la teología. Lejos de jerarquizar su prestigio mezclando el derecho con esas disciplinas, el jurista ha llevado el derecho prácticamente a su ruina.

La Teoría pura del derecho corresponde al intento de Kelsen de recuperar el derecho y convertirlo en una disciplina sólida que tenga como único objeto al derecho (positivo).

La postura claramente kantiana de Kelsen que quiere ver en el Derecho una disciplina científica, lo obliga a seguir los patrones definidos por Kant para considerar a una disciplina como ciencia, pero los referentes kantianos apuntan a las ciencias experimentales e ideales, marginando a las ciencias sociales, que en su época no tienen el auge ni el protagonismo alcanzado por ellas en el siglo XX, de suerte tal que él propone: objeto, método y conclusiones objetivas, es decir, universalmente válidas.

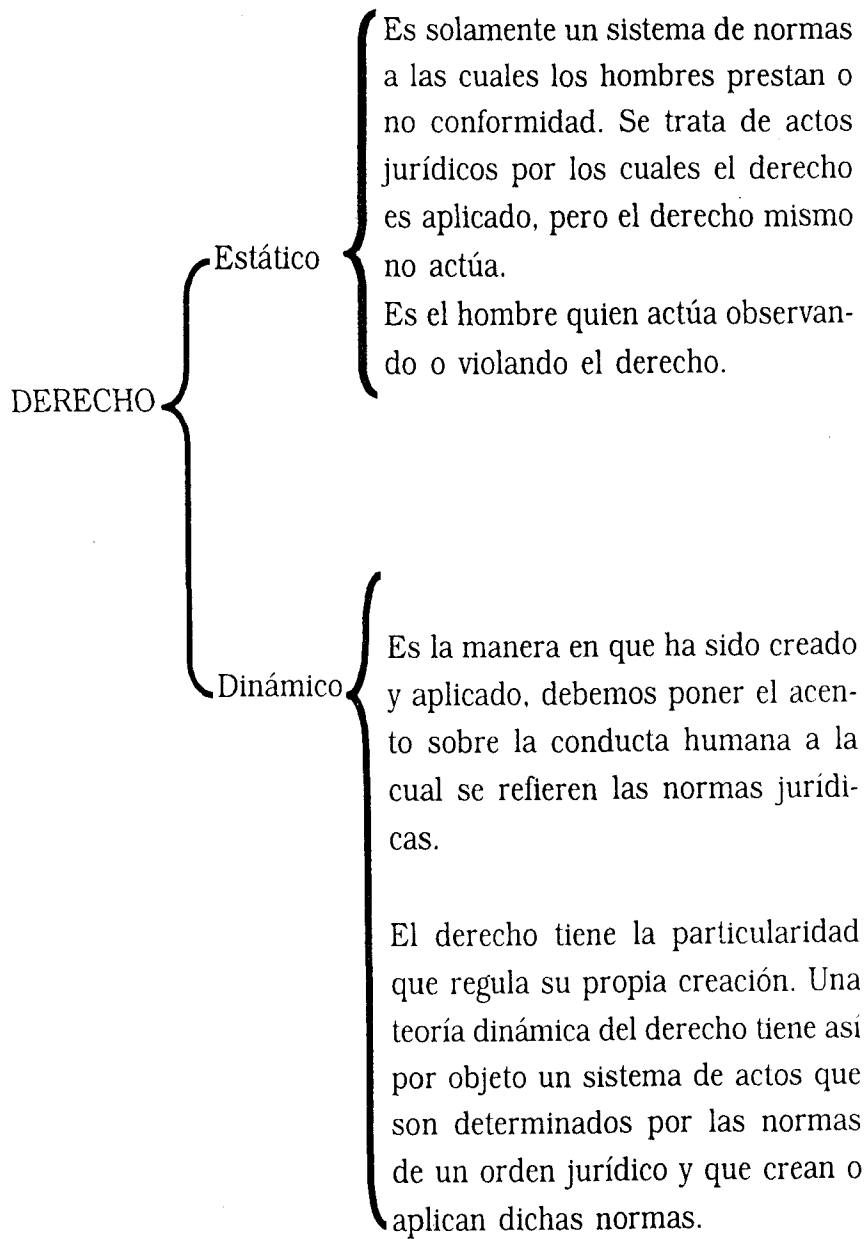
La depuración del Derecho de otras disciplinas, como la psicología, sociología o teología, conducen a un objeto propio y privativo del Derecho como disciplina científica, el método inductivo, dado que se trata de la regulación de conductas espaciotemporales y por eso mismo positivas, o sea, de las conductas que en efecto son, no de las que debieran ser, y por ese camino llegar a las conclusiones objetivas, utilizando mecanismos como la imputación que garantizan la objetividad perseguida.

## OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO

La ciencia del derecho es una ciencia normativa, es lo que Aristóteles llamaba ciencias prácticas, normadoras de la acción tanto individual como social, y no una ciencia natural. Su objeto propio es el derecho y éste se expresa en normas. Por otra parte, el derecho puede ser entendido en un sentido **estático** o en uno **dinámico**. En el primer sentido, lo entendemos como un sistema de normas, o sea, un **ordenamiento jurídico** hecho para ser observado (cumplido). En el segundo caso aparece como un sistema dinámico que incluso regula, o mejor dicho, autoregula, su propia creación.

**La norma jurídica** desde el punto de vista kelseniano tiene dos características que le otorgan un sello propio: **validez y eficacia**.





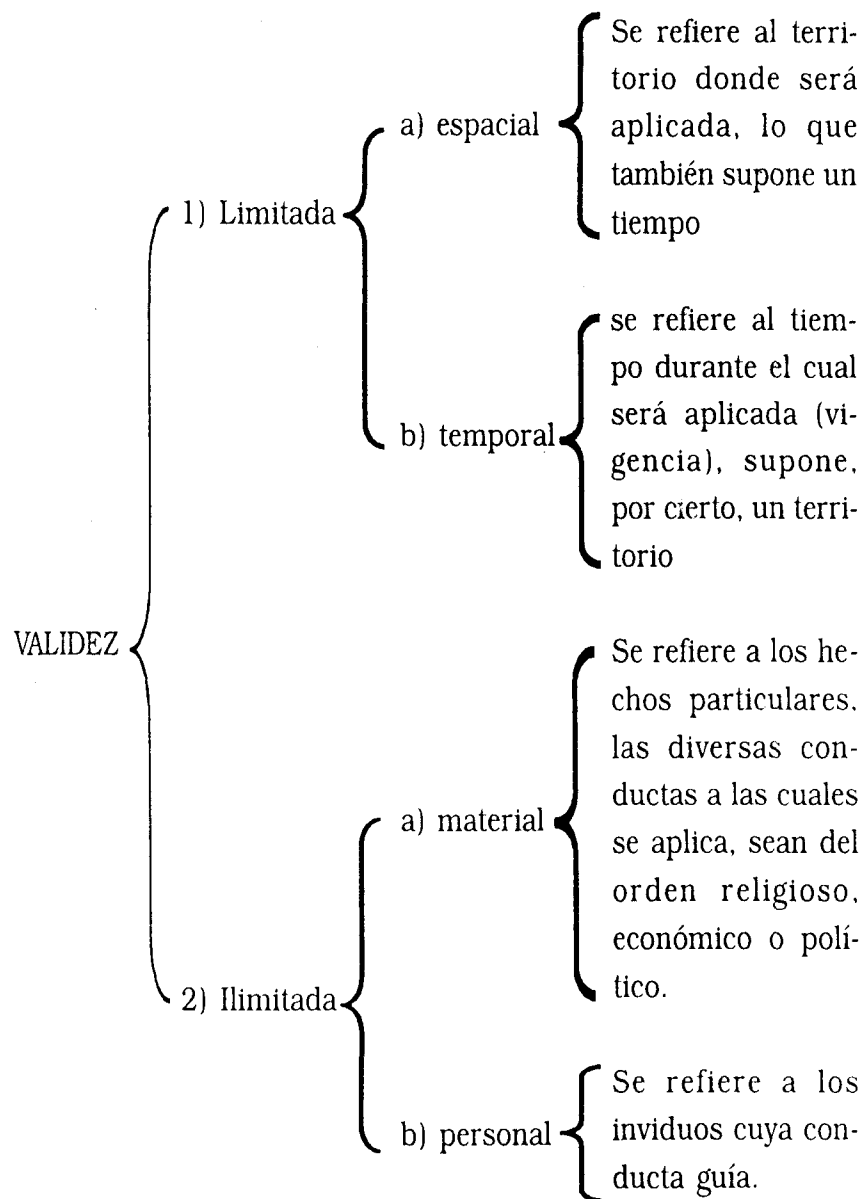
La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, y para que exista es necesario que haya sido creada por un acto positivo.

Una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula, no la observan (cumplen) en una medida suficiente. **La eficacia de una norma, es, pues, una condición de su validez.**

La validez, por tanto, tiene que ver con el origen de la norma, en tanto que la eficacia tiene que ver con su cumplimiento.

Utilizando los criterios de espacio y tiempo que son los que conducen a la positividad de la norma, siguiendo el esquema kantiano, Kelsen explicita la validez del siguiente modo:

## **ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA.**



## **NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA**

En la concepción de Kelsen es menester eliminar todo elemento ideológico del derecho, y dar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y así afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

La regla de derecho como dijimos, establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia **debe ser**. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral, ya que tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una **imputación**.

La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea, de la realidad jurídica,

transpone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen" (expresión alemana usada por Kelsen) una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular.

En una regla de derecho la consecuencia imputada a la acción es un acto coactivo que consiste en la privación forzada si es necesario, de bienes tales como: la vida, la libertad, o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico.

Este acto coactivo es lo que se llama sanción. Las normas jurídicas, lo mismo que todas las normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas.

El derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, el derecho no es un fin sino un medio, por eso el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener. Se puede decir, por tanto, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza a favor de las diversas comunidades jurídicas.

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

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. Es decir, la conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho, es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción.

Procuraremos mostrar el sentido y significado de este planteamiento kelseniano hecho en la Teoría pura del derecho, en una situación regulada en nuestro propio ordenamiento jurídico (el chileno). Por ejemplo, en el libro segundo de nuestro Código Civil (De los bienes y su dominio, posesión, uso y goce) título XII artículos 896 y 897:

Artículo 896. El mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y

residencia de la persona a cuyo nombre la tiene.

Artículo 897. Si alguien de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado el actor.

Por eso Kelsen en la **estructura misma de la norma distingue una parte primaria y otra secundaria.**

Los artículos citados, corresponden a las partes primaria y secundaria de la norma jurídica, ellos indican la obligatoriedad del sujeto imputado, en este caso en la condición de mero tenedor, de una cosa que se reivindica, es decir, que debe ser traspasada con transferencia de dominio, a su legítimo dueño (actor), quien pudo haberla perdido por usurpación, adquirirla por embargo, u otra causal.

Si el mero tenedor (poseedor ocasional de la cosa) que tiene una acción expresamente señalada por la ley con carácter de obligatoriedad, la desconoce en beneficio propio o de un tercero, cualquiera de ellos se hace acreedor a una sanción

También expresamente señalada por la ley: Si, por el contrario se atiende a la imputación y se actúa conforme a lo prescrito, la cosa será correctamente reivindicada y no habrá por tanto sanción.

En este caso particular, la norma secundaria, aparece como advertencia de lo que no se debe hacer, porque se incurriría en mala fe, y eso es precisamente lo imputable, que conduce, de no ser atendido, a la sanción.

**NORMA  
JURIDICA**



a) *Primaria: es la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción. Contiene la sanción.*

b) *Secundaria: es la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Contiene la imputación.*



## EL MÉTODO INDUCTIVO EN EL DERECHO

La inducción forma parte del método “hipotético deductivo”, es un razonamiento en términos de probabilidad, sus orígenes arrancan de los griegos antiguos. Platón, por ejemplo, utiliza con cierta frecuencia en sus diálogos los verbos *epogen* y *epogenthai* que se pueden traducir como ‘inducir’ y ‘conducir’, de estos verbos se formó el sustantivo *epagogé* que se tradujo como *inductio* para terminar finalmente en el concepto moderno de **inducción**. Este es un método que en Filosofía aparece íntimamente vinculado al nombre del filósofo Francis Bacon, desde el cual se ha popularizado la idea de que la inducción consiste en ir de los casos particulares para establecer una generalización.

En el Derecho el mecanismo inductivo lo representa la **imputación**, ésta corresponde a una regla de derecho, que establece una relación entre dos hechos. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada, como lo hace la costumbre, la ley, un fallo judicial o un acto administrativo.

Esto se puede concretar de diversas maneras, así, por ejemplo, una regla de derecho afirma “Si una persona ha cometido un crimen, debe ser castigada” o “Si un sujeto de derecho no cancela sus deudas debe sufrir una ejecución forzada dirigida contra su patrimonio” y de una manera más genérica “Si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción”.

Todos estos ejemplos corresponden a una operación lógica que se llama implicación y se expresa con la fórmula  $p \rightarrow q$  y se traduce en la expresión: si es el caso que p entonces es la consecuencia q.

Para Kelsen las normas jurídicas en la medida en que son creadas por un acto jurídico (se refiere a un acto creador de derecho), acto que

implica un cumplimiento espacio- temporal, es lo que se denomina **positivo**.

Se trata de normas que son **puestas**, es decir, derivan de un acto de la voluntad que implica una situación positiva y no son **supuestas** por un acto puramente intelectual.

De allí que estime que tanto el derecho como la moral son **ordenes positivas**, en tanto y en cuanto sus normas han sido puestas por actos espacio – temporales, como las costumbres seguidas por los miembros de una comunidad social, los actos de un legislador cuando realiza su tarea legislativa, etcétera.

De lo anterior se sigue, que toda norma es la expresión de un valor moral o jurídico, dependiendo de la naturaleza de la norma.

Esto, toda vez que comprobemos que la conducta de una persona (o persona jurídica) corresponde a una norma positiva (espacio – temporal) y, mediante ella al hecho que la ha creado.

En síntesis las normas positivas (como es el caso de las jurídicas y morales) difieren de las otras

normas porque son **puestas** (corresponden a una realidad concreta espacio – temporal), en tanto que las otras son **supuestas** (derivan de un acto puramente intelectual).

La **imputación**, por tanto, considerada como relación específica entre dos actos, como, por ejemplo, el acto ilícito y la sanción, constituye uno de los elementos de la definición de este acto, y es un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción. La imputación, entonces, vincula dos conductas que son el acto ilícito y la sanción, pero no constituyen una relación causal sino que, más bien, corresponden a una relación intencional porque hay una participación expresa de la voluntad.

El crimen, por ejemplo, no es la causa de la sanción. Un crimen tiene móviles de las más diversas índoles, tales como: pasionales, económicos, políticos, etcétera, totalmente ajenos y lejanos a la sanción, por su parte la sanción no es el efecto del acto ilícito.

Para resumir, diremos que se puede establecer un análisis paralelo entre **imputación y causalidad**.

La causalidad establece una relación directa y necesaria. El calor dilata los metales, la dilatación de un metal se produce justamente como efecto del calor, además el escenario propio de la causalidad es la Naturaleza, y esta se repite toda vez que se repiten las mismas circunstancias, es decir, no tiene fin.

### **C a u s a l i d a d**

### **I m p u t a c i ó n**

- |  |  |
|--|--|
| a) <i>Pertenece al dominio natural</i>           | <i>Pertenece al dominio social</i>           |
| b) <i>Funciona con el principio de necesidad</i> | <i>Funciona con el principio de libertad</i> |
| c) <i>No tiene punto final</i>                   | <i>Tiene punto final</i>                     |

Para Kelsen la **libertad** es la condición misma de la imputación (jurídica, moral o religiosa). Por lo tanto, el hombre no es libre sino en la medida que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación, es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

Para cerrar el tema de la imputación, ésta a juicio de Kelsen, es en la esfera de lo social, el equivalente a la causalidad aplicada a la esfera de la Naturaleza. Y se puede enunciar así: **toda norma social, ya sea que prescriba una acción, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición.**

## CONCEPCIÓN DEL HECHO ILÍCITO EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Se pregunta Kelsen si es el hecho ilícito la negación del derecho. Entiende Kelsen por hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por la norma jurídica, que es lo que habitualmente llamamos conducta prohibida. Pero el criterio que define la cuestión para Kelsen **radica en la sanción**. Es decir, es ilícito un hecho jurídico cuando es la condición de una sanción. De manera que, si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, entonces ocurre que la conducta prohibida **no constituye** un hecho ilícito.

Por consiguiente, desde el punto de vista de la

Teoría pura, el autor de un acto ilícito no “viola” el derecho, menos aún puede hacerlo, en opinión de Kelsen, en tanto que, sólo el hecho o acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial.

Por otra parte, la conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida.

En el hecho ilícito se encuentran todas las características que permiten mostrar con la mayor claridad la positividad del derecho, que es lo que permite a Kelsen elaborar su Teoría pura, y de este modo hacer del Derecho una ciencia, depurarlo y presentarlo como una disciplina científica.

Siguiendo muy de cerca el esquema kantiano, Kelsen acude a los referentes “espacio” y “tiempo” para determinar la condición de positividad de las conductas jurídicas que han de desarrollarse en un escenario social, bajo una mecánica muy particular que privilegia la relación entre condición y consecuencia, de manera tal que la consecuencia deba seguir a la condición. Este modus operandi, es el propiamente jurídico, eso es lo que el quiere decir, cuando afirma que toda norma social, ya sea que



prescriba una acción u omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas.

Lo que Kelsen trata de recrear es un dominio específico, pero que tenga ciertas características que lo hagan privativo de una disciplina y sólo de una, y ésta no es otra que el derecho. En este particular contexto, es que él procura depurararlo de la influencia de cualquier otra disciplina, particularmente las vinculadas al ámbito de lo social, como la Psicología, Política o Teología. El tema de la sanción se convierte en un referente básico y el hecho ilícito su mejor ejemplificación. En efecto, **es ilícito un hecho jurídico cuando y sólo cuando es la condición de una sanción.**

De este modo, no toda prohibición emanada de un ordenamiento jurídico es un acto ilícito, así como tampoco un hecho ilícito viola el derecho, ya que al ser la condición de una sanción, lo que hace, en verdad, de acuerdo a los planteamientos kelsenianos, es patentizar el desempeño del derecho en su función esencial.

En el Derecho Penal, por ejemplo, hay un extenso catastro de delitos que merecen ese apellido,

cada uno de los cuales tiene adscrita y prescrita una pena específica que puede culminar en la “pena de muerte”, pero para que este cuerpo legal del ordenamiento jurídico se pueda hacer funcionar, es imprescindible la comisión de los delitos por él señalados, cada uno de los cuales conduce a una pena (sanción) específica, por tanto son la condición de la sanción.

El parricida que mata a su padre, justamente por la comisión de ese acto (delito) es que se le puede reputar de parricida, y ese acto abominable conduce a una máxima sanción, la pena de muerte. Estamos, entonces, frente a un acto ilícito químicamente puro, conducta, por cierto, prohibida, claramente estipulada (tipificada) y condición suficiente para configurar la máxima sanción de un ordenamiento jurídico.

## **EL DERECHO SUBJETIVO Y EL CONCEPTO DE PERSONA NATURAL EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO**

De acuerdo a la Teoría pura, hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de una persona lesionada en sus intereses por un acto ilícito.

En verdad, Kelsen niega los derechos subjetivos, en la medida que los considera sólo como un aspecto del derecho positivo. Es más, sostiene que el derecho objetivo (positivo) no se encuentra en la necesidad de instituir derechos subjetivos.

Para la Teoría pura no cabe la distinción o dualidad entre derechos objetivos y derechos subjetivos, pues ambos son de la misma naturaleza.

Los segundos no son más que un aspecto de los primeros y toman ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo o derecho propiamente tal, o derecho positivo, dirige una sanción contra una persona determinada, ya sea la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo (positivo) se pone a disposición de una persona determinada.

Para la Teoría pura el concepto de "persona" sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. La persona física no es el hombre como lo considera la doctrina tradicional.

El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho, sino más bien corresponde a una noción biológica y psicológica.

Para que el hombre pueda transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas

que regulan su conducta, debe convertir alguno de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. Por lo tanto, el hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

En la medida que el contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana susceptibles de convertirse en actos jurídicos, la persona es, por lo tanto, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, como instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

De acuerdo a la teoría kelseniana, la llamada persona moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, es decir, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos, como ocurre, por ejemplo, con los Estatutos de una Corporación de Derecho Privado, o si se trata de un orden jurídico total que envuelve el conjunto de los órdenes jurídicos parciales, como es el caso del Estado.

Para la teoría tradicional o clásica del Derecho, cabe la distinción entre persona física o natu-

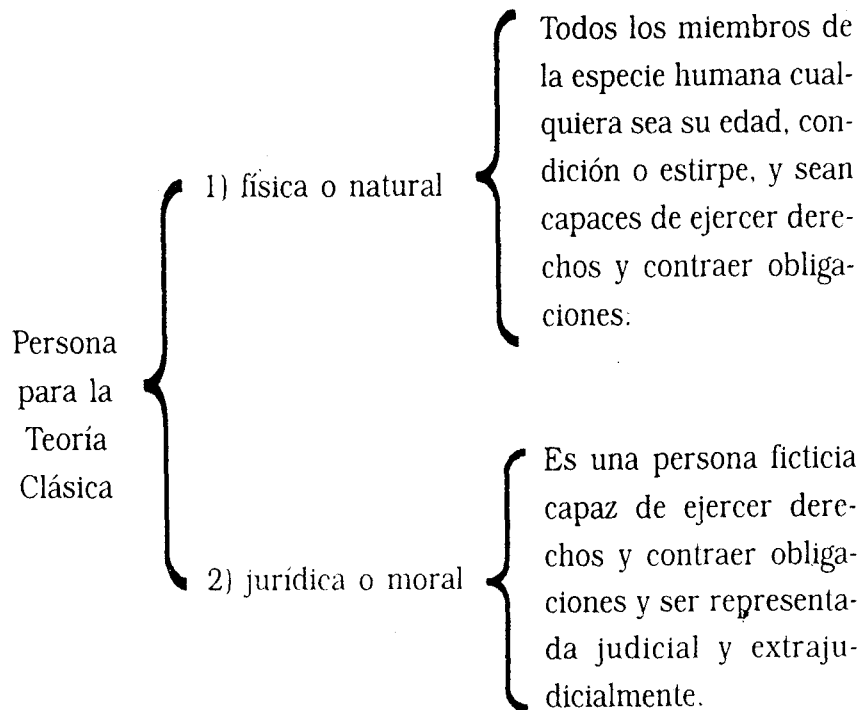
ral y persona jurídica o moral. Se trata de entidades distintas y perfectamente diferenciables, y es su corporeidad uno de los criterios que permite esa diferenciación, ya que justamente en función de él, la primera puede y debe tener estado civil, dentro de los llamados atributos de la personalidad, en tanto que semejante atributo no es adjudicable a la segunda, dicho de otro modo, no se concibe la viudez, por ejemplo, de una Corporación.

Para la Teoría pura del derecho, tanto la persona natural como la jurídica, son ambas la personificación de un orden jurídico, son perfectamente homologables y no tienen una existencia real o natural. Ya que lo único real son las conductas humanas regidas por un sistema de normas que no son naturales sino libres, y por consiguiente de distinta naturaleza, es decir, son susceptibles de organizarse de las más diversas maneras, pero todas ellas convencionales.

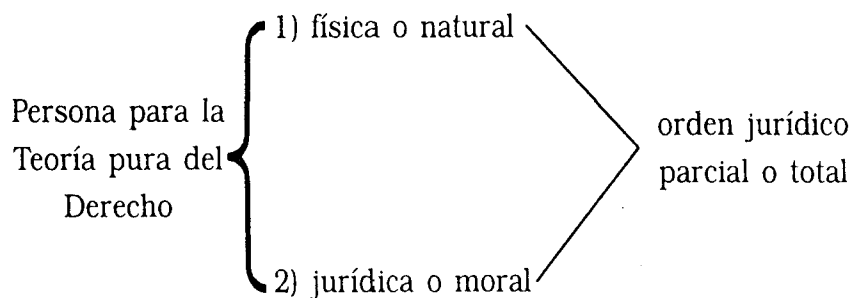
La persona es en última instancia, un concepto elaborado por la ciencia del derecho como un instrumento del cual se sirve ésta para describir su objeto, y éste, no es otro que la regulación de conductas.

Mientras para la Teoría Tradicional o Clásica del Derecho, cabe la distinción entre persona física o natural y persona moral o jurídica:

Para la Teoría pura, en cambio, tanto la persona natural como la jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, son perfectamente homologables y no tienen una existencia real o natural, porque lo único real son las conductas humanas, regidas por un sistema de normas, que no son



naturales sino libres, lo que procura Kelsen es establecer la diferencia entre el dominio de lo natural y el de lo jurídico, reservando para el primero mecanismos como el de causalidad y necesidad, en tanto que para el segundo los de libertad e imputación, con eso quiere enfatizar la condición de libres de las normas jurídicas y no naturales, apuntando a su naturaleza más bien convencional. Todo esto, en la medida que para Kelsen el derecho no regula personas, sino que regula conductas.





## **DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO**

Para Kelsen esta distinción no es válida, ya que sólo se trata de una convención del derecho natural, que éste utiliza como un recurso para resolver el problema de la justicia entendida en términos absolutos, y por ese camino resolver el problema del bien y del mal en la conducta humana. Parece necesario hacer algunos alcances sobre el carácter del iusnaturalismo. Norberto Bobbio, en una obra que comparte con su discípulo Michelangelo Bovero titulada "Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna", en la Primera parte 'El modelo iusnaturalista' sostiene "Aunque la idea de derecho natural se remonte a la Edad Clásica y no haya dejado de tener valor durante la Edad media, cuan-

do se habla de "doctrina" o de "escuela" del derecho natural, sin otro agregado, o más brevemente del término más reciente y todavía no aceptado en todas las lenguas europeas de "iusnaturalismo", se hace referencia al Renacimiento, al desarrollo y a la difusión que la antigua y recurrente idea del derecho natural tuvo durante la Edad Moderna en el período que corre entre el inicio del siglo XVII y el final del siglo XVIII. De acuerdo con una tradición ya consolidada en la segunda mitad del siglo XVII, pero desde hace algún tiempo puesta con razón en controversia, la escuela del derecho natural tuvo una fecha exacta de inicio con la obra de Hugo Grocio (1588-1625), *De iure belli ac pacis*, publicada en 1625, doce años antes del Discurso del Método de Descartes. Pero no tuvo igualmente una fecha final precisa, aunque no existe ninguna duda sobre los acontecimientos que señalaron su conclusión: la creación de las grandes codificaciones especialmente la napoleónica, que pusieron las bases para el florecimiento de una posición de mayor respeto para las leyes establecidas, y, por lo tanto, del modo de concebir el trabajo del jurista y la función de la ciencia jurídica, que toma el nombre de positivismo jurídico. Y también es muy conocida la corriente de pensamiento que decretó su muerte:

el historicismo, especialmente el historicismo jurídico con particular referencia a Alemania, donde por lo demás la escuela del derecho natural tuvo su patria de adopción, la escuela histórica del derecho. Si se quisiera señalar con precisión una fecha emblemática de este punto de llegada, se podría escoger el año de publicación del ensayo juvenil de Hegel, *Über die Wissenschaftlichen Behandlung-sarten des Naturrechts* (De las diferentes maneras de tratar científicamente el derecho natural), editado en 1802. En esta obra el filósofo, cuyo pensamiento representa la disolución definitiva del iusnaturalismo, y no sólo del moderno como veremos al final, somete a una crítica radical las filosofías del derecho que lo precedieron, De Grocio a Kant y Fichte."<sup>4</sup>

Hay en la postura iusnaturalista una apelación a la Naturaleza, ya que cree posible distinguir los actos de la conducta humana que están conformes a la Naturaleza y los que no lo están, y utiliza ese criterio para determinar qué actos estarían permitidos y cuáles prohibidos.

---

4 Norberto Bobbio "Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna" págs.15 y 16.

Se entiende, entonces, que hay una naturaleza humana absoluta e inmodificable y de ella derivarían las reglas aplicables a la conducta de los hombres. Por cierto que el modelo es la Naturaleza o Mundo exterior, toda vez que, tanto la Naturaleza en general como el hombre en particular serían en última instancia una creación de Dios, una manifestación de su voluntad todopoderosa.

Esta es una visión que Kelsen reputa de animista y agrega “.....si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo temporal y variable, creado por los hombres.... (...) Toda doctrina del derecho natural, tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado, pero la mayor parte de sus partidarios y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter pseudoracionalista” (Teoría pura del derecho).

Estima Kelsen que esta modalidad de argumentación del derecho natural es muy poco científica y hace algunas objeciones del siguiente tenor: La doctrina del derecho natural no hace la distinción necesaria del objeto y mecanismos propios de las ciencias de la naturaleza, que dicen directa relación con las características de la propia naturaleza, y el objeto y mecanismos propios del derecho y la moral, ambos ubicables en el ámbito de la Cultura.

Para una mejor comprensión de lo ya expuesto y con el animo didáctico de iluminar y esclarecer el pensamiento de Kelsen, ofreceré un gráfico que muestre paralelamente algunos datos vistos desde el ángulo de la naturaleza y de la cultura.

**N a t u r a l e z a**

**C u l t u r a**

- |   |   |
|---|---|
| 1.- Es lo dado.   | 1.- Es lo creado.   |
| 2.- El dominio natural está constituido por una serie de hechos vinculados entre sí por relaciones causales (causa-efecto). | 2.- El dominio cultural, el social, por ejemplo, está constituido por un sistema de normas creadas por la voluntad humana es decir, son convenciones. |

- |  |  |
|--|--|
| 3.- Funciona por el principio de causalidad.   | 3.- Funciona por el principio de imputabilidad.  |
| 4.- En el dominio natural cabe y opera la necesidad.   | 4.- En el dominio cultural cabe y opera la libertad.   |
| 5.- La naturaleza es lo que es.  | 5.- La cultura es lo que debe ser.   |
| 6.- En la naturaleza no hay valores, en la medida que estos son convencionales.                      | 6.- La cultura se funda sobre la base de un sistema de valores.  |
| 7.- En la naturaleza hay leyes (naturales) que rigen con absoluta independencia de nuestra voluntad. | 7.- La cultura se rige por normas. Para Kelsen toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. |

## **EL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

### **LA PIRÁMIDE INVERTIDA**

Es bastante habitual plantear el tema del ordenamiento jurídico como un sistema que en tanto tal, presenta algunas características generales como: unidad, coherencia, integridad, dinamismo, plenitud, etc. Es decir, ese crecido conjunto de normas jurídicas que componen este ordenamiento, no están simplemente amontonadas, ni yuxtapuestas, ni simplemente dispuestas, sino que por el contrario, están ordenadas de manera rigurosa y eficiente, siguiendo patrones muy precisos que lo hacen: unitario, coherente, integrado, dinámico y pleno.

De acuerdo a Kelsen, la unidad de orden reside en el hecho de que la creación (y en consecuencia la validez) de una norma está determinada

por otra norma, cuya creación a su vez ha sido determinada por una tercera norma, pudiendo de este modo remontarse a la norma fundamental de la cual depende la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto.

El tema de la validez de una norma jurídica es bastante central en el pensamiento kelseniano. En efecto, una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo a un método específico, en suma, con un procedimiento jurídico. Por lo tanto, el único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto", es decir, creado y no proviene de la naturaleza ni puede causalmente derivar ni fundarse en ella. Sin embargo, Kelsen requiere un punto de partida que no ofrezca ninguna duda, particularmente por un problema de orden temporal. Y resuelve el problema postulando una norma, por cierto, hipotética, que llama fundamental y que es por lo mismo, de una naturaleza distinta a la Naturaleza. Es, por así decirlo, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico.

Pero es el punto de partida que resuelve la



validez de las normas en un orden jurídico.

Para Kelsen, referir las diversas normas de un sistema jurídico a una Norma Fundamental, significa que han sido creadas conforme a esa norma. De esta norma derivará la Primera Constitución, allí encontrará su validez y de esta validez dependerá todo el edificio que se construya fundado en esa Primera Constitución. De manera tal, que la voluntad del primer constituyente debe ser considerada pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado.

**Es así como la Teoría pura del derecho le atribuye a la Norma Fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado.**

Para Kelsen el ordenamiento jurídico resulta entonces: unitario, coherente, jerarquizado, y revisite el aspecto de una pirámide invertida.

El punto de partida del sistema jurídico kelseniano es la Norma Hipotética Fundamental, en

el sentido de ser esta norma que es hipotética y no positiva la que sustentará toda la cadena que conformará el ordenamiento jurídico, es la más amplia, la más general, la más abarcadora, en esa medida es toto-fundante y en esa condición corona la pirámide invertida, que precisamente está invertida para dejar en la parte superior la más amplia base de sustentación desde la que se desplegará la cadena cuyo segundo eslabón es la Constitución Política, que es la primera norma de carácter positivo de la que derivará el resto también positivo, me refiero a Leyes y Tratados Internacionales, seguidos por Reglamentos, pasando por la Costumbre Jurídica, de allí a los Actos de Administración, Actos Corporativos, Actos Jurídicos Particulares, para rematar en Sentencias judiciales. La cadena que he descrito, corresponde a la pirámide invertida que es la forma como Kelsen representa el Ordenamiento Jurídico.

Dentro de las características que el propio Kelsen destaca respecto al ordenamiento jurídico, comparado con otros ordenamientos que también regulan la conducta humana, es que el jurídico regula su propia creación, ello en la medida en que una norma jurídica es válida por haber sido creada de acuerdo a un procedimiento determinados por otra

norma, y esto no sólo tiene que ver con el origen sino que también define la jerarquía. Así, la norma que determina la creación de otra, es superior a ésta y la creada de acuerdo a este mismo criterio inferior a la norma creadora.

En nuestro ordenamiento jurídico (el chileno) todas las leyes ordinarias están en una relación de subordinación respecto a la Constitución Política de la República. Incluso respecto de ciertos mecanismos que puede usar el Poder Ejecutivo, más específicamente el Presidente de la República, como son los Decretos Supremos de Insistencia frente a la representación (objeciones formales o de fondo al texto de una ley) que hace el Contralor General de la República, Decretos Supremos que le permiten al Presidente de la República insistir y obligar al Contralor a la toma de razón. Sin embargo, cuando el Contralor ha representado por razones de inconstitucionalidad de la ley, no cabe el Decreto Supremo de Insistencia.

La concatenación de normas derivadas de la Norma Hipotética Fundamental contempla entre sus criterios más relevantes la validez y la eficacia. Así entonces, un orden jurídico es válido cuando las nor-

mas que lo componen han sido creadas de acuerdo a los procedimientos definidos en la Constitución, la que a su vez queda validada por la Norma Hipotética Fundamental, en tanto que la eficacia guarda relación con el cumplimiento de las normas y el conjunto de normas jurídicas dado que son coactivas, cuentan con el apoyo de la fuerza legítima que es sin duda una de las razones por las cuales son cumplidas por los miembros de la comunidad social regidos por el ordenamiento jurídico.

La legitimidad de un ordenamiento jurídico desde el enfoque kelseniano descansa esencialmente en la validez, es unitario, coherente y jerarquizado, sin embargo, puede verse restringido por la eficacia. En efecto, dentro de un ordenamiento jurídico que como un todo (su ser unitario) es eficaz, puede darse el caso de que contenga normas que siendo válidas no sean eficaces, en el sentido de no ser obedecidas o aplicadas. Si, por ejemplo, una norma permanece indefinidamente ineficaz, se puede decir que ha sido privada de su validez por desuso. En este particular caso estamos frente a un fenómeno jurídico llamado **Desuetudo** que corresponde al efecto jurídico negativo de la costumbre, es decir estamos frente a la derogación consuetudi-

naria de una norma, por una costumbre contraria a ella, que para el desarrollo social de una comunidad humana, es más importante que la norma que se pondrá en desuso.

Éste tema llevó a Kelsen a establecer una relación expresa entre estos dos criterios, el de la validez y la eficacia:

“La relación entre validez y eficacia parece ser entonces la siguiente: una norma es jurídicamente válida si a) ha sido creada en la forma establecida por el ordenamiento jurídico a que pertenece, y b) si no ha sido derogada, bien en la forma prescrita por el orden jurídico, bien en la forma del desuso o por el hecho de que el orden jurídico, considerado como un todo, ha dejado de ser eficaz.”<sup>5</sup>

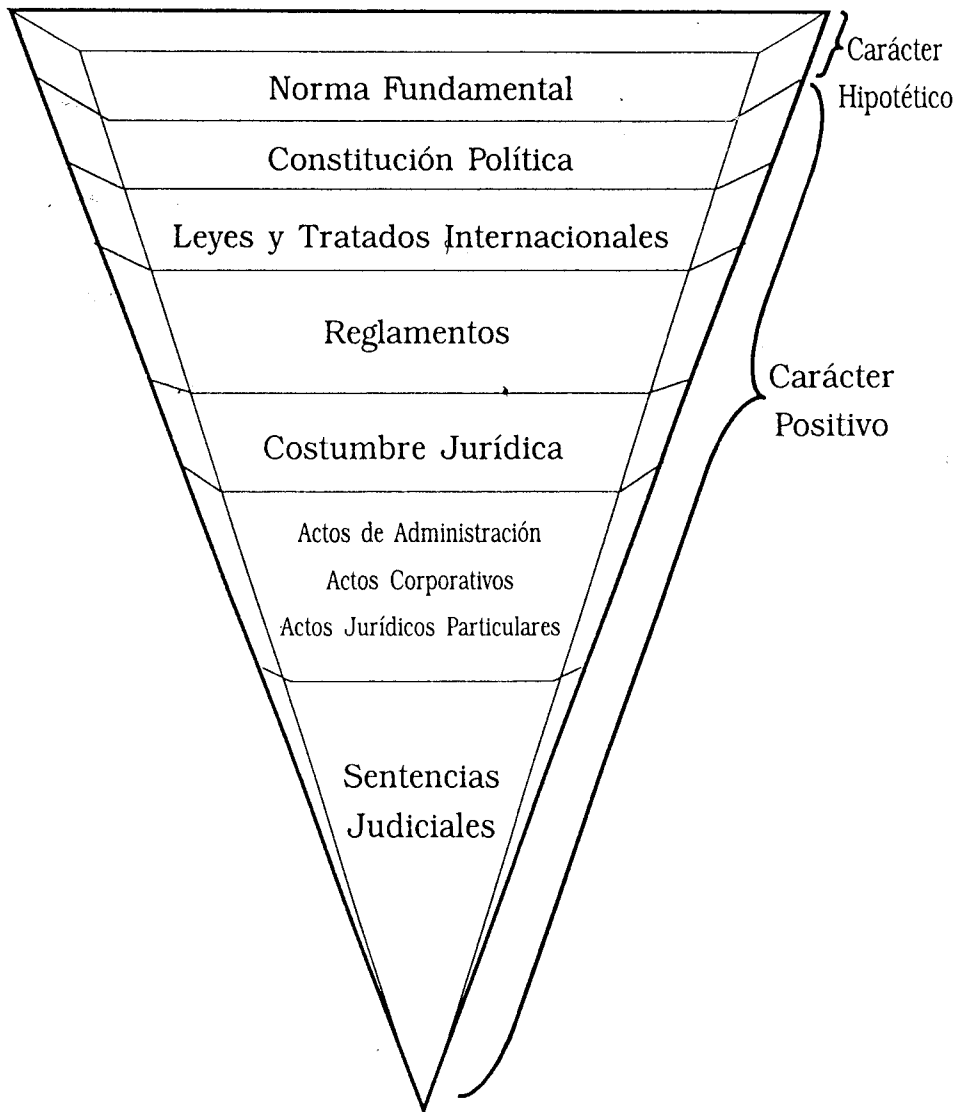
Una norma que es válida, es decir, que cumple con los requisitos ya expuestos, debe cumplirse por parte de la comunidad a que está dirigida o pretende ordenar, si esa comunidad la acepta, entonces, consecuentemente la cumple, podemos decir que esa norma opera en plenitud.

---

5 Hans Kelsen “Teoría General del Derecho y del Estado” pág. 141

## Gráfico 1

### La pirámide invertida

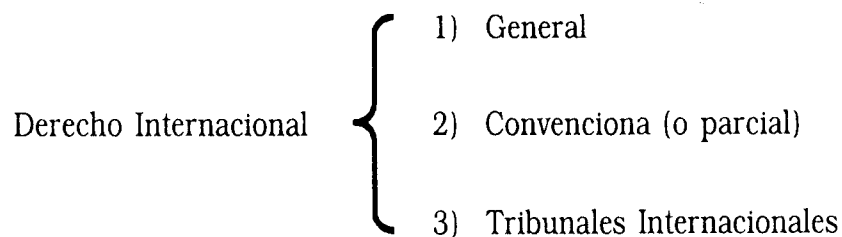


## **EL DERECHO INTERNACIONAL**

Para la Teoría pura del derecho, el derecho internacional constituye un conjunto de normas establecidas vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y como resultante de los actos cumplidos por los órganos estatales competentes. Se trata de normas que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. La consigna que anima esta modalidad del derecho es **P a c t a s u n t s e r v a n d a** (fórmula latina que significa, los pactos deben ser observados, es decir, cumplidos) de acuerdo a ella, se autoriza a los Estados Miembros de la Comunidad Internacional a la celebración de Tratados que regulen su conducta recíproca, regulación que, por cierto, alcanza a los súbditos de los Estados pactantes.

Los Tratados que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el Derecho Internacional particular, en la medida que esas normas sólo obligan a los Estados comprometidos en el Tratado y no incluyen a todos los Estados.

Hay además otro mecanismo generador de normas de derecho internacional, estos son los Tribunales Internacionales, y cuya competencia deriva de lo que podríamos llamar Derecho Internacional Convencional, que se funda en normas consuetudinarias del Derecho Internacional General. Las funciones de estos Tribunales están determinadas por los mismos Tratados.



La comunidad social ha ido creciendo demográficamente con el paso de los siglos a la vez que se ha organizado en Estados, y, por supuesto, ha



necesitado relacionarse de manera institucional, desde un punto de vista jurídico.

Sobre la base de ciertos principios básicos, amplios y abarcadores, como el de soberanía nacional en la época antigua (reinos) y soberanía popular modernamente (Estados), las distintas comunidades sociales tendieron primero a regularse internamente adquiriendo una fisonomía propia y procurando que fuese respetada por las otras comunidades sociales, para, en un segundo paso, entenderse entre ellas como comunidades humanas unitarias y autónomas.

Se suele pensar de manera coincidente que la comunidad social (humana) es una sola y que así ha sido desde siempre. Es decir, desde que el parántropo evolucionó hacia el homínido y desde este al homo sapiens sapiens. Desde las primeras parejas que constituyeron el núcleo social, pasando por la familia, la tribu, los imperios hasta llegar a los Estados Modernos.

Podemos suponer, con razonables fundamentos, que desde el comienzo, es decir, cuando los seres humanos adquirieron el lenguaje y pudieron

comunicarse, empezaron a establecer ciertas normas que debían ser cumplidas para hacer posible una convivencia pacífica entre ellos.

Así en los albores de la comunidad social, aparece la costumbre y desde ella un primer esbozo de derecho que puede llamarse consuetudinario y que subsiste hasta el día de hoy.

Más tarde se configurarán los primeros cuerpos normativos que se pueden considerar piezas claves de lo que posteriormente será un ordenamiento jurídico, me refiero al Código de Hamurabi, la Ley Mosaica, entre los griegos clásicos (Platón y Aristóteles) desde tratados filosóficos se configuran las bases de la democracia con planteamientos básicos para el ámbito jurídico como la relación medios y fines y el tema del bien, el Derecho Romano, tal vez el más importante cuerpo legal de Occidente, en España el Derecho Canónico, en Inglaterra la Carta Magna, la Carta del Habeas Corpus de 1617, etc.

En suma, la necesidad de establecer ciertas normas que tuviesen un alcance supranacional se hicieron evidentes, entonces las distintas comuni-

dades que poblaban el planeta, pocas en un comienzo, en el contexto de esa ancestral dialéctica de Guerra y Paz, tuvieron que dar cabida a un Derecho Internacional que se fue configurando a lo largo de los siglos.

Para Kelsen el Derecho Internacional para ser entendido como tal, requiere ser visto desde un contrapunto con el Derecho Nacional:

“Antes de considerar si el orden jurídico internacional y los distintos órdenes jurídicos nacionales forman todos parte de un sistema jurídico, tenemos que resolver primeramente el problema de si las normas denominadas “derecho internacional” son realmente “derecho” en el mismo sentido que el derecho nacional, es decir, en el sentido de la definición establecida en la primera parte de esta obra. Planteada científicamente, la cuestión consiste en saber si el llamado derecho internacional puede ser descrito como un conjunto de “normas jurídicas. (...) El derecho internacional es derecho en tal sentido si el acto coercitivo de un Estado, o interferencia violenta de un Estado en la esfera de intereses de otro, sólo se permite como reacción contra un acto antijurídico, a la vez que se prohíbe el

empleo de la fuerza para cualquier otro fin; o, dicho de otro modo: si el acto coercitivo realizado como reacción contra un acto antijurídico puede ser interpretado como reacción de la comunidad jurídica internacional; si es posible describir el objeto que se presenta a sí propio como derecho internacional, de tal manera que el empleo de la fuerza por parte de un Estado contra otro solamente se pueda interpretar como acto antijurídico o como sanción, entonces el derecho internacional será derecho en el mismo sentido que el nacional.

Al hablar del derecho internacional sólo se hace referencia al internacional general, no al internacional particular. El problema tiene, pues, que ser formulado de la siguiente manera: primero: ¿existe, de acuerdo con el derecho internacional general, un acto antijurídico, es decir, una conducta estatal que pueda caracterizarse como ilegal? Segundo: ¿existe, de acuerdo con el mismo derecho internacional general, una sanción o acto coercitivo establecido como consecuencia de un acto antijurídico, dirigido contra un Estado que se conduce ilegalmente; una privación de posesiones mediante el empleo de la fuerza, si ello es necesario; una interferencia violenta en la esfera de intereses normalmente protegida del

Estado responsable del Acto antijurídico? De lo que se ha dicho en la primera parte de esta obra se sigue que, jurídicamente, una conducta específica de un Estado sólo puede ser considerada como acto antijurídico si el derecho internacional enlaza una sanción a tal conducta.

Es opinión comúnmente aceptada la de que en el derecho internacional existe el acto antijurídico, esto es, una conducta de un Estado que se considera ilegal o contraria al derecho internacional y, por tanto, violatoria de tal derecho. Ello es consecuencia de que el derecho internacional es considerado como un sistema de normas que prescriben una cierta conducta a los Estados, y establecen tal conducta como una pauta que debe ser seguida. Si un Estado, sin una razón específica reconocida por el derecho internacional, invade un territorio que, de acuerdo con tal derecho, pertenece a otro Estado, o si deja de observar un tratado concluído con otro Estado de acuerdo con el derecho internacional, su conducta es considerada como opuesta a ese orden en el mismo sentido en que se considera, desde el punto de vista de la moralidad, la conducta de un individuo que miente. En tal sentido, no hay duda de que en el derecho internacional existen

actos antijurídicos. Pero, ¿existe en el derecho internacional un acto violatorio en el sentido específicamente jurídico del término, esto es, existe también una sanción prescrita por el derecho internacional y dirigida contra el Estado responsable de ese acto?

Muchos teóricos del derecho internacional entienden por "sanción" la obligación de reparar un daño, especialmente el causado de manera ilegal. Este es, por decirlo así, una obligación substitutiva, un deber que surge cuando un Estado ha dejado de cumplir su obligación principal originaria.

El deber de la reparación substituye a la obligación violada. Es, sin embargo, dudoso si la obligación de reparar el daño es establecida por el derecho internacional general como una consecuencia automática del acto antijurídico, o solamente es resultado de un tratado concluído entre el Estado que sufre el acto antijurídico y el responsable de éste. El autor se inclina por la última de estas opiniones. Pero incluso cuando la obligación de reparar el daño es establecida por el derecho internacional general como una consecuencia automática del acto antijurídico, esta obligación substitutiva,

la última consecuencia establecida por la regla de derecho, constituye una verdadera sanción. La sanción específica de un orden jurídico sólo puede ser un acto coercitivo establecido por dicho orden para el caso de que una obligación sea violada y, cuando también se establece una obligación substitutiva, para el caso de que esta última sea igualmente violada. ¿Existen actos coercitivos establecidos por el derecho internacional general, como consecuencia de actos antijurídicos internacionales; interferencias violentas en las esferas de intereses normalmente protegidos de los Estados responsables del acto antijurídico?”<sup>6</sup>

Validez y eficacia, son dos referentes muy importantes en la concepción kelseniana del derecho positivo y van a jugar un papel principal para el cumplimiento de la “seguridad jurídica” en cualquier ordenamiento jurídico moderno. Sin embargo, en el derecho internacional su cumplimiento es muy discreto, asunto que advierte con bastante claridad Kelsen, ya que no hay un ordenamiento jurídico internacional que podría hacerse cargo de establecer las sanciones pertinentes y obligatorias en

---

6 Kelsen. Op. cit. Págs. 390, 391 y 392

un dominio internacional, sino que lo que en efecto hay, son múltiples ordenamientos jurídicos nacionales con gran compatibilidad entre ellos, pero, entre otras razones, por el tema de la soberanía limitados a sus propios territorios. De este modo, la validez y la eficacia pierden prácticamente toda la fuerza que tienen al interior de cada ordenamiento jurídico particular, es decir, nacional.

Es el propio Kelsen quien manifiesta expresamente que “las normas del derecho internacional son normas incompletas”. Es decir, si las normas jurídicas son, como cree Kelsen, positivas (espacio-temporales) no se rigen por la causalidad, o sea, no son necesarias, son, más bien, libres y voluntarias, por tanto entran en el dominio de la imputabilidad, y entonces operan como toda norma social, y ya sea que prescriba una acción o una omisión, es aplicable sólo en condiciones determinadas.

Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición.

Mirando las cosas desde otro ángulo, pero con el mismo propósito, la norma jurídica para Kelsen



tiene una estructura dual: una parte primaria, que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y además, contiene la sanción. Y una parte secundaria: que prescribe la conducta que permite evitar la sanción, y que además contiene la imputación. En el derecho internacional falla esencialmente la sanción, ya que la relación de condición y consecuencia no se cumple, es decir, hay un claro problema de eficacia, en la medida que la imputación cae al vacío.

Kelsen lo plantea del siguiente modo: “En la primera parte de este tratado se ha mostrado cómo la conducta humana regulada por una norma jurídica consta de dos elementos: el elemento material, es decir, lo que debe hacerse o evitarse, y el elemento personal, o sea la determinación del sujeto de lo que debe hacerse o evitarse. Una norma sólo es completa cuando determina ambos elementos. Usualmente, las del derecho internacional sólo determinan el elemento material y, en este sentido son incompletas.

Esperan recibir su complementación de las normas del derecho nacional.

El siguiente ejemplo puede ilustrar la afirma-

ción anterior. Es regla consagrada del derecho internacional común, que las hostilidades no deben iniciarse sin que haya una previa y formal declaración de guerra. La tercera Convención de la Haya, de 1907, modificó la regla al estipular (artículo 1º) que las hostilidades “no deben comenzar sin una advertencia previa e inequívoca, que ha de asumir la forma, ya de una declaración de guerra debidamente razonada, ya la de un ultimátum con declaración condicional de guerra”.

Esta norma sólo establece que la declaración de guerra ha de entregarse, pero no dice por quién — o sea, no indica qué individuo, en su carácter de órgano del Estado, ha de hacer tal cosa — La mayoría de las Constituciones faculta al jefe del Estado para declarar la guerra. La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (artículo 1º, sección 8) dice que “el Congreso está facultado para declarar la guerra”. Al determinar así el elemento personal, la Constitución norteamericana completa la norma de derecho internacional antes citado.

La característica del derecho internacional de “obligar” solamente a los Estados”, consiste únicamente en el hecho de que sus normas por regla

general sólo determinan el elemento material, y dejan al nacional la determinación del elemento personal.”<sup>7</sup>

Entre nosotros, es decir, desde el ordenamiento jurídico chileno y en general de los países miembros de la OEA, el tema de la soberanía sobre los 200 millas marinas o el Principio de No Intervención, han sido frecuentemente violados, y las veces que ha sido posible una sanción, ésta ha corrido por cuenta de los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto apunta a la urgente necesidad de establecer un **Ordenamiento Jurídico Trans-nacional**, asunto que abordaré extensamente en las conclusiones.

---

7 Kelsen Op. cit. Págs. 408 - 409

## **KELSEN Y KANT**

### **DEL ILUMINISMO AL POSITIVISMO**

He insistido a lo largo de este libro en la raíz kantiana del pensamiento de Kelsen lo que podría parecer un contrasentido para una posición positivista extrema como es la de Kelsen, sin embargo, no es así. Mostraré en este capítulo la directa conexión entre el gran Profesor vienés y el genio de Königsberg.

Kant es probablemente el pensador alemán más influyente en la tradición germana y, uno de los principales pensadores del Idealismo en la Cultura Occidental, su modalidad filosófica se conoce como criticismo, porque es el encabezamiento de sus obras principales como: "Crítica de la razón pura", "Crí-

tica de la razón práctica”, “Crítica del juicio”, etc. Entre sus aportes principales desde una visión idealista y metafísica, como es la suya, están: los imperativos (hipotéticos y el categórico) y las formas a priori de la sensibilidad.

“El sistema ético kantiano se halla expuesto en su obra «Metafísica de las costumbres», publicada en 1785, esta obra tiene una considerable importancia histórica.

La tesis más importante a la vez que novedosa expuesta en esta obra, es sin duda el ‘imperativo categórico’. A propósito de esto es necesario hacer un breve alcance. La idea de un principio objetivo, en la medida que obliga a la voluntad, se llama mandamiento de la razón, la fórmula del mandamiento se llama imperativo.

Hay dos géneros de imperativos: el imperativo hipotético, que dice ‘debes hacer tal y cual cosa si deseas lograr tal y cual fin’, en tanto que el imperativo categórico afirma ‘cierto tipo de acción es objetivamente necesario, sin consideración a ningún fin’.

Los imperativos hipotéticos son los de una técnica cualquiera, o también los de la prudencia, que indican los medios para ser felices. La ley moral, es en cambio, un imperativo categórico, que no tiene como propósito ningún objeto ni fin determinado, sino sólo la conformidad de la acción con la ley”<sup>8</sup>.

Respecto a las formas a priori del entendimiento que nos permiten conocer la realidad, en el sentido de hacerla inteligible, estas son: espacio y tiempo que son para Kant intuiciones sensibles.

"En la Crítica de la razón pura, la Estética trascendental está dedicada a determinar los elementos a priori de la sensibilidad; la Analítica trascendental (primera parte de la Lógica trascendental), que comprende también la Dialéctica trascendental), está dedicada a determinar los elementos a priori del entendimiento y a su justificación."

Las formas a priori de la sensibilidad o intuiciones puras son el espacio y el tiempo; los cuales no son, pues, conceptos ni cualidades de las cosas,

---

8 José Miguel Vera "Curso Elemental de Filosofía y Lógica" págs. 232/233.

sino condiciones de nuestra intuición de ellas (.....)  
 La deducción trascendental no se refiere a una cuestión de hecho, sino a una cuestión de derecho; esto es, no se refiere a la cuestión de si las categorías son efectivamente aquéllas y no otras, sino únicamente a la cuestión de si tienen el valor que pretenden, si condicionan legítimamente los objetos de la experiencia. Kant considera esta justificación de la validez de las categorías y, en general, de las formas a priori, como la parte más importante de la Crítica de la razón pura. En la segunda edición de la obra (1787) rehizo enteramente la deducción trascendental, dándole una exposición si no más fácil, al menos más clara, y aún añadiéndole alguna modificación importante.

Es conveniente, pues, seguir la exposición de la segunda edición, que es la más madura y definitiva, mostrando las diferencias con la exposición de la primera exposición, donde las haya.

La deducción trascendental es fácil y obvia por lo que se refiere a las formas de la sensibilidad, espacio y tiempo. Un objeto no puede aparecer al hombre, esto es, ser percibido por él, sino a través de estas formas. La necesaria referencia de las mis-

mas formas a los objetos de la experiencia está en todo caso garantizada; un objeto que no sea dado en el espacio y en el tiempo, no es objeto para el hombre, porque no es intuído. Por lo que se refiere a las formas del entendimiento, el problema es más difícil: parece, en efecto, que sea posible intuir un objeto sin pensarlo. Es necesario, pues, justificar la validez objetiva de los conceptos de que el hombre se sirve para pensar los objetos, esto es, demostrar que las formas a priori del pensamiento se refieren necesariamente a los objetos de la intuición. Pero, en realidad, la experiencia no es únicamente intuición: exige, además de la intuición por la cual se da el objeto, un concepto del objeto. Deben, por tanto, existir conceptos de objetos como condiciones a priori de la experiencia; y las categorías son precisamente tales conceptos a priori. Pero las categorías son fruto de la actividad espontánea del pensamiento.

¿Cómo puede el pensamiento, actividad subjetiva, condicionar la experiencia y los mismos objetos de la experiencia?

Evidentemente, la deducción trascendental debe dar aquí el paso decisivo: debe reconocer en



el mismo corazón de la subjetividad el principio de la objetividad. Hume había atribuído ya al sujeto la conexión entre los fenómenos, que constituye la experiencia; pero así el valor objetivo de la experiencia se había perdido irremediabilmente.

La conexión entre los fenómenos, reconocida como subjetiva, o sea, debida al hábito, no tenía ya la validez necesaria. Kant, por tanto, no pudo fundar en la subjetividad del hombre la objetividad de la experiencia sino reconociendo que es esencial para la misma subjetividad la referencia objetiva. Aquí esta la originalidad y la fuerza de su solución. La conexión necesaria de los fenómenos es diferente de los lazos entre las percepciones de los fenómenos. El que dos percepciones estén de alguna manera enlazadas entre sí, el que, por ejemplo, se den en el mismo espacio o bien sucesiva o simultáneamente en el tiempo, no supone para nada que los fenómenos que son su objeto deban tener entre sí una relación necesaria. En cambio, en el juicio la relación es pensada como necesaria: la partícula relativa es que une el predicado con el sujeto, no expresa una simple percepción, que puede ser causal y variable, sino una unidad objetiva, que se refiere a los mismos fenómenos. La experiencia

está constituida precisamente por las relaciones objetivas establecidas entre los fenómenos: su condición es, pues, una unidad que no tiene nada que ver con la percepción, porque es válida objetivamente. Ahora bien, el fundamento de esta unidad está en el sujeto, y precisamente en lo que Kant llama «unidad sintética originaria de la apercepción», el yo pienso. El yo pienso debe poder acompañar todas mis representaciones, porque de lo contrario existiría en mí sin que yo lo pensara, lo cual es imposible, porque una tal representación, no siendo una representación mía, no existiría para mí. Unificando las representaciones, el yo pienso las enlaza en una unidad originaria, que es la estructura objetiva de la experiencia: y no sólo de la experiencia externa, esto es, de los fenómenos naturales, sino también de la experiencia interna, de aquel fenómeno que es el yo para sí mismo en la conciencia. La síntesis del yo pienso es, por tanto, «el principio supremo de todo conocimiento humano» (Nicolo Abbagnano. Historia de la Filosofía, Tomo II, págs. 385,386,387.)

En este punto de coincidencia de Kant y Descartes, como no podía ser menos tratándose de dos de las más destacadas figuras del idealismo, está la

clave para entender el mecanismo para definir y hacer operativa la imputabilidad kelseniana. Es decir, al desplazar la causalidad hacia la libertad, se obtiene la independencia necesaria para el derecho que no obedece a leyes causales, propias de la Naturaleza, sino a la libertad representada por la voluntad (la conciencia autoreflexiva kantiana, el yo pienso cartesiano) que le van a permitir a Kelsen decir que el derecho regula conductas, y éstas son libres, y en cuanto tales, conscientes y voluntarias.

Por último, para cerrar esta semblanza de Kant y el criticismo y su influencia tan radical en Kelsen, quiero citar del libro de Ernst Cassirer "Kant, vida y doctrina" el comienzo de su Introducción "Dijo una vez Goethe, refiriéndose precisamente a Kant, que para que la filosofía, cualquiera que ella fuese, influyera en la vida, era necesario vivirla y amarla. El estoico, el platónico, el epicúreo, todos tienen que dar cuenta del mundo, cada cual a su modo; no es otra, en efecto, la misión de la vida, de la que nadie, cualquiera que sea su escuela, se ve dispensado. Los filósofos, por su parte, no pueden ofrecernos otra cosa que formas de vida. La severa moderación de Kant, por ejemplo, reclama una filosofía a tono con éstas sus inclinaciones innatas. Si

leeis un relato de su vida en seguida os dareis cuenta de cuán lindamente quitó el filo a su estoicismo, que en rigor contrastaba de un modo tajante con las condiciones de aquella sociedad, y procuró ponerlo en consonancia con el mundo. Todo individuo tiene, por medio de sus inclinaciones, derecho a los principios que no lo anulen como tal. Y es probablemente aquí, y no en ningún otro lado, donde hay que buscar el origen de toda filosofía. Todo sistema, con tal de que encuentre su verdadero héroe, consigue dar cuenta del mundo. Lo que ocurre es que lo que hay en la naturaleza humana de adquirido por el estudio, se estrella casi siempre contra las contradicciones, en cambio, lo innato se abre paso por doquier y llega no pocas veces a triunfar con la mayor fortuna de sus antagonismos. Lo primero que necesitamos es estar en consonancia con nosotros mismos, ya que estamos siempre en condiciones, si no de eliminar, por lo menos de neutralizar las desarmonías que se nos imponen desde afuera”

La titánica tarea emprendida por Kelsen, exitosa, podemos decir hoy, de hacer una Teoría pura del derecho (Reine Rechtslehre) y convertirse de este modo en el más importante representante del derecho positivo, se entiende bastante mejor co-

nociendo las raíces kantianas que iluminan y estimulan su esfuerzo.

## CONCLUSIONES

La "Teoría pura del derecho" (Reine Rechtslehre) es sin duda la obra más relevante del derecho positivo, en ella se advierte el esfuerzo depurador kelseniano para aislar el derecho y, por este camino, transformarlo en ciencia, al menos, en el sentido de cumplir los tres requisitos básicos exigidos por Kant, para que una disciplina pueda ser considerada ciencia: a) un objeto propio, b) un método para abordar ese objeto y c) como producto de lo anterior, llegar a conclusiones objetivas (universalmente válidas).

Para Kelsen al derecho le corresponde la dignidad de ciencia, previa depuración de todos los elementos extrajurídicos. Esto significa que le corresponde al derecho un objeto propio y privativo,

un objeto que no comparte con otras disciplinas, y además se trata de un dominio, el del derecho, distinto del dominio natural, por eso contrapone la imputación a la causalidad, y por eso mismo, rechaza el derecho natural.

El derecho propiamente tal (puro) es positivo, designa una técnica específica de organización social. Por eso, en cuanto problema científico, el derecho es un problema de técnica social, no un problema ético. Decir que un ordenamiento jurídico, que corresponde a un tipo de orden social, tiene el carácter de derecho, no corresponde a un juicio moral, en el sentido, de que por ello sea bueno o justo.

Es útil recordar que Augusto Comte, el padre del positivismo, quien se sentía directamente vinculado a Bacon y Descartes, concibe la ciencia dirigida esencialmente a establecer el dominio del hombre sobre la Naturaleza. El fin de la investigación científica es la formulación de leyes, porque la ley permite la previsión, y la previsión dirige y guía la acción del hombre sobre la Naturaleza. En suma, ciencia, por tanto, previsión; previsión, por tanto, acción: tal es la fórmula sencillísima que expresa de manera exacta la relación general entre la cien-

cia y el arte, tomados éstos dos términos en su acepción total. Toda ciencia consiste en la coordinación de los hechos; y si las diversas observaciones fueran del todo aisladas, no habría ciencia. El espíritu positivo sin dejar de reconocer la preponderancia necesaria de la realidad directamente experimentada, tiende siempre a aumentar lo más posible el dominio experimental, sustituyendo cada vez más con la previsión de los fenómenos su exploración inmediata. (Comte).

Comte reconoce a Kant el mérito de haber sido el primero en intentar huir del absolutismo filosófico "con su célebre concepción de la doble realidad, a la vez objetiva y subjetiva", ejercicio realizado a través de la deducción trascendental.

Kelsen, es desde este mismo ángulo, directo tributario de Kant.

El objeto propio del derecho, en el sentido kelseniano, es entonces, **la regulación de conductas**, en función de dos criterios centrales que son **validez y eficacia**, esto le da una fisonomía propia al dominio jurídico, que justifica el que se pueda elaborar una "Teoría pura del derecho" (Reine Rechtslehre).



El tema de la validez de una norma al interior de un ordenamiento jurídico, se resuelve sobre la base de un juicio de existencia o de hecho, todo lo cual apunta a su validez jurídica, o sea, su existencia como norma jurídica, lo que finalmente se traduce en un procedimiento específico claramente definido, esto supone varios pasos:

- a) Determinar si la autoridad que la promulgó tenía el poder legítimo para expedir normas jurídicas, por lo tanto, vinculantes al interior del ordenamiento jurídico. En definitiva en el esquema kelseniano ésta es una investigación que conduce directamente a la norma fundamental (esa primera norma, la única con carácter hipotético) que es la base de sustentación de todo el sistema.
- b) Comprobar que no ha sido derogada, es decir, no obstante haber sido promulgada, puede suceder perfectamente que otra norma posterior la haya derogado expresamente o regule los mismos asuntos en sentido contrario, lo que constituiría una derogación tácita.
- c) Comprobar que no haya incompatibilidad con

otras normas del ordenamiento de mayor jerarquía, pues eso conduciría a una derogación implícita, partiendo de la base que debería cumplirse un principio que anima todo ordenamiento jurídico y que indica que dos normas incompatibles no pueden ser ambas válidas a la vez, y sólo lo será la de mayor jerarquía o la más reciente.

El criterio de validez de la norma es prioritario para Kelsen, porque de no ser válida la norma, simplemente no es, es decir, se trata de un criterio de existencia sin el cual ni siquiera tiene sentido hablar de las normas jurídicas.

La eficacia de una norma, alude al tema de su cumplimiento por parte de la comunidad social que resulta regulada por dicha norma. Los destinatarios de una norma pueden: a) cumplirla, b) ignorarla o no cumplirla y c) violarla. Lo que importa desde el punto de vista kelseniano, es que la autoridad que la ha impuesto, frente a su no cumplimiento o violación utilice los medios coercitivos de que dispone para que sea cumplida. El tema de la sanción es muy importante para Kelsen, basta recordar que su distinción en la estructura de

la norma jurídica, en norma primaria y norma secundaria, apunta precisamente a determinar los hechos ilícitos en función de la sanción, que está justamente contenida en la norma primaria, en tanto que la norma secundaria contiene la imputación.

Comentando este mismo asunto dice el Profesor Agustín Squella "La posición de *Kelsen* respecto de lo que venimos diciendo acerca de los motivos que pueden inducir la conducta conforme al Derecho, esto es, los motivos o causas de que el Derecho sea eficaz, es la siguiente: un determinado orden social de la conducta que prescriba recompensas o castigos es eficaz, "en el sentido literal de la palabra", únicamente cuando la conducta que es condición o antecedente de la recompensa es causada precisamente por el deseo de ésta, y cuando la conducta que es antecedente o condición de la sanción o castigo es causada por el temor a éste. Sin embargo, admite *Kelsen*, es frecuente que se atribuya eficacia a un determinado ordenamiento atendiendo únicamente a que la conducta de los individuos sometidos al ordenamiento se conforme a lo prescrito por éste de una manera general y permanente, o sea, en la medida en que los sujetos

imperados realizan las condiciones o antecedentes de las sanciones o castigos, todo ello “sin considerar el motivo de su conducta”.

“Empleado de esta última manera —concluye *Kelsen*— el concepto de eficacia posee un sentido normativo y no causal” (“Derecho, Desobediencia y Justicia” págs. 232 y 233).

La distinción que vimos antes respecto a los conceptos en alemán de **Sein y Sollen**, es decir, ser y deber ser, quedan así bastante claros, ya que el primero (Sein) cabe aplicarlo a la *eficacia* en la medida que apunta a conductas objetivas (positivas) espacio-temporales, el segundo (Sollen) se aplica a la *validez*.

Por cierto, que *Kelsen* no establece una relación causal entre eficacia y validez, en el sentido que la validez de una norma jurídica dependa de su eficacia, ya que el fundamento último de todo su sistema está en la **norma hipotética fundamental** que corona la pirámide invertida.

He insistido a lo largo de esta obra en el manifiesto influjo de Kant en la doctrina kelseniana

y creo que he conseguido demostrarlo. Un punto que me interesa destacar ahora, por cierto coincidente, es el planteamiento, dado su convencimiento, hecho por Kant de lo que él llamó **Derecho Cosmopolita**, asunto planteado en la última sección de la doctrina del Derecho al final de la primera parte de la "Cimentación para la Metafísica de las Costumbres" (Grundlegung zur Methaphysik der Sittien). Kant cree en la posibilidad de un derecho de esa naturaleza, fundado en una asociación pacífica y perpetua de todo los pueblos del planeta, esto sobre la base de aceptar racionalmente su carácter moralmente obligatorio. Esta idea la había planteado antes en su **Proyecto para la paz perpetua** de acuerdo a la cual uno de los objetivos primordiales era: el derecho de un extranjero a no ser tratado como enemigo en el territorio de otro Estado.

Kelsen se hace eco de este interés internacionalista kantiano y revisa el asunto a la vez que propone como válida la opción de un derecho universal. Él se había hecho las siguientes preguntas: ¿Existe realmente una comunidad jurídica universal? ¿Es admisible interpretar así el orden jurídico internacional actualmente existente? ¿Es posible con-

cebir tanto el derecho internacional positivo como el derecho positivo de los diferentes Estados como un orden jurídico universal? En el análisis que demanda la respuesta a estas preguntas, aparecen algunos datos muy significativos para la revisión y solución del problema.

Para Kelsen el derecho internacional parece, en cierta medida, como un derecho primitivo, él lo plantea de la siguiente manera: "De lo que se ha dicho puede inferirse que el derecho internacional general, caracterizado por la técnica jurídica de la autodefensa, se puede interpretar del mismo modo que un orden jurídico primitivo cuya característica esencial es la institución de la venganza de la sangre (*vendetta*). Este derecho primitivo sólo puede ser entendido si distinguimos —como lo hace el hombre primitivo— entre el acto de matar, como delito, y el acto de matar, como sanción. A fin de entender el derecho internacional, tiene también que hacerse una distinción entre la guerra como delito y la guerra como sanción, a pesar de que la aplicación práctica de tal distinción en un caso concreto puede ser difícil —en ciertas condiciones incluso imposible—, y a pesar de que la guerra —como la *vendetta*— es técnicamente insuficiente como sanción.

Todo lo que se ha dicho contra la interpretación de la guerra como sanción puede repetirse en el caso de las represalias. Sin embargo, los oponentes de la teoría de la "guerra justa", según la cual la guerra sólo se justifica como sanción, no encuentran necesario emplear sus argumentos contra la interpretación de las represalias como sanciones". (Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado. Pág 404).

En esta misma dirección, se inscribe el connotado internacionalista de la Universidad de Harvard Profesor Philip Jessup quien acuña la expresión "Derecho Transnacional" en su obra "Transnational Law" publicada en 1956. En esta obra, justifica la elección de tan novedosa nomenclatura y la funda en el deseo de ofrecer una visión integradora del fenómeno internacional, que englobe todas las situaciones jurídicas que trasciendan de las fronteras del Estado.

En palabras del propio Jessup: "La terminología elegida por mí, sin duda, parecerá igualmente poco satisfactoria para otros. Sin embargo, usaré en vez de "Derecho internacional" la denominación de "Derecho Transnacional", para referirme a la

legislación que regula las acciones o acontecimientos que trascienden más allá de las fronteras nacionales, normas que comprenden tanto en los derechos internacionales –el público y el privado- como otros preceptos que no encajan exactamente dentro de tales patrones. (Jessup, "Derecho Transnacional" pág. 10, 1956).

Esta denominación de "Derecho Transnacional" tiene el mérito de situarnos en una visión totalizadora que trata de superar las barreras entre lo público y lo privado, y consigue en definitiva rebasar todas las fronteras jurídicas del ordenamiento estatal. La influencia de Jessup afortunadamente subsiste, pero será difícil que prospere la instauración de un Derecho Transnacional que es probablemente el camino más adecuado para acceder a un Estado de Justicia que afecte a toda la comunidad social. Esto conduce a un dilema sobre la conveniencia o inconveniencia de la globalización del Derecho respecto de una comunidad social que no es una sola, en muchos respectos, ya que en ella conviven diversos sistemas de ideas y creencias, etnias, lenguas, costumbres, hábitos, etc. que no son fácilmente homogenizables e incluso ni siquiera es recomendable que se intente homogenizarlos. Pero



que, sin embargo, desde un particular punto de vista se está haciendo, me refiero a la influencia de la tecnología que ha convertido al planeta en una Aldea Global.

Sin embargo, son otros los referentes que impulsan y justifican un proyecto globalizador del derecho con vistas a un Derecho Transnacional. Me refiero a los aspectos coincidentes entre los seres humanos que justifican hablar de una sola especie. Más allá de usos y costumbres, coincidencias encontradas por antropólogos de la talla de Frazier y Levi-Strauss, que suscriben una estructura humana profunda y común. Como también, a la universalidad de los problemas humanos. Es decir, la comunidad de encuentros y desencuentros justifica una legislación común, una suerte de ordenamiento jurídico de tal modo abarcador, que sea capaz de abordar los problemas de la especie en su conjunto. En suma, un Derecho Transnacional, pero asentado en un "Estado de Justicia" y no en un "Estado de Derecho".

Probablemente uno de los escollos más difíciles de superar será el de la soberanía nacional, uno de los argumentos más fuertes de sustentación de

los Estados, amén de ser uno de los elementos más contundentes para el manejo del poder.

Yo creo que ese Derecho Transnacional es posible, y será una de las metas en el próximo siglo, primero del próximo milenio, para lograr un nuevo orden mundial.

Para poner en orden los datos que deben ser utilizados en el camino hacia la solución (metodos) del problema, es decir, para instaurar un Derecho Transnacional, usaré las preguntas kelsenianas y las reflexiones jessupianas.

¿Existe realmente una comunidad jurídica universal? Si la especie humana es una sola y si, además, las apreciaciones antropológicas más recientes y vigentes son correctas, y yo creo que lo son, entonces, hay una gran comunidad social (relativa al hombre), no sólo fenotípica (rasgos y gestos), sino que también espiritual, ha tendido desde el principio a vivir en grupos que van desde la familia, pasando por la tribu hasta llegar al Estado, se comunica mediante lenguaje (habla), crea religiones, hace ciencia, crea tecnología, rinde culto a la muerte, tiene un sistema de valores (bien, mal).

En suma, es un ser histórico que se ha deslizado en el tiempo de cultura en cultura.

Entre esas culturas hay suficientes puntos de coincidencia, que permitirían hablar de una comunidad universal, uno de esos puntos es precisamente "un conjunto de normas" destinadas a regir la conducta social correspondiente a lo que acostumbramos a llamar DERECHO.

¿Existe realmente una comunidad jurídica universal?

La tecnología actual, permite a cualquiera, poder desplazarse con bastante facilidad a lo largo y ancho de los cinco continentes. Aviones, barcos, ferrocarriles, autobuses, automóviles, así lo permiten. Sin embargo, al cruzar las fronteras naturales o artificiales que delimitan países y continentes, es necesario exhibir un documento que permite la autorización para deambular por el mundo, me refiero al **pasaporte**, documento que se extiende en el país de origen del viajero, al que se suma una autorización específica de los países o continentes que se visita, este nuevo documento se llama **visa**. Ambos tienen un carácter expresamente jurídico.

Este sencillo ejemplo, permite responder afirmativamente la pregunta kelseniana.

Este mismo ejemplo podemos ampliarlo y registrar situaciones conflictivas, es decir, el hecho de que se niegue la autorización a un extranjero para ingresar a un territorio, no se otorgue visa, o que se niegue o impida que un nacional salga al extranjero. Este ejemplo, muestra que las Tribus, Reinos o Estados, no pueden ni deben vivir aislados, como si pertenecieran a distintos planetas.

Hay una multitud de órdenes operando sobre la especie humana dispersa sobre el planeta que tiende a vincularla. Entre esos protocolos, creo que el más significativo es el jurídico. Creo que se puede decir, sin temor a equivocarse que hay un **efecto mariposa** en el dominio de lo social, sólo que a diferencia del original, este es inducido.

Es tal la universalidad de los problemas humanos, que por decirlo en la nomenclatura aristotélica: "nos une lo que nos separa y nos separa lo que nos une". En consecuencia, hay sobradas razones para responder afirmativamente la tercera pregunta formulada por Kelsen. ¿Es posible concebir

tanto el derecho internacional positivo como el derecho positivo de los diferentes Estados como un orden jurídico universal?

Creo que podemos dar otro paso, e ir más allá de lo pretendido por Kelsen y posteriormente refrendado por Jessup, todo esto en alguna medida heredado de Kant, y hablar de la posibilidad de implementar un "ordenamiento jurídico transnacional".

Pero veamos algunos asuntos que, por amplia cobertura, son más fácilmente universalizables. La comunidad social, desde los albores se ha movido dentro de una dinámica que queda muy bien retratada en la **dialéctica de la guerra y la paz**. El tema permitió una teorización por parte de Hugo Grocio quien lo traduce en su obra "De Jure Belli et Pacis", como también, es el motivo central de la novela de León Tolstoi "La guerra y la paz".

Esta dialéctica de la guerra y la paz, podría encontrar la síntesis en un: Acuerdo, Pacto, Convenio o Tratado, que por cierto, sería ocasional. Lo conveniente es desarticular esta dicotomía para eliminar uno de sus polos, la guerra, e intentar como lo quería Kant una **Paz perpetua**.

La historia de la humanidad muestra lo contrario. Desde la primavera de la Cultura Occidental, hay claras señales que manifiestan esa tendencia bélica al parecer ancestral y congénita de la especie humana. Lo plantea Anaximandro discípulo de Thales de Mileto al comienzo de la Filosofía griega, en su célebre fragmento: “.....Porque ellos (los seres) pagan pena de expiación por delitos cometidos recíprocamente, y según un cierto orden del tiempo”. Está en una de las más célebres sentencias de Heráclito “Polemos pather panton” (La guerra es el padre de todas las cosas).

La historia del hombre es la historia de sus guerras. Por eso, es más importante preguntarse ¿por qué se ocasionan las disputas permanentemente entre los hombres? ¿cuál es la clave de sus conflictos?.

Yo creo que la diversidad, ya que no obstante, tratarse de una sola especie, la humana, sin embargo, las diferencias entre sus miembros, que son muchas, complotan contra las posibilidades de establecer una unidad de la comunidad social. Diferencias étnicas, lingüísticas, religiosas, tecnológicas, económicas, etc, estas dos últimas han permitido un ma-

yor acceso al poder y desde éste se ha configurado una situación o estado de cosas, que sido la palanca principal de discriminación y desequilibrio entre los miembros de una misma especie, la humana, que en las postrimerías del siglo XX, registra una división entre primer y tercer mundo, o entre países ricos (los menos) y pobres. Con ello se arrastra la decimonónica distinción de razas, por cierto ficticia, pero fecunda para el tema de la discriminación social, absolutamente vigente en este tecnologizado siglo XX, que acaba de expirar.

Resulta inadmisibile que dado el poder que confiere la tecnología al hombre moderno, se produzcan en diferentes rincones del planeta, situaciones más propias del hombre de las cavernas.

Me refiero a la muerte por hambruna de miles de niños biafranos, la extinción o mejor dicho, el exterminio de los kurdos, la destrucción de Yugoslavia, o las torturas y asesinatos masivos y selectivos en las dictaduras latinoamericanas, etc.

La proliferación de máquinas inteligentes, diseñadas y fabricadas para mejorar la calidad de vida de la comunidad social en su conjunto, sólo

Los discretos logros de organizaciones multiestatales como la Organización de Estados Americanos (OEA) o la Organización de Naciones Unidas (ONU), se han visto largamente superados por los exitosos logros de la unión de algunos Estados europeos en la actual Unión Europea (UE), que comenzara en la década de los años cincuenta a instancias de Konrad Adenauer por aquel entonces, Canciller Federal de la República Federal alemana y, de Jean Monet ministro de Economía de Francia, con sólo seis miembros en lo que se conoció como Mercado Común Europeo consolidado en el Tratado de Roma, encabezado y liderado por Alemania y Francia. Hoy al cabo de prácticamente medio siglo de acuerdos, convenios, encuentros, se ha terminado por configurar una verdadera potencia económica y cultural compuesta por 15 Estados, once de los cuales acordaron e implementaron ya, una moneda común, el e u r o, del que se espera igual o mayor solidez que el dólar norteamericano.

Con un Parlamento Común que empieza a alcanzar el protagonismo esperado. Estos logros, sin embargo, no han sido fáciles, esencialmente porque algunos de sus miembros, no terminaban de ceder un protagonismo que es lo que estaba impidiendo que la Unión fuera en efecto eso, una auténtica unión.



Me refiero a países como: Alemania, Francia o Inglaterra, esta última una de las importantes marginaciones del euro por ahora. Pero, incluso está abierto el camino para integrar 15 nuevos Estados europeos a la Unión, entre ellos aceptados ya en 1997 están: Polonia, Hungría, República Checa, Eslovenia, Estonia y Chipre, además de los recientemente aceptados en la cumbre de Helsinki, es decir, Lituania, Letonia, Malta, Rumania y Bulgaria.

El sistema imperante en toda la UE es la democracia, por tanto, entre sus fundamentos axiológicos, está definida la defensa de los Derechos Humanos. El Parlamento Común está compuesto por miembros de todos los Estados elegidos por sufragio universal en votación popular, además a partir de este nuevo siglo (XXI) asume una representatividad real más concreta y hegemónica. A esto hay que agregar, una Corte Internacional de Justicia en La Haya y la recientemente creada Comisión de Política Exterior y Seguridad Común (PESC) encabezada por el español Javier Solana, hasta ayer, Secretario General de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), el ejército común de la Unión Europea.

Este es un caso concreto, en el cual, para lograr una unión en armonía, particularmente los Estados más poderosos (Alemania, Francia, Inglaterra) debieron ceder mucho terreno en el tema de las soberanías nacionales para abrir una soberanía compartida. El tema prioritario para la UE es el de la integración que debe producirse sin contratiempos, ya que eso supone una ampliación, pero también implica la abolición de los controles aduaneros y las políticas de inmigración. En los hechos, tenemos que se trata ya de un conglomerado que supera los 370 millones de personas, más un territorio cuyas fronteras se han ampliado en términos muy significativos.

Incluso cabe señalar que, después de 36 años intentándolo, finalmente se acordó en Helsinki para Turquía abrir la condición de "candidato" a ser miembro de la UE. Esta aceptación reviste gran importancia, pues con ello se rompe un tabú, ya que se acepta la incorporación de un Estado musulmán, lo que significa abrir las fronteras de la UE al continente asiático.

En suma, este ejemplo, tan reciente y tan cercano, es una muestra de que cabe la posibilidad

cierta de que la integración pueda ser global, y, en consecuencia, se pueda establecer a la larga un **Ordenamiento Jurídico Transnacional** apoyado en un **Estado de Justicia**.

Este último punto es muy importante, en el sentido de establecer las diferencia entre un Estado de Justicia, necesario a la brevedad y un Estado de Derecho, que es lo que existe.

Más allá de la objeción específica, que hace el propio Kelsen a la legitimación mutua y simultánea entre Derecho y Estado:

Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho.

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

La negativa de la Teoría pura para legitimar

el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible.

Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar al Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna.

Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo" (Kelsen, Teoría pura del derecho).

Un Estado de derecho, se convierte, en los hechos, en el imperio de la ley, y si cumple con los criterios básicos que Kelsen exige en su Teoría pura del derecho, es decir, validez y eficacia, puede en función de esos elementos generarse un cuerpo jurídico perfectamente injusto, y eso no lo convierte en anti jurídico, además abre un capítulo a la arbitrariedad que por este camino llega a legitimarse. Ejemplos hay muchos y muy contundentes: **la esclavitud** regulada extensamente al interior del De-

recho Romano, el Apartheid en Sudáfrica, los Decretos-leyes en las dictaduras latinoamericanas, etc, son una muestra fehaciente de este peligro.

En un Estado de Justicia, aunque el concepto (Justicia) ofrezca las dificultades hermenéuticas que conocemos, sin embargo, es una opción mucho mejor, si tan sólo se recurre a referentes como el sentido común.

Las materias a regular al interior de un “Ordenamiento Jurídico Transnacional” son muchas y crecerán cada vez más. Se debe contar con una amplia diversidad de costumbres, religiones y creencias, antecedentes todos ellos capaces de complicar en grado sumo un proyecto de “Derecho Trans-nacional”. Sin embargo, los criterios que inspiran los mecanismos reguladores de lo jurídico son pocos y son los mismos: territorio, persona, derecho público, derecho privado, etcétera. Hay cierta universalidad de los problemas humanos, en tanto la Humanidad es una sola. La potestad de intervención en los problemas tiene directamente que ver con el tema de la jurisdicción y este a su vez con el de la soberanía. Esta última, admite una interpretación micro o macro jurídica, así como personal o estatal.

En un Derecho Transnacional, esta es una materia que se puede flexibilizar en términos adecuados y suficientes. Por último, la elección del derecho que rija los problemas se simplifica bastante con un "Ordenamiento Jurídico Transnacional".

En cuanto a los aspectos coincidentes, estos alcanzan un porcentaje significativo a la luz, por ejemplo, del derecho comparado, es decir, las Constituciones Políticas, por tomar un cuerpo jurídico, coinciden en muchos más puntos que los que discrepan. De una manera similar al caso de los "Derechos Humanos" que tienen una manifestación jurídica común en todas las legislaciones que los recogen, se puede establecer la base de los consensos necesarios para la implementación de ese "Derecho Transnacional", pero descansando en un "Estado de Justicia".

Creo que al dar un salto de esta envergadura, el género humano caminaría hacia **un nuevo orden mundial**, capaz de otorgar el equilibrio necesario entre los miembros humanos de este planeta.

## EJERCICIOS

## **VALIDEZ Y EFICACIA**

La validez tiene que ver con el origen de la norma, es decir, el modo particular de su existencia.

Para Kelsen los criterios que determinan que una norma sea positiva son espacio y tiempo, ya que su postura es abiertamente kantiana, de manera que estos criterios son fundamentales, dado que una norma positiva existe cuando es válida, y debe serlo de una manera especial, es decir, creada por un acto espacio-temporal y esté destinada a regular conductas de individuos que actúen en un medio espacio-temporal. Y son justamente estos criterios (espacio y tiempo) los que limitan la validez. Así el espacio se traduce en el alcance territorial de una norma:



En la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE DE 1980

Capítulo II

NACIONALIDAD Y CIUDADANIA

Artículo 10. Son chilenos:

1° Los **nacidos en el territorio** de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena;

2° Los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, hallándose cualquiera de éstos en servicio de la República, quienes se consideran para todos los efectos **como nacidos en el territorio chileno**;

3° Los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, **por el solo hecho de avecindarse por más de un año en Chile**.

En el caso de la nacionalidad, el referente principal que conduce al **ius solis** (derecho del suelo) es precisamente espacial, ya que se trata del territorio, es en función de éste que se determina la nacionalidad: chilena, francesa, argentina, portuguesa, ugandina, turca, egipcia, etc. Incluso el *ius sanguinis* tiene como referente último el territorio, que es el que determina la nacionalidad de los padres.

Es en función de un referente espacial, es decir, territorial, que se determina el dominio territorial (lo que serán sus fronteras) y justamente dentro de éstas opera el ordenamiento jurídico o derecho nacional, enmarcado en la Constitución Política de la República. Esta en su Capítulo III, de los derechos y deberes constitucionales, en su artículo 19, inciso 2°, sostiene:

**“La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre.”**

Es decir, el efecto de la ley **por el sólo hecho de ingresar dentro de las fronteras de nuestro territorio es instantáneo.**

Como es sabido, y aunque resulta evidentemente una aberración, en pleno siglo XXI, existe todavía en algunos lugares del planeta, incluso en América Latina, esclavitud, formal y real. Pues bien, si uno de esos esclavos fuese traído a Chile de manera clandestina, por el sólo hecho de pisar nuestro territorio dejaría de ser esclavo y se convertiría automáticamente en un hombre libre. De cumplirse este hipotético ejemplo, el elemento gravitante que lo posibilitaría sería precisamente el territorio que es uno de los mecanismo para determinar dónde y cuándo se aplica la ley.

En el Capítulo III, de la Constitución Política

DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES

Artículo 19.

La Constitución asegura a todas las personas:

7° El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

- a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, **a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;**
- b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida, **sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.**

En este otro artículo de la Constitución se alude al territorio, pero también a mecanismos y

## En el Código de Procedimiento Penal

### Título I

#### De la jurisdicción y competencia en materia penal.

Artículo 1º Los Tribunales de la República ejercen jurisdicción sobre los chilenos y sobre los extranjeros para el efecto de los delitos que se cometen **en su territorio**, salvo los casos exceptuados por leyes especiales, tratados o convenciones internacionales en que Chile es parte o por las reglas generalmente conocidas del Derecho Internacional.

Artículo 2º No se aplicarán en el **territorio nacional** las leyes penales y de procedimiento de **otros países**, sin perjuicio de su consideración previa cuando sea necesaria para determinar la aplicación de las leyes patrias.

En estos artículos del Código de Procedimiento Penal, la **jurisdicción**, es decir, la autoridad para gobernar y hacer cumplir las leyes guarda gran simetría con el territorio en que ejerce sus facultades el juez.

En éstos artículos la jurisdicción puede, desde el territorio como referente, ser usada a modo de inclusión, cuando se trata del propio ordenamiento, y por exclusión cuando se trata de otros ordenamientos jurídicos.

La competencia en materia penal está estrechamente vinculada al territorio, tanto en el sentido de incluir, como dice el Artículo 1°, que indica claramente que los Tribunales de la República **ejercen jurisdicción** sobre chilenos y extranjeros por delitos cometidos **en su territorio**.

Pero, también, de manera expresa se excluye la jurisdicción de los ordenamientos de otros países. Es decir, aquellos que se ejercen en **otros territorios** no serán válidos en el territorio nacional.

En este segundo caso el **territorio nacional**, es el referente usado para excluir jurisdicción y competencia de las leyes penales y de procedimiento de **otros países** (o sea, de otros territorios).

En ambos casos se indica que caben salvedades, y cuáles pueden ser.

## En el Código de Procedimiento Penal

### Título VI

#### DE LA EXTRADICIÓN

##### 1. De la extradición activa

Artículo 635 (683). Cuando en la instrucción de un proceso resulte comprometido un individuo que se encuentre en país extranjero como inculpa-do de un delito que tenga señalada en la ley una pena privativa de libertad que en cualquiera de sus grados exceda de un año, el juez de la causa elevará los antecedentes a compulsar a la Corte Suprema de Justicia, a fin de que este tribunal declare si debe pedirse la extradición del procesado al Gobierno del país en el que actualmente se encuentre. En este caso el juez podrá procesar al inculpa-do ausente, sin necesidad de oírlo y sólo desde que estén acreditados los requisitos del Artículo 274.

El procurador de turno deberá ser notificado del auto de procesamiento.

El mismo procedimiento se empleará en los casos enumerados en el artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo 636 (684). Para que el juez de primera instancia eleve los autos a la Corte Suprema, será necesario que se haya dictado previamente auto firme de prisión o recaído sentencia firme contra el acusado cuya extradición se pretende.

Deberá también constar en el proceso el país y lugar en que el procesado se encuentre en la actualidad.

## 2. De la extradición pasiva

Artículo 644 (692). Cuando el Gobierno de un país extranjero pide al de Chile la extradición de individuos que se encuentren aquí y que allá están procesados o condenados a pena, el Ministro de Relaciones transmitirá la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema.

Si el Ministro, en virtud de tratados con la nación requiriente, hubiere hecho arrestar al procesado, lo mandará poner a disposición del Presidente de la misma Corte.



Artículo 645 (693). Recibidos los antecedentes, corresponderá al Presidente de la Corte Suprema conocer en primera instancia de la solicitud de extradición.

En términos más bien simples o pedestres, **la extradición** apunta o indica una situación específica: la entrega de un reo *refugiado en país extranjero* al gobierno del suyo que lo reclama.

El referente básico y necesario para establecer esta figura penal es claramente **el territorio**.

El ser nacional o extranjero es una relación que se establece y se distingue precisamente en función de un territorio, pero entendido éste desde un criterio administrativo. Quiero decir que, en los albores de la civilización, el homínido que luego sería el *homo sapiens sapiens*, al igual que los animales deambulaba en un territorio común y sin fronteras.

Ya desde la época de la Tribu se comienza a delimitar o definir territorios como propios y su invasión no autorizada dió pie a múltiples guerras. La conquista de territorio se convierte a poco andar en un leitmo-

Esa situación conforma lo que se llama **extradición activa**, y en la cual se establece en función del territorio una relación de inclusión entre la persona (en tanto nacional) y su territorio, para que responda por sus responsabilidades penales.

La otra situación, es decir, cuando un extranjero se encuentra en un territorio como tal, en el nuestro (Chile) por ejemplo, y es reclamado por su Gobierno para que responda por una responsabilidad penal en su propio territorio (en la condición de nacional) se configura entonces lo que se llama **extradición pasiva**.

Lo que me interesa destacar es la función preponderante que juega el territorio (referente espacial) que permite a Kelsen definir el derecho positivo, como tal, en virtud de su condición espaciotemporal.

El tiempo también juega un papel fundamental, en la regulación que hace al interior de la comunidad social el "ordenamiento jurídico" en terminos de: duración, plazos, irretroactividad, etc.

En el CODIGO PENAL chileno.

Libro Primero

Título I

DE LOS DELITOS Y DE LAS CIRCUNSTANCIAS  
QUE EXIMEN DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL,  
LA ATENUAN O LA AGRAVAN.

1. De los delitos.
2. De los límites, naturaleza y efectos de las penas.

Artículo 25. Las penas temporales mayores duran de cinco años y un día a veinte años, y las temporales menores de sesenta y un días a cinco años.

Las de inhabilitación absoluta y especial temporales para cargos y oficios públicos y profesiones titulares duran de tres años y un día a diez años.

Las de inhabilitación absoluta y especial temporales para cargos y oficios públicos y profesionales titulares duran de tres años y un día a diez años.

La suspensión de cargo u oficio público o profesión titular, dura de sesenta y un días a tres años.

Las penas de destierro y de sujeción a la vigilancia de la autoridad, de sesenta y un días a cinco años.

La prisión dura de uno a sesenta días.

Este catastro de penas muestra de manera clara la presencia imprescindible del factor temporal, sin el cual no se podrían establecer dichas penas.

En el CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO que a partir de 1928 pasa a llamarse:

CODIGO DE BUSTAMANTE.

en el Título Preliminar

### REGLAS GENERALES

Artículo 3º. Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

- I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.
- II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.
- III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

Artículo 7º. Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante en su legislación interior.

En estos nuevos ejemplos, vemos que los referentes principales son los mismos y este es un fenómeno que se repite en las diversas legislaciones y que permite emparentar a los distintos “ordenamientos jurídicos”

Es decir, espacio, tiempo y persona, que aparecen vinculados desde el punto de vista de la conducta jurídica a expresiones como: territorio, nacionalidad, voluntad o plazo.

En suma, cuando Kelsen habla de derecho positivo y plantea que lo que hace positivo al derecho y susceptible, por tanto de tener un objeto propio y privativo, que en última instancia lo convierte en una ciencia, es su condición de espacio-temporalidad y que sus acciones al ser libres, funcionen por el mecanismo de la imputación y no de la causalidad.

La **Teoría pura del derecho**, presenta al derecho con un nivel de independencia, después de su

depuración, que le otorga un estatuto propio y por ese camino la calidad de ciencia, cuyos referentes principales son: la validez, la eficacia, la imputación, un punto de partida hipotético (Norma Hipotética Fundamental: "Obedece al primer legislador") que es el fundamento de todo el edificio jurídico positivo que se configura y consolida a partir de la Constitución Política transformada en el marco teórico positivo.

**APÉNDICE I**

**ALGUNOS CAPÍTULOS DE  
"LA TEORÍA PURA DEL DERECHO"**

**GLOSADOS  
(CAPÍTULO III - IV - V - VIII  
XI Y XII)**



# APÉNDICE I

## CAPITULO III

### DEFINICIÓN DEL DERECHO

#### 1. EL POSITIVISMO JURIDICO DEL SIGLO XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filo-

*Oposición de Teoría pura y Teoría tradicional del derecho*

sofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias, de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica

*El derecho se hace positivo en la medida que es condicionado por tiempo y lugar.*

positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en alguna medida por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídi-

ca no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

## 2. EL DEBER SER COMO CATEGORÍA<sup>1</sup>

### a) *El deber ser considerado como idea trascendente*

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas, no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el

*Distinción entre norma moral y norma jurídica.*

---

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

valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

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

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

*La Teoría pura separa claramente la norma jurídica de la norma moral.*

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión «debe ser» está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mági-

co-metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en

*Kant demostró que la causalidad no corresponde a una idea trascendental sino una categoría gnoseológica para comprender la naturaleza.*

la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el «sollen», una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

*La Teoría pura transforma el "deber ser" en categoría lógica y no axiológica.*

*c) Retorno al derecho natural y a la metafísica*

A partir de la conmoción social provocada por la primera guerra mundial, la teoría tradicio-



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

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

### **3. EL DERECHO COMO ORDEN COACTIVO**

#### *a) La sanción*

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

*La sanción es la patentización del Derecho como Orden coactivo.*

ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

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

*No hay sanciones prescritas para los actos inmorales.*

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar, la mala cosecha, son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan que el alma será castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el

*La Religión sí contempla sanciones, pero estas provienen de la divinidad.*

derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado. La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal

*El Derecho aparece como un orden coactivo que prescribe sanciones socialmente organizadas.*

condición se haya cumplido. Con esta labor no sólo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

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

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho son idénticas a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero en

cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto, la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de naturaleza.

b) *El derecho es una técnica social*

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un

*Considerado como fin, el Derecho es una técnica social que induce conductas jurídicas.*

acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, sólo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como

*Las Normas Jurídicas sólo caben respecto de la conducta humana*

consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

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



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

La técnica específica del derecho, que consiste -recordémoslo- en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

*El Derecho no es un fin en sí mismo. sino que un medio.*

---

2 Ver pág. 142.

c) *El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza*

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

*El Derecho ejerce el Monopolio del uso de la Fuerza Legítima.*

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecu-

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

*d) Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas*

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

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construídas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condi-

*La Norma fundamental sustenta todo el Edificio Jurídico*

ción y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente.

Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

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

#### **4. NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA**

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la

*La Norma Jurídica consta de dos partes: Norma Primaria y Norma Secundaria.*

conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

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

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

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por ejemplo: «El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión.» Aquí tene-

mos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

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

*La Norma primaria contiene la sanción.*

*La Norma Secundaria contiene la imputación.*



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

*Hay identidad entre la Norma Primaria y Secundaria.*

## CAPITULO IV

### LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

#### 1. OBLIGACIÓN JURIDICA Y OBLIGACIÓN MORAL

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. De-

*Hay que distinguir entre obligación moral y obligación jurídica.*

cimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

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

Como ya lo hemos visto<sup>1</sup>, el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay

*Si no hay sanción por un acto contrario a lo prescrito ese acto no es ilícito.*

---

<sup>1</sup> Ver pág. 76.

verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una obligatio naturalis, opuesta a la obligatio juris. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba <sup>2</sup>.

## **2. ¿PUEDE CONCEBIRSE UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA SIN SANCIÓN?**

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones

---

<sup>2</sup> Ver pág. 75.

un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciaría así: «Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución». La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

*Si una norma jurídica no tiene sanción e indica una obligación, entonces es equivalente a una norma moral.*

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por

un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

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

*La coacción es un elemento esencial del Derecho*

cial existente entre el derecho - como técnica social específica- y los otros órdenes sociales. El derecho es el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba<sup>3</sup> entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el su-

---

3 Ver pág. 76.

puesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

### **3. OBLIGACIÓN E IMPUTACIÓN**

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica



puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción. Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una san-

*Una conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.*

ción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

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

nacional general si se abstiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen si-

*Siempre habrá sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica.*

quiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la vendetta, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

*La venganza no puede ser una obligación jurídica.*

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la vendetta, de la misma manera que el derecho internacional general impone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos

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

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo debe ejecutar un acto

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

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

*La regla de Derecho que indica que en ciertas condiciones un individuo puede ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la opción a que esto sea autorización u obligación.*

---

4 Ver nota de la pág. 66.

## **CAPITULO V**

### **EL HECHO ILÍCITO**

#### **1. ¿ES EL HECHO ILICITO LA NEGACION DEL DERECHO?**

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

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



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

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

*Para la teoría pura un hecho es ilícito cuando es la condición de una sanción.*

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

## **2. ¿ES EL HECHO ILÍCITO LA CONDUCTA DEL INDIVIDUO CONTRA EL CUAL ES DIRIGIDA LA SANCIÓN?**

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un

contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción en caso de incumplimiento de un contrato está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta? Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros indivi-

duos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de vendetta, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.

## **CAPITULO VIII**

### **EL DUALISMO EN LA TEORÍA DEL DERECHO Y SU ELIMINACIÓN**

#### **1. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO**

##### *a) El error lógico de la doctrina del derecho natural*

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

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

*El derecho natural comete un error lógico al adjudicar a la naturaleza características teleológicas que la convierten en un supra ser con voluntad e inteligencia.*

lador supremo<sup>1</sup>.

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

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se

---

<sup>1</sup> Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado «The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science», aparecida en *The Western Political Quarterly* (Universidad de Utah, vol. 2, 1949, págs. 481-513)

comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, crea-

*El Derecho Natural  
si quiere ser cohe-  
rente debe recono-  
cer su origen divi-  
no*



do por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

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

*Toda doctrina del Derecho Natural tiene carácter religioso, de manera que, pretender deducirlo de la razón humana es darle un carácter seudorracionalista.*

2 Cf p. ej., HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, pr. 12; lib. I, cap. I sección 10; THOMAS HOBBS, *Leviathan*, I, cap. 15; SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, libro II cap. 3, sección 20.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquéllas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

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

*Hay una actitud animista en el Derecho Natural.*

Como ya lo expresamos más arriba<sup>3</sup> una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor

---

3 Ver pág. 19.

representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

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

*El ser y el deber  
ser sólo coinciden  
en el seno de la  
voluntad divina.*

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

b) *Las contradicciones de la doctrina del derecho natural*

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

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de

*El Derecho Natural pretende que el Derecho Positivo que reputa de humano e imperfecto encuentre su justificación y validez en el derecho natural.*

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

*Los teóricos del Derecho Natural insisten en la necesidad de que haya un Derecho positivo pero lo hacen depender del derecho natural.*

Si el derecho positivo extrae

su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legislativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Esta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible<sup>4</sup>, o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo<sup>5</sup>; Para eliminar

*Para algunos teóricos del derecho natural como Hobbes es imposible un conflicto entre derecho natural y derecho positivo.*

4 Hobbes, De Cive, cap. XIV, pr. 10.

5 PUFENDORF, op. cit., lib. VIII, cap. I, sección 2.



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

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hacen la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consis-

---

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

te en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

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

*La justicia desde el derecho natural se define diciendo que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que es debido según el derecho positivo (que para los jusnaturalista esta en manos del Estado).*

sistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada<sup>7</sup>.

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

*La vigencia del derecho positivo dura hasta que el legislador lo adapta al derecho natural.*

<sup>7</sup> PUFENDORF, op. cit., lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5.  
INMANUEL KANT, Die Metaphysik der Sitten. Gesammelte Schriften heraus gegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, vol. VI pág. 520.

do al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte, pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda reforma legislativa<sup>8</sup>.

C) *Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural*

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la for-

*Locke y Hobbes se contraponen respecto al poder del gobierno deducido de la naturaleza. Para el primero es esencialmente limitado (Locke). Para el segundo es esencialmente ilimitado (Hobbes).*

---

8 BENEDICTUS WINKLER, *Principiorum iuris libri quinque* 1615.

ma natural de gobierno<sup>9</sup>. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y solo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes<sup>10</sup>. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado<sup>11</sup>; Hobbes ha extraído el principio contrario<sup>12</sup>.

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

---

9 JOHN LOCKE, *The Second Treatise on Civil Government*, capítulo VIII, pr. 99.

10 ROBERT FILMER, *Patriarcha*, cap. II, pr. I.

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

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

sentantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

*Para jusnaturalistas como Kant y Grotius la propiedad privada es un derecho sagrado.*

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo. Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> GROTIUS, op. cit., lib. II, cap. 2.

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

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho,

*Para los teóricos del derecho natural la principal función del Estado (derecho positivo) es la de proteger la propiedad privada.*

14 RICHARD CUMBERLAND. De legibus naturae, 1672, cap. I, pr. 27; cap. VII, prs. 2 y 9.

que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza<sup>15</sup>. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

*La propiedad termina teniendo un valor más grande que el de la vida.*

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la

*El derecho natural que inspire cualquier teoría política resultará contrapuesta a cualquier doctrina que profese la comunidad de la propiedad.*

---

15 LOCKE, op. cit., cap. XI. prs. 138 y 139.



naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*<sup>16</sup>. Atribuida primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Babeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

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

---

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

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

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

---

17 Libro III. (N. del T.)

## 2. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

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

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inminente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también

*Se puede establecer un paralelo entre derecho objetivo y subjetivo y entre derecho público y privado.*

a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

a) *La noción de derecho subjetivo*

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo

*Homologar derecho objetivo y derecho subjetivo es crear una contradicción en la teoría del derecho.*

un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultado de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influen-

*El derecho objetivo como orden estatal evoluciona hacia un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos nacidos en forma independiente.*

cia considerable en la formación de las nociones de la teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: «Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que éstos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo»<sup>18</sup>

---

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

b) *La noción de sujeto de derecho o de persona*

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

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho

*La noción de sujeto de derecho o persona se vincula estrechamente al derecho subjetivo, un ejemplo típico de él, es el propietario.*

objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es por esencia la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: «La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad<sup>19</sup>»

*El hombre es sujeto de derecho porque tiene voluntad y eso le va a permitir ser libre.*

C) *Función ideológica de las naciones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho*

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en

---

19 G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 7ª ed., 1871, vol. I, pags. 4, 6 y 8: «Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas zu bestimmen... Der Mensch ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm; jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat.»



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

*El derecho objetivo atribuye al contrato la calidad de hecho creador de derecho.*

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone lími-

tes infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo -que no sería menos, sino que éste, un verdadero derecho- se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reservado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un siste-

ma de normas que no reconozca libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que las personas y los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza

*Para Hegel la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad.*

en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la de propiedad<sup>20</sup>. Hegel llega a decir: «La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados»<sup>21</sup>. Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

*Hegel defiende la propiedad privada.*

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

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

d) *La noción de relación jurídica*

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

*Los representantes de la doctrina jurídica tradicional enmascararon en la teoría de las relaciones jurídicas su posición lusnaturalista.*

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

*La propiedad es el derecho real por excelencia.*

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que, de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una «explotación». En rigor de verdad, la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehusa a admitir que el derecho subjetivo del propietario sólo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo. Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídi-

*En verdad, la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho que en función del derecho objetivo deben respetar los derechos del propietario.*

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

### **3. REDUCCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO AL DERECHO OBJETIVO**



a) *El deber jurídico*

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coac-

*La teoría pura homologa el deber jurídico a la norma jurídica.*

ción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero sólo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

*La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico.*

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

que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

*b) El derecho subjetivo*

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

*El derecho subjetivo tiene sentido para la teoría pura sólo cuando cabe sanción emanada de un individuo cuando éste manifiesta su voluntad de querrela o acción judicial por haber sido lesionado por un acto ilícito.*

riedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

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

Después de haber analizado así la noción de derecho entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabi-

*La reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo hecho por a teoría pura, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones según Kelsen.*

lidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

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

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta «voluntad» se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la «voluntad del Estado» personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

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

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los

*La participación en la formación de las leyes no cabe en un Estado autocrático. Si cabe en los estados democráticos y puede ser directa o indirecta.*

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

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma

Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

*Cabe reunir en una sola noción los derechos subjetivos del derecho privado y los derechos políticos.*

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo sólo

*El derecho subjetivo debe estar en función del deber jurídico.*



aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

#### 4. LA NOCIÓN DE PERSONA

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

*La persona para la teoría pura sólo designa un haz de derechos y obligaciones y no un ente físico.*

##### a) *La persona «física»*

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia

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

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la

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

*La teoría pura rechaza la homologación que hace la teoría tradicional entre hombre y persona.*

y mismo individuo.

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expre-

*La teoría pura rechaza el concepto de persona porque sostiene que el derecho no regula personas sino que regula conductas.*

sión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona, es pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) *La persona «jurídica»*

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

*La distinción de persona física y persona jurídica no tiene sentido para la teoría pura, porque el derecho no regula personas sino conductas.*

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

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que «tiene» sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de nor-

mas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

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

*Para la teoría pura tanto la persona física como la jurídica carecen de realidad, sólo las conductas humanas regulables por el derecho son reales.*

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

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo.



Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica, únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

*El elemento objetivo de una conducta jurídica es normalmente una acción o una omisión.*

*c) La imputación de un acto a una persona jurídica*

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no,

como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Sólo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada, El individuo que interviene como órgano sólo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos,

*Aquí imputación significa la atribución de hechos cumplidos por un individuo en el contexto jurídico.*

pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos<sup>22</sup>.

d) *La responsabilidad de la persona jurídica*

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obli-

---

22 Ver pág. 17.

gada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad individual de sus miembros, sino contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros. Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de

las características de las personas jurídicas del derecho privado.

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

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues si el Estado no puede violar su

*El Estado no es imputable a título personal en un orden jurídico nacional. Sí lo es, en cambio en el derecho internacional porque si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, sí puede violar otro.*

propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos<sup>23</sup>.

## 5. CARÁCTER OBJETIVISTA Y UNIVERSALISTA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Al despojar de esta manera de todo elemento metajurídico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos relaciones establecidas por normas jurídicas entre individuos, o más exactamente

*Al registrar el derecho conductas y no personas, de acuerdo a la Teoría pura, las nociones de derecho subjetivo o sujeto de derecho resultan metajurídicas y deben ser depuradas.*

<sup>23</sup> Ver págs. 202 y 203.

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



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

*La Teoría pura es objetivista y universalista y ve en el derecho un sistema de normas que debe resolver los problemas jurídicos dentro de un orden normativo.*

## CAPITULO XI

### LOS MODOS DE CREACION DEL DERECHO

#### 1. FORMACION DEL DERECHO Y FORMA DEL ESTADO

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

*La teoría del orden jurídico es la dimensión dinámica del derecho.*

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

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado

se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias

*Al ser el Estado el responsable de la creación del derecho en su grado superior se suele homologar con la Constitución Política.*

judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

## **2. DERECHO PUBLICO Y DERECHO PRIVADO**

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

*La diferencia esencial entre derecho privado y público es que el primero establece, es decir, regula relaciones entre pares (privado) en tanto que el segundo establece relaciones de poder entre el Estado y sus súbditos.*

entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

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

*Los individuos que actúan jurídicamente en representación del estado, pueden dictar normas obligatorias, que pueden representar declaraciones unilaterales de voluntad. Esto corresponde al derecho público. En el privado, en cambio, el mecanismo utilizado es el contrato.*

cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, es decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

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

### **3. FUNCION IDEOLÓGICA DEL DUALISMO DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO**

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho pri-

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

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relati-

*La teoría pura desde su visión universalista, puede ver un acto del Estado tanto en un contrato como en una sentencia.*



va e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

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

*La teoría pura tiende a homologar derecho y Estado, mientras que la teoría tradicional los distingue y opone.*

cho: en el derecho privado aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la finalidad del Estado en el marco de la ley y aún contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

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

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

*Establecer la dualidad entre derecho y Estado es para la Teoría pura artificial y más bien, una actitud ideológica de la Teoría Tradicional.*

*Para la Teoría pura la dualidad derecho y Estado es insostenible.*

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

Por la función que desempeña el derecho denominado priva-

---

1 Ver pág. 122.

do en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

## CAPITULO XII

### EL DERECHO Y EL ESTADO

#### 1. EL DUALISMO TRADICIONAL DE DERECHO Y ESTADO

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. El es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es in-

*La Teoría Tradicional necesita mantener el dualismo de derecho y Estado y aunque el Estado es distinto, sin embargo, es una entidad jurídica.*

dependiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, «su», derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigírsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa sien-

*La Teoría Tradicional mantienen el dualismo para justificar la creación del derecho por el Estado.*

*La paradoja que la Teoría Tradicional no quiere ver se plantea al "ser el Estado la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho".*

do enseñada con una perseverancia asombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa

*El Estado deja de ser mero Estado, o sea, una simple manifestación de fuerza, para convertirse en "Estado de Derecho".*



viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

## **2. IDENTIDAD DEL DERECHO Y DEL ESTADO**

### *a) El Estado es un orden jurídico*

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la con-

ducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

*Si el Estado es un orden jurídico no se advierte que su naturaleza lo distinga del derecho.*

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la

sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la vendetta sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender a su deudor moroso para tener de alguna manera una garantía para el resarcimiento de la deuda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzada. Los que las aplican obran en calidad de órganos del orden jurídico, puesto que están autorizados a ello por él. En razón misma de esta autorización sus actos pueden ser imputados a la comunidad constituida por el orden jurídico, de tal modo que no constituyen nuevos actos ilícitos, sino la reacción de la comunidad jurídica contra esos actos.

Los órganos centrales sólo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos. Por

importante que pueda ser una transformación tal desde el punto de vista de la técnica jurídica, no existe sin embargo diferencia cualitativa alguna entre un orden jurídico descentralizado y un Estado.

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

A partir del momento en que el derecho internacional se constituye, o más exactamente desde que es considerado como un orden jurídico superior a los diversos órdenes jurídicos nacionales, el Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, ya no puede ser soberano. Su superioridad es solamente relativa, ya que

*El Estado representa un orden jurídico superior, su validez es territorial y material y en esto es coincidente con el derecho que impera en ese territorio.*

*Pero hay un contexto más amplio que el Estado no abarca porque en él participan todos los estados.*

se halla subordinado al derecho internacional, del cual depende directamente. La definición del Estado debe, pues, comenzar por la relación que lo une al derecho internacional. Este constituye una comunidad jurídica supraestatal que, a ejemplo de las comunidades preestatales, no se encuentra suficientemente centralizada para ser considerada como un Estado.

*El derecho internacional sirve para mostrar y patentizar lo ficticio de la dualidad.*

*b) El Estado es un punto de imputación*

El Estado, como acabamos de ver, es un orden jurídico de especie particular, aunque no se distingue cualitativamente de los otros órdenes jurídicos. Encontramos la confirmación de lo expuesto en el hecho de que toda su actividad se presenta necesariamente bajo la forma de actos jurídicos, de actos que crean o aplican normas jurídicas. El acto de un individuo no es un acto estatal, salvo si una norma jurídica le otorga tal calificación. Considerado desde el punto de vista dinámico, el Estado se

manifiesta en una serie de actos jurídicos y plantea un problema de imputación, ya que se trata de determinar por qué un acto estatal no es imputado a su autor sino a un sujeto ubicado, por decirlo así, detrás del mismo. Solamente una norma jurídica permite responder a esta pregunta, pues la conducta de un individuo sólo puede ser referida a la unidad del orden jurídico si una norma de este orden le da esa significación. Ahora bien, el Estado en su calidad de sujeto de actos estatales es precisamente la personificación de un orden jurídico y no puede ser definido de otra manera.

La imputación de un acto a la persona del Estado lo convierte en un acto estatal y a su autor, que es un hombre, en un órgano del Estado. La persona jurídica del Estado tiene, pues, exactamente, el mismo carácter que las demás personas jurídicas. Como expresión de la unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de represen-

*La imputación de un acto a la persona del Estado deja de manifiesto que este no es sino la expresión de la unidad de un orden jurídico, y por lo tanto no se ve la diferencia entre Estado y derecho.*

tarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) *El Estado considerado como un conjunto de órganos*

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

además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

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

---

1 Ver pág. 170.



La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un

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

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órga-

*En todas las conductas jurídicas de Estado, se ve un sistema jurídico en acción.*

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

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una signifi-

cación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

### **3) LA TEORÍA DEL ESTADO ES UNA PARTE DE LA TEORÍA DEL DERECHO**

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los «elementos» del Estado (poder público, territorio, población) solo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de

*Una teoría general del Estado, es perfectamente simétrica con una teoría general del derecho.*

las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado sólo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la «voluntad» del Estado.

a) *Poder del Estado y efectividad del orden jurídico*

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento

*El poder del Estado sólo se hace efectivo si se hace funcionar un orden jurídico.*

que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal sólo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

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

jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un Rechtsstaat, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado

*Para la Teoría pura Estado y derecho son un solo y mismo sistema de coacción.*

*Invirtiendo la fórmula, la tentativa de legitimar el Estado por el derecho es igualmente ficticia.*

que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos individuales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural para una teoría positivista consecuente consigo misma, el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de

*El Derecho y el Estado yuxtapuestos sólo pueden ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres.*



normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

b) *Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho*

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

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por

*Para la Teoría pura, la ciencia del derecho no puede justificar el Estado por el derecho ni viceversa.*

el derecho o, lo que es lo mismo, de justificar el derecho por el Estado. No piensa, además, que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siempre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

## **APÉNDICE II**

### **BREVE VOCABULARIO JURÍDICO**

## **APÉNDICE N° 2**

### **BREVE VOCABULARIO JURÍDICO**

#### **A**

**Acción jurídica:** acción legal

**Acto jurídico:** manifestación de la voluntad realizada con el interés de crear, modificar o extinguir un derecho.

**A contrario sensu:** en sentido contrario.

**A posteriori:** después de la experiencia.

**A priori:** antes de la experiencia.

**A qua:** *de que o de quién.*

**Abrogar:** *revocar, anular, abolir.*

**Acoger:** *aceptar, permitir.*

**Actuario:** *funcionario auxiliar del poder judicial en materia penal que da fe de los actos procesales.*

**Auto:** *forma de resolución judicial en la que se deciden cuestiones secundarias o incidentales para las que no se requiere sentencia.*

**Auto acordado:** *Decisiones administrativas discretionales de los Tribunales Superiores de Justicia tendientes al buen desempeño de sus funciones en la administración de justicia. Los emanados de la Corte Suprema son obligatorios para todo el territorio nacional, en tanto que los emanados de las Cortes de Apelaciones tienen alcance sólo en su jurisdicción. De acuerdo a la materia que abordan pueden ser de tres tipos: administrativos, procesales y económicos.*

**Aval:** *persona que garantiza con su firma un documento de crédito, comprometiendo de este modo su patrimonio.*

## **B**

**Balanza de pago :** *registro sistemático de todas las transacciones de un país con el resto del mundo en un período dado. Comprende las compras y ventas de bienes y servicios, las donaciones, las transacciones del Estado y los movimientos de capitales.*

**Bienes :** *objetos jurídicos materiales o inmateriales susceptibles de apropiación o enajenación y que además tienen un valor pecuniario.*

**Bienes muebles:** *son los que se pueden trasladar de un lugar a otro como mesas, lámparas, cuadros, etc. Pero también se entienden como bienes muebles los animales, como, por ejemplo, una vaca, que al poder trasladarse por sus propios medios recibe el nombre de semoviente.*

**Bienes inmuebles:** *son aquellos que están arraigados a la tierra y en consecuencia no pueden ser tras-*

ladados como, por ejemplo, un edificio o un predio.

**Bienes principales:** son aquellos que pueden subsistir por sí mismos sin necesidad de otros, por ejemplo, la tierra.

**Bienes accesorios:** son aquellos que tiene subordinada su existencia a otros bienes, por ejemplo, los árboles.

**Bienes fungibles:** son muebles que pueden reemplazarse unos por otros en el cumplimiento de las obligaciones, por ejemplo, las monedas de un mismo valor nominal, los libros hechos en serie, etc.

**Bienes no fungibles:** son muebles que no se pueden reemplazar unos por otros porque se trata de ejemplares únicos, por ejemplo, un cuadro de Picasso, un libro de poesías de Neruda autografiado por el propio poeta, etc.

## C

**Capacidad:** aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

**Capital:** hacienda, caudal, patrimonio.

**Carga:** gasto, gravamen.

**Casación:** es un recurso procesal, por medio del cual se persigue la revocación, anulación o modificación de una resolución judicial contraria y agravante para la parte.

**Casación en la forma:** busca la invalidez de una sentencia cuando no se cumplen las formalidades y trámites exigidos por la ley.

**Casación en el fondo:** busca invalidar las sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones, cuando han sido dictadas con infracción a la ley y ello ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

**Causa:** proceso o secuencia de actos jurídicos entre personas que acuden a los Tribunales de Justicia para dirimir conflictos de acuerdo a un ordenamiento jurídico.

**Causal:** motivo o razón para iniciar una causa.



**Cláusula:** *disposición de un contrato u otro documento público.*

**Código:** *recopilación sistemática de leyes sobre materias específicas que constituyen un cuerpo coherente y unitario. Ejemplos: Código Civil, Código Penal, Código Sanitario, etc.*

**Competencia :** *capacidad para ejercer actos o funciones de acuerdo al ordenamiento jurídico.*

**Cosa juzgada:** *efecto de las sentencias de condena firmes y ejecutoriadas para el cumplimiento forzoso del derecho declarado en favor de una de las partes en un juicio que, además, impide todo pronunciamiento posterior sea en el mismo u otro proceso.*

## **D**

**Daño:** *menoscabo, perjuicio, agravio.*

**Decreto:** *disposición de carácter legislativo, decisión o resolución del Jefe de Gobierno, de un Tribunal o un juez sobre diversas materias.*

**Decreto Supremo:** *es el que emana del Presidente de la República.*

**Decreto con fuerza de ley:** *es el emitido por el Presidente de la República con expresa autorización del Poder Legislativo.*

**Decreto ley:** *es el realizado por la autoridad en un gobierno de facto (dictaduras).*

**Delito:** *acción antijurídica (opuesta a la ley, las buenas costumbres, la moral y el orden público) que atenta contra el ordenamiento jurídico.*

**Divisa:** *moneda extranjera referida a la unidad monetaria del país de que se trata.*

**Dolo:** *engaño, fraude.*

**Dúplica:** *escrito en que se contesta la réplica.*

## **E**

**Eficacia:** *(de una norma jurídica) se refiere a su cumplimiento.*

**Ejecución (forzada):** procedimiento mediante el cual se hace efectiva una sentencia de condena. Los presupuestos de la ejecución forzada son tres:

- a) un título de ejecución.
- b) una acción ejecutiva.
- c) un patrimonio ejecutable.

**Endosar:** ceder un documento de crédito, expresándolo en el dorso con la firma.

**Escritura:** documento público autorizado notarialmente.

**Estatuto:** Regla u ordenanza por la que se rige una colectividad. Cualquier ordenamiento eficaz para obligar.

**Expediente:** documento escrito en papel sellado donde se registran todos los datos de una causa.

## **F**

**Falta:** quebrantamiento de una obligación.

**Fidecomiso:** disposición por la cual el testador deja

*bienes encomendados a un tercero para que en el caso y ocasión (tiempo) pre-determinados ejecute su voluntad.*

**Formalidad:** *cada uno de los requisitos que se han de observar (cumplir) para ejecutar un acto jurídico público.*

**Fuero:** *privilegio o exención que tienen algunas personas en función de su cargo. Ejemplos: Presidente de la República, ministros, parlamentarios, etc. Además es el nombre que reciben algunas compilaciones de leyes en España, por ejemplo: Fuero Juzgo (código de los visigodos), Fuero Real (compilación española del Derecho Romano).*

## G

**Gabela:** *tributo, impuesto, carga, gravamen.*

**Giro:** *dirección o materia de un negocio.*

**Glosa:** *explicación, comentario o interpretación de un texto. Nota que se pone a un documento o cuenta.*

## **H**

**Habeas Corpus:** recurso de amparo. Derecho de todo ciudadano detenido, a ser oído por un juez para que resuelva acerca de la legalidad de su arresto.

**Hermenéutica legal:** interpretación de la ley.

**Hurto:** robo sin intimidación ni uso de la fuerza.

## **I**

**In absentia:** en ausencia.

**In articulo mortis:** en artículo de muerte.

**In situ :** en el lugar.

**Interés:** utilidad, ganancia.

**Interino:** desempeño temporal y limitado de una función o cargo en reemplazo del titular.

## **J**

**Juez:** miembro del Poder Judicial que tiene autoridad para juzgar y sentenciar.

**Jurisdicción:** territorio en que ejerce sus facultades un juez.

**Jurisprudencia:** enseñanza doctrinal emanada de los fallos o decisiones de autoridades gubernamentales o judiciales.

## **L**

**Lesión :** daño o detrimento corporal causado por un golpe u otra causal.

**Litigio :** pleito, disputa.

**Lucro:** ganancia o utilidad que se obtiene de una cosa (bien) o de un servicio.

## **M**

**Magistrado:** *ministro del Poder Judicial.*

**Mandato:** *contrato consensual mediante el cual una de las partes confía a la otra la gestión de algún asunto o negocio.*

**Materia:** *causa, ocasión o motivo de un proceso.*

**Materia de la causa:** *fondo de la cuestión.*

## **N**

**Negligencia :** *descuido, omisión, falta.*

**Negligencia culpable (o inexcusable):** *falta voluntaria, opera como agravante en la causa.*

**Norma:** *regla de conducta.*

**Notario:** *funcionario público (abogado) nombrado por el Presidente de la República, actúa como ministro de fe.*

**Nulidad:** *invalidez de un acto jurídico o contrato.*

## O

**Obligación:** *vínculo que precisa y fuerza legalmente a realizar una acción.*

**Olografía:** *acta , escritura o contrato manuscrito por su autor.*

**Otrosí:** *en un escrito jurídico corresponde a cada petición después del asunto principal.*

## P

**Pagaré:** *documento comercial mediante el cual una persona se obliga a pagar una cantidad de dinero dentro de un tiempo determinado.*

**Parricidio:** *crimen cometido por una persona en contra de sus ascendientes (padres) descendientes (hijos) o cónyuge.*

**Perjurio:** *delito consistente en jurar en falso.*



**Prueba:** *justificación del derecho de las partes mediante testimonios, documentos, etc.*

## Q

**Queja:** *querrela, acusación ante el juez.*

**Querrela:** *acusación por escrito ante un juez o autoridad competente.*

**Quórum:** *número de miembros presentes necesarios de un organismo, para que una asamblea pueda emitir un voto válido.*

## R

**Recurso:** *acción legal que queda a quien resulta condenado en un juicio, para poder reclamar ante la autoridad pertinente contra las resoluciones dictadas en su contra.*

**Recusación:** *acción legal para rechazar o tachar una cosa o una persona, a esta última por ineptitud o parcialidad.*

**Relegar:** *alejar por disposición judicial a una persona de su domicilio y obligarlo a vivir en un lugar distante.*

## **S**

**Sinecura:** *empleo o cargo de fácil desempeño y bien remunerado.*

**Sumario:** *breve, suscito. Ocurre en algunos juicios civiles en que se procede en un pequeño lapso de tiempo (juicio sumario).*

**Supplicatorio:** *instancia que un juez o Tribunal eleva a un cuerpo legislativo, pidiendo permiso para proceder en justicia contra algún miembro del propio cuerpo.*

## **T**

**Testamento:** *documento voluntario que una persona realiza disponiendo de sus bienes para después de su muerte.*

**Testigo:** *persona que da testimonio sobre una cosa, persona o acto ante un tribunal.*

**Tribunal:** *Lugar físico donde se administra justicia (Edificio de los Tribunales). Ministro o ministros que administran justicia y pronuncian sentencias.*

## U

**Ujier:** *portero de estrados de un Tribunal.*

**Unanimidad:** *acuerdo de opiniones (unanimidad de votos).*

**Usía:** *síncopa de señoría, vuestra señoría.*

**Usura:** *interés excesivo en un préstamo.*

## V

**Venal:** *que acepta sobornos.*

**Veto:** *derecho de una persona o corporación para vedar o impedir una acción o decisión.*

**Voluntad:** *potencia o facultad del espíritu que mueve a hacer u omitir una acción. Es la base de los actos libres.*

## **BIBLIOGRAFÍA**

**Nicolo Abbagnano**

“Historia de la Filosofía” Montaner y Simón.  
Barcelona. 1964.

**Norberto Bobbio / Michelangelo Bovero**

“Sociedad y Estado en la Filosofía Moderna”  
F.C.E. Mexico. 1986.

**Ernst Cassirer**

“Kant, vida y doctrina” F:C:E: Mexico.1968.

**Carlos José Errázuriz M.**

“Introducción Crítica a la doctrina jurídica  
De Kelsen” Edit. Jurídica de Chile. 1987.

**Philip C. Jessup**

“Transnational Law” Yale University Press.  
Cambridge Massachusett. 1956.

"Derecho Transnacional" Editorial F. Trillas.SA  
México. 1967.

**Hans Kelsen**

"Teoría pura del derecho" EUDEBA.

Buenos Aires. 1975

"Teoría General del Derecho y del Estado"

Universidad Autónoma de México.

México. 1983.

**Máximo Pacheco G.**

"Teoría del Derecho"

Edit. Jurídica de Chile. 1990.

**George Sabine**

"Historia de la Teoría Política" F.C.E.:

México. 1945.

**Agustín Squella**

"Derecho, Desobediencia y Justicia"

EDEVAL. Valparaíso.1992

**José Miguel Vera L.**

"Curso Elemental de Filosofía y Lógica"

LOM Ediciones. Santiago. 1992.

"Ética, Derecho y Sociedad" Ediciones de la

Universidad Central. Santiago.1994.

## INDICE

<i>Prólogo.....</i>	7
<i>Introducción.....</i>	11
<i>Reseña biográfica de Kelsen .....</i>	25
<i>Kelsen y la Teoría pura del derecho.....</i>	29
<i>Objeto de la ciencia del derecho.....</i>	35
<i>Estructura de la norma jurídica. Norma primaria y secundaria.....</i>	39
<i>El método inductivo en el derecho.....</i>	45
<i>Concepción del hecho ilícito en la Teoría pura del derecho.....</i>	51
<i>El derecho subjetivo y el concepto de persona natural en la Teoría pura del derecho.....</i>	55

<i>Derecho natural y derecho positivo.....</i>	61
<i>El ordenamiento jurídico. La pirámide invertida.....</i>	67
<i>El derecho internacional.....</i>	75
<i>Kelsen y Kant del iluminismo al positivismo.....</i>	89
<i>Conclusiones .....</i>	99
<i>Ejercicios.....</i>	125
<i>Apéndice I</i>	
<i>Algunos Capítulos de la "Teoría pura del derecho" glosados.....</i>	147
<i>Apendice II</i>	
<i>Breve vocabulario jurídico.....</i>	291
<i>Bibliografía.....</i>	309



