

HANS Kelsen

⌘ TEORÍA PURA DEL DERECHO ⌘

+

eudaba

## 1. EL POSITIVISMO JURÍDICO 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 filosofía 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 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 jurídica 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 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.

1. 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.)

### 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.

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 mágico 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 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.

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

A partir de la conmoción social provocada por la Primera Guerra Mundial, la teoría tradicional 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 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.

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

que el alma era castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputarremánadas 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 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 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 es idéntica 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 la 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 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 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

2. Ver pág. 115.

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.

## 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.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar 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 construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición 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 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 inexecución 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 tenemos 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.

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.