

Fernando Atia Lemastre
Escuela De Derecho
Universidad de Chile
11 oct. 1989

DR. HANS Kelsen

Antiguo Profesor de las Universidades
de Viena y Colonia

TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

TRADUCCIÓN DIRECTA DEL ALEMÁN

POR

LUIS LEGAZ LACAMBRA

Profesor de la Universidad de Zaragoza

PAG. 301-306

EDITORIA NACIONAL

MEXICO 7, D. F.

es típica la doctrina (representada por las antiguas teorías del Estado) sobre las cinco direcciones o ámbitos de la actividad estatal: negocios extranjeros, administración interna o policía, finanzas (administración cameral), justicia y defensa nacional; justicia y finanzas fueron consideradas como dominios especiales de la administración interior en sentido amplísimo; así como de la defensa nacional se hizo una función particular del Estado, junto a la de la política exterior y de la administración interior.

Es completamente secundario atribuir a estos distintos contenidos los nombres de «derechos de la soberanía», «derechos del gobierno», «derechos de la majestad», «regalías», etc. En el fondo, es el mismo vano empeño que ya advertimos al estudiar los intentos de comprender la soberanía en sentido jurídico material. Frente a esto, significa un progreso decisivo la división tripartita de la moderna teoría del Estado, siguiendo en este punto las huellas de más antiguas doctrinas; pues la contraposición que plantea entre la legislación, de un lado, y la administración y la jurisdicción, de otro, responde exactamente a la antítesis, de importancia decisiva para el problema en cuestión, entre lo general y lo individual, lo absoluto y lo concreto.

§ 33. La legislación y la jurisdicción como creación y como aplicación de Derecho

A. «Legis latio» y «legis executio»

En la función legislativa, el Estado establece reglas generales, abstractas; en la jurisdicción y en la administración, despliega una actividad individualizada, resuelve directamente tareas concretas; tales son las respectivas nociones más generales. De este modo, el concepto de legislación se identifica con los de «producción», «creación» o «posición» de Derecho. Por tanto, la actividad individualizada del Estado, supuesto que se la considere como acto jurídico, no puede ser más que «aplicación» o «protección» del Derecho, con lo cual se sitúa en principio en un plano opuesto al de la función creadora. Pero esta determinación refiérese propiamente — como ya lo da a entender la misma terminología — tan sólo a la llamada «jurisdicción» o «poder judicial». Por regla general, la función designada con los nombres de «administración» o «poder ejecutivo» no suele considerarse ni como creación ni como aplicación del Derecho, sino como algo esencialmente distinto de toda función jurídica: como una actividad al servicio de los fines de poder o de cultura del Estado, por tanto, como una función negativa por referencia al Derecho; por eso se la define como aquella función del Estado que se realiza cuando ya no queda nada por hacer a la legislación (creación de Derecho) ni a la jurisdicción. Así, pues, la teoría corriente en torno a las funciones del Estado afirma que entre el poder legislativo, como creación del Derecho, y el poder judicial, como aplicación del mismo (o protección jurídica), debe existir alguna

relación jurídica positiva; pero la distinción lógica que aspira a formular entre la legislación como función general y la administración como función individual (análoga a la jurisdicción) se destruye, a su vez, por cuanto que el concepto de administración traduce la antítesis (referida puramente a los contenidos del orden jurídico) entre el fin de Derecho y el fin de poder o de cultura del Estado, no admitiendo que la administración sea una función jurídica, sino algo esencialmente distinto de la misma. De ese modo, abandónase una vez más el único principio director que podía constituir la médula de la teoría de las funciones del Estado, principio que reaparece de continuo para desaparecer seguidamente: la distinción entre *legis latio* y *legis executio*.

Para penetrar en la médula de verdad que contiene esta vieja distinción, hay que romper previamente con los dos errores que la envuelven como una cáscara. En primer lugar, no hay que identificar el concepto de creación de Derecho expresado en el concepto de legislación, *legis latio*, con la actividad de ciertos órganos históricamente individualizados, que realizan una tarea especializada; confundiendo de ese modo el concepto de Derecho con el de «ley». Pero, en segundo término, urge advertir que la antítesis de legislación y jurisdicción, esto es, de creación y aplicación de Derecho, no es absoluta, sino relativa.

B. El concepto de ley: la norma general (abstracta)

El término «legislación», que en la doctrina de los poderes del Estado significa tanto como producción, creación o establecimiento de normas jurídicas, no constituye, en realidad, sino un caso particular de la creación del Derecho, del mismo modo que la «ley», en el sentido técnico de la palabra, no representa sino un caso particular, una forma posible del «Derecho». Llámase «legislación» a la actividad de ciertos órganos especializados, encaminada conscientemente al establecimiento de normas jurídicas. Sería restringir demasiado el significado que el concepto de legislación posee en la teoría tradicional de los poderes, si bajo ese concepto no quisiera incluirse más que la actividad creadora de los órganos constituidos democráticamente, por ejemplo, una asamblea popular o un parlamento, pero no la actividad legisladora de un autócrata; pues también el monarca absoluto dicta «leyes», y también su «legislación» puede distinguirse de la aplicación que de la misma realizan sus órganos. En las teorías tradicionales, esta tendencia a restringir el concepto de legislación es harto visible; indudablemente, responde a una mentalidad imbuída del Derecho natural. Compréndese que cuando la legislación y la ejecución, como funciones orgánicas, estaban unidas, potencialmente al menos, en una sola mano, fuera difícil darse cuenta de la diferenciación teórica implicada en la antítesis de legislación y jurisdicción; por eso es tan característico el hecho de que la teoría de los poderes del Estado, sustentada en los tiempos de la Monarquía absoluta, del «Estado policía», no inclu-

yese a la legislación, entre los cinco «derechos de la soberanía» ya citados, como un derecho especial o «regalía». En cambio, precisa admitir que, en el concepto de «legislación» de la teoría de los poderes, sólo debe comprenderse la norma general. Si bien es la función del Estado, es decir, el acto mismo, lo que recibe el calificativo de «general» o «abstracto», puede ser también el producto de este acto — que en sí mismo considerado sólo puede ser concreto e individual — lo único que tenga un sentido general o individual, abstracto o concreto. Con la palabra «ley» se piensa, única o principalmente, en normas generales o abstractas. Y si se identifica por completo la legislación con la creación de Derecho, débese a que se concibe el Derecho como una suma de normas generales, a que se le considera únicamente bajo su forma abstracta y general. Pero hemos de demostrar en seguida que este concepto del Derecho es demasiado reducido y que, por eso, tiene que ir a parar a contradicciones insolubles.

C. Derecho escrito y consuetudinario

Pero, ante todo, urge advertir que el concepto de creación o producción de Derecho que traduce el término «legislación», es también demasiado estrecho, porque la creación jurídica — aun referida a sólo las normas generales — no es posible únicamente como establecimiento consciente de las reglas del Derecho por órganos determinados, sino que puede darse también como formación consuetudinaria de las mismas, mediante el uso de todos los miembros de la comunidad jurídica. También el «Derecho consuetudinario» es Derecho «estatuído», «positivo», producto de una producción o creación jurídica, aun cuando no de un acto concreto de determinación autoritaria. Pero ocurre que este modo de la creación normativa, extremadamente democrático, no llama demasiado la atención de la conciencia teórica de los juristas; y por ese motivo, el conocimiento jurídico se deja escapar la antítesis existente entre el establecimiento de normas generales y la llamada aplicación del Derecho o jurisdicción. Por lo demás, la distinción existe, y tiene que existir necesariamente, una vez sabido que aquello que la teoría de los poderes conoce con el nombre de aplicación del Derecho o jurisdicción, y que contrapone a la creación o establecimiento de normas, no es otra cosa que la posición de normas jurídicas individuales, concretas; de modo que la distinción fundamental no es otra que la diferencia que media entre la creación de normas generales e individuales.

D. El Derecho individualizado

Ahora bien, esta distinción es puramente lógico-esencial, e independiente de todo contenido del Derecho positivo. Aun allí donde sólo parecen darse actos jurídicos individuales, por ejemplo, en una tribu con un jefe que asume las funciones de monarca absoluto y juez único

que en cada caso concreto castiga a su libre arbitrio a los delincuentes y priva a los deudores de sus bienes para entregarlos a los acreedores, sin que existan normas generales de Derecho civil o penal en qué basarse, ni ninguna otra especie de normas generales positivas, escritas o consuetudinarias; aun allí, sin embargo, para explicar estos hechos de fuerza del jefe de la tribu como actos jurídicos, como actos de la colectividad, como actos estatales, y para poder decir que el hombre que los realiza es tal «jefe», es decir, un órgano de una comunidad, hace falta una norma que no será positiva, esto es, «estatuida», sino «supuesta», hipotética, la cual instituirá a ese hombre en autoridad jurídica, y determinará que en las condiciones que el mismo determine en cada caso, deberá realizarse un acto de coacción, cuya modalidad será igualmente determinada en cada caso por él. Por naturaleza, esta norma es general y abstracta. Y sin esta «ley» fundamental, que es «aplicada» en los actos jurídicos individuales, no es posible comprender el carácter jurídico de los mismos. Éste es el solo caso — un caso extremo, puramente teórico — en el que la única norma general es la misma norma fundamental hipotética.

E. La individualización (concreción) de las normas generales (abstractas)

La práctica individual del Derecho da siempre origen a normas generales positivas; no importa que aquella práctica constituya la costumbre jurídica: también la costumbre es creadora de Derecho (de normas jurídicas generales). En estas normas, un determinado hecho abstracto enlázase a una consecuencia jurídica igualmente abstracta. Pero para que esta norma general — ya sea consuetudinaria, o ya sea una «ley» creada por los órganos técnicos competentes — alcance un sentido concreto, necesita de la «individualización». Precisa establecer si es dado *in concreto* el hecho que la norma general ha determinado *in abstracto*; y si el hecho existe, precisa establecer un acto concreto de coacción (esto es, un acto previamente dispuesto y, después, realizado), el cual se halla igualmente prescrito *in abstracto* en la norma general. La sentencia, el acto en el que se traduce exteriormente la función judicial, recibe el nombre de «jurisdicción», que significa «declaración del Derecho», como si se limitase a hacer una declaración de lo que ya es Derecho en la norma general. Pero esta terminología no sirve sino para oscurecer el verdadero significado de la función jurisdiccional y de la misión del juez; y de seguro que andan de por medio intenciones políticas más o menos ocultas, pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos — condición y consecuencia — van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias dictadas por el poder judicial. El enlace de los mismos en

la ley no hace inútil la nueva unión verificada en la sentencia. La ley dice: «el autor de un robo deberá ser castigado con una pena de prisión que oscilará entre seis meses y dos años»; pero la sentencia judicial dice: «A ha cometido en tal lugar y momento un robo, por lo cual debe ser castigado con un año de prisión, que comenzará a contarse desde tal día, y que cumplirá en tal parte». Sin la sentencia, el Derecho abstracto carecería siempre de forma o estructura concreta. Por esto, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas. (Sin embargo, la sentencia judicial no es el único procedimiento de concreción del Derecho. También el negocio jurídico realiza tal concreción; pero de esto se tratará en capítulo aparte.)

F. La legislación y la jurisdicción como etapas diferentes del proceso de creación jurídica

Por ese motivo, el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica. La unidad de los mismos se basa en la necesaria subordinación de la etapa inferior a la superior, por cuanto que la norma de orden más elevado — es decir, la norma general, abstracta — determina más o menos el contenido de la norma de grado inferior — esto es, de la norma individual, concreta —. Todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho. Éste no existe únicamente en la forma de ley, en la etapa de las normas generales, como se piensa de ordinario. La «ley» no es ni el grado único ni siquiera el grado supremo del orden jurídico, como ha demostrado con vigor extraordinario una reciente teoría, la cual, además, ha prestado a la ciencia del Derecho el valioso servicio de mostrar la estructura graduada, jerárquica del orden jurídico (MERKL). La legislación es aplicación del Derecho lo mismo que la jurisdicción es creación jurídica — a pesar de que la doctrina tradicional contraponía ambos conceptos como creación y aplicación, respectivamente —. La sentencia judicial es aplicación del Derecho si se la considera en relación con el grado normativo superior de la ley, por la cual es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación de Derecho si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse «sobre la base» de la misma — por ejemplo, los actos de ejecución —, o en relación con las partes cuyos deberes concretos son estatuidos por la sentencia. Del mismo modo, la ley, que es creación de Derecho por relación a la sentencia, es aplicación del mismo por relación a una fase normativa superior, por la cual son las leyes jurídicamente determinadas.

G. La constitución como grado supremo

Se reconoce este grado superior recordando que la característica del Derecho es la de regular su propia creación (cfs. pág. 128), es decir, que la vía legislativa (el procedimiento de creación de las normas generales) puede estar determinada a su vez por una norma positiva general. Esta norma recibe el nombre de norma « constitucional »; y la constitución representa, por relación a la ley, un grado superior del orden jurídico. La constitución es « aplicada » por la ley, en el sentido de que el procedimiento legislativo se halla determinado en los preceptos constitucionales, del mismo modo que la ley determina la sentencia judicial que la aplica.

No se diga que constituye una diferencia esencial el hecho de que la sentencia hállese determinada no sólo cuanto a su procedimiento sino cuanto a su contenido por el Derecho procesal formal, de una parte, y por el Derecho sustantivo civil y penal, de otra; mientras que la constitución deja indeterminado el contenido de las leyes, y sólo regula el « procedimiento » de la legislación. A esto puede responderse, primero, que tampoco el contenido de las sentencias judiciales se halla completamente determinado por el Derecho sustantivo, ni puede serlo, por razones que más tarde se explicarán; y, segundo, que también el contenido de las leyes puede estar determinado por la constitución, esto es, por otra ley. La constitución prohíbe que las leyes tengan cierto contenido y ordena que posean tal otro; de modo que la ley es « ejecución » de la constitución, de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley.

H. Jurisdicción y protección jurídica

Cuando se dice que la jurisdicción es la « protección jurídica », revélase cuán confusa es la idea que se tiene de las relaciones entre aquélla y la legislación. ¿Es el Derecho lo protegido?, y, en ese caso, ¿por quién?, ¿por el Estado, acaso?, o ¿es que el Derecho protege algo distinto de él, por ejemplo, un interés? En cierto sentido puede afirmarse lo uno y lo otro, y en ninguno de los dos casos se habrá dicho nada esencial para distinguir la sentencia de la ley, pues también la ley protege el Derecho, y el Derecho protege por medio de la ley. Si se dice — partiendo de un punto de vista completamente subjetivo — que la sentencia judicial es « protección » de intereses individuales, lo mismo puede decirse, y con mayor razón, de la ley, cuyas normas generales tienen que proteger en abstracto los intereses individuales para que éstos puedan luego ser protegidos en concreto por la sentencia. La ley es « Derecho » y « protección jurídica » en el mismo sentido que la sentencia; una y otra no son sino dos fases de la protección jurídica de los intereses. El razonamiento ingenuo, que se queda en la superficie de las cosas, hace comprensible que se llame tan sólo a la sentencia « protección », por hallarse, subjetivamente, más cerca