

HANS KELSEN  
TEORÍA  
PURA  
DEL [PRIMERA EDICIÓN DE 1934]  
DERECHO

INTRODUCCIÓN A LOS PROBLEMAS  
DE LA CIENCIA JURÍDICA

Presentación de Gregorio Robles

E D I T O R I A L T R O T T A

HANS KELSEN TEORÍA PURA DEL DERECHO

ISBN 978-84-9879-235-5



9 788498 792355



Teoría pura del derecho.  
Introducción a los problemas de la ciencia jurídica

Hans Kelsen

Traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934)  
a cargo de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez

Presentación de Gregorio Robles

E D I T O R I A L T R O T T A

**COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS**  
**Serie Derecho**

Título original: Reine Rechtslehre, 1. Auflage (1934)

© Editorial Trotta, S.A., 2011  
Ferraz, 55. 28008 Madrid  
Teléfono: 91 543 03 61  
Fax: 91 543 14 88  
E-mail: editorial@trotta.es  
<http://www.trotta.es>

Edición autorizada por Hans Kelsen-Institut, Viena

© Gregorio Robles Morchón y Félix F. Sánchez,  
para la traducción, 2011

© Gregorio Robles Morchón, para la presentación, 2011

ISBN: 978-84-9879-235-5  
Depósito Legal: S.-1.285-2011

Impresión  
Gráficas De Diego

CONTENIDO

<i>Presentación:</i> Gregorio Robles.....	9
<b>TEORÍA PURA DEL DERECHO (1934)</b>	
<i>Prólogo</i> .....	35
I. Derecho y naturaleza.....	41
II. Derecho y moral .....	48
III. El concepto de derecho y la teoría de la proposición jurídica .....	53
IV. El dualismo de la teoría del derecho y su superación .....	67
V. El ordenamiento jurídico y su estructura jerárquica .....	82
VI. La interpretación .....	101
VII. Los métodos de creación del derecho .....	113
VIII. Derecho y Estado .....	118
IX. Estado y derecho internacional .....	128
<i>Índice general</i> .....	147

## PRESENTACIÓN

*Gregorio Robles*

### 1. HANS KELSEN: BREVES RASGOS BIOGRÁFICOS

Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881 en el seno de una familia de origen judío. Muy pronto se trasladaron a Viena, ciudad en la que Kelsen cursó sus estudios —tanto la enseñanza primaria y el *Gymnasium* como la carrera de derecho—. Creo que fue Miguel de Unamuno el que dijo que cada uno es de donde ha hecho el bachillerato (entendido, en el sentido de su época, como los estudios que abarcaban desde los 10 a los 17 o 18 años). Si se acepta esta idea, puede afirmarse sin ambages que Hans Kelsen fue un vienés en toda regla. En Viena, su padre (Adolf Kelsen<sup>1</sup>) se estableció como dueño de una pequeña empresa de lámparas, que en ciertos períodos pasaría por dificultades económicas.

Kelsen no destacó especialmente como alumno en su niñez y adolescencia. Tampoco durante sus estudios jurídicos. Fue un estudiante mediano que, sin embargo, siempre mostró inquietudes intelectuales nada comunes a su edad. Cuando se decidió por estudiar derecho no lo hizo movido por una íntima convicción, sino por razones pragmáticas, como suele suceder también hoy día. Sus aficiones de adolescente iban más bien en la dirección de las matemáticas y la física, le gustaba asimismo la literatura, pero el sentido de la realidad y quizás también el consejo de

1. Adolf Kelsen nació en Brody (Galizia) en 1850 y murió en Viena en 1907. La madre, Auguste Löwy, nació en Neuhaus (Bohemia) en 1859 y murió en Bled (Yugoslavia) en 1950. El matrimonio tuvo cuatro hijos: Hans (Praga, 1881-Berkeley, 1973), Ernst (Praga, 1883-Londres, 1937), Gertrude (Viena, 1886-Hertford/Reino Unido, 1951) y Paul Friedrich (Viena, 1897-Viena, 1975).

algunas personas mayores le llevaron a elegir una carrera que ofreciese múltiples posibilidades profesionales. La facultad de derecho le defraudó en general. Lo que más disgustaba al joven Kelsen era aquella falta de rigor en el método que era dominante en la exposición de las diversas materias. Echaba de menos lo que puede llamarse una ciencia rigurosamente construida con un método coherente. No le pareció aceptable que la ciencia del derecho fuese una *divinarum atque humanarum rerum notitia* (un conocimiento de las cosas divinas y humanas), como reza el aforismo clásico. Sin embargo, no todo fue negativo. Encontró en la facultad algunos profesores estimulantes. Le agradaron especialmente las clases de historia de la filosofía del derecho<sup>2</sup> y de derecho constitucional<sup>3</sup>. Resultado de su interés por la historia de las ideas fue su trabajo escolar sobre Dante —que se acabaría publicando en 1905—<sup>4</sup>.

Al concluir sus estudios y obtener el título de doctor, decidió habilitarse para la docencia. A fin de preparar su escrito de habilitación se trasladó como becario a Heidelberg, donde pasó tres semestres de los años 1908 y 1909. Allí participó en los seminarios de Georg Jellinek<sup>5</sup>, en aquella época maestro indiscutible de la teoría general del derecho y del Estado en lengua alemana. También participó algún tiempo en los seminarios de Gerhard Anschütz<sup>6</sup>. Fruto de esa intensa actividad investigadora fue su libro *Problemas capitales de la teoría del derecho y del Estado tratados a partir de la teoría de la norma jurídica*<sup>7</sup>, publicado en 1911.

2. El profesor era Leo Strisower (1857-1931), catedrático de derecho internacional y de filosofía del derecho.

3. El profesor era Edmund Bernatzik (1854-1919). Kelsen fue sucesor de Bernatzik en la cátedra.

4. H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* [La teoría del Estado de Dante Alighieri], Franz Deuticke, Viena/Leipzig, 1905. Se trata de un trabajo que Kelsen elaboró siendo aún alumno de la facultad de derecho porque —según dice en su *Autobiographie* (1947)— consideró que era la mejor forma de no perder definitivamente el gusto por los estudios de derecho.

5. Georg Jellinek (1851-1911) se habilitó en Viena y fue profesor en Basilea antes de serlo en Heidelberg (desde 1890 hasta su muerte). Su obra más importante es *Allgemeine Staatslehre* [Teoría general del Estado], Berlín, 1900, <sup>3</sup>1914. Hay traducción al español de la segunda edición alemana (1905) con prólogo de Fernando de los Ríos: *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires, 1970.

6. Gerhard Anschütz (1867-1948), catedrático de derecho público, es autor —entre otros libros— de un tratado de derecho público alemán (*Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 2 vols., Tübinga 1930 y 1932) conjuntamente con Richard Thoma.

7. H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 1911. La segunda edición, que añade un extenso prólogo, es de 1923. Hay traducción de esta segunda edición al español: *Problemas capitales de la Teoría jurídica del Estado (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición*

Como indica el título, en esta voluminosa obra Kelsen se propuso abordar lo que consideraba los problemas capitales de la teoría del derecho y del Estado —o, si se prefiere, de la teoría del derecho público— desde la perspectiva de la norma jurídica. En ella se anticipa en gran medida lo que habría de ser el método «jurídico» o «normativo» propuesto por Kelsen.

En 1912 contrae matrimonio con Margarete Bondi<sup>8</sup>. Tuvieron dos hijas: Anna Renate<sup>9</sup> y Maria Beatrice<sup>10</sup>. En 1914, al estallar la guerra, es movilizado y tras ciertas vicisitudes es designado *Referent* (experto, asesor) del ministro de la guerra, general Stöger-Steiner. Fue esta una circunstancia que le facilitó en gran medida su acceso definitivo a la enseñanza universitaria. Bajo la dirección de Karl Renner, en 1918 comienza los trabajos orientados a redactar una nueva constitución para Austria. Al año siguiente consigue la cátedra de derecho constitucional y administrativo en la Universidad de Viena. En 1921 es nombrado magistrado vitalicio del Tribunal Constitucional austriaco, cargo que compatibilizará con su puesto de catedrático.

Todos estos años y los siguientes son muy intensos en la actividad intelectual de Kelsen. Aquí me limitaré a dar noticia de sus publicaciones más importantes en el terreno de la teoría pura del derecho. La primera piedra ya la había puesto en 1911 con su *Problemas capitales*. Esta obra tiene esencialmente un carácter epistemológico y crítico. En el primer aspecto —el epistemológico—, se plantea la necesidad de distinguir con nitidez el método jurídico de otros métodos, como el sociológico y el psicológico; constituye un paso decisivo en la dirección de la pureza del método, si bien en el libro no aparece nunca la expresión «teoría pura del derecho». A partir de la acuñación del método «jurídico» o «normativo», Kelsen realiza la crítica de los conceptos jurídicos tal como los ha desarrollado la doctrina del derecho inspirada en el pensamiento sociologista y psicologista. A esta gran obra sigue un conjunto de escritos menores pero de gran trascendencia en la consolidación de la teoría pura. Escritos que desembocan en dos monografías de enorme interés para comprender la génesis de dicha concepción así como las discusiones teóricas de la época.

*jurídica*), trad. de W. Roces, notas, revisión y presentación de U. Schmill, Porrúa, México, 1987.

8. Nació en Viena en 1890 y murió en Berkeley en 1973, pocos meses antes de que falleciera su marido.

9. Anna Renate Oestreicher (apellido de casada) nació en Viena en 1914 y murió en Nueva York en 2001.

10. Maria Beatrice Feder (apellido de casada) nació en Viena en 1915 y murió en Kensington (Estados Unidos) en 1994.

Me refiero a las siguientes: *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución a una teoría pura del derecho*<sup>11</sup>, publicada en 1920; y *El concepto sociológico y el concepto jurídico de Estado. Investigación crítica de la relación de Estado y derecho*<sup>12</sup>, en 1922. Digno de reseñar, por lo que luego diré, es el «Prólogo» que introduce Kelsen en la segunda edición de *Hauptprobleme*, del año 1923<sup>13</sup>, en el cual da cuenta de la evolución de su pensamiento desde la primera edición de dicha obra así como también de las aportaciones que a la teoría pura hicieron algunos de los componentes de la llamada Escuela de Viena. Como síntesis global de su pensamiento publica Kelsen en 1925 su impresionante *Teoría general del Estado*<sup>14</sup>. Esta obra viene a ser la primera formulación completa de la teoría pura de derecho, si bien enfocada a la problemática característica de la disciplina denominada «Teoría del Estado». Esta década prodigiosa de los años veinte la culmina Kelsen con otros trabajos, no solo de teoría del derecho. En este ámbito es de destacar su estudio *Los fundamentos filosóficos de la teoría del derecho natural y del positivismo jurídico* (1928)<sup>15</sup>.

Durante los años de la segunda y tercera décadas del siglo xx Kelsen mantuvo un seminario privado al que fueron incorporándose teóricos austriacos y extranjeros. Entre los primeros destacan sobremanera Adolf J. Merkl<sup>16</sup>,

11. H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1920.

12. H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübinga, 1922.

13. Véase la nota 7.

14. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlín, 1925. Hay trad. al español de Luis Legaz Lacambra, *Teoría general del Estado*, Labor, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 1934.

15. H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Pan-Verlag Rolf Heise, Charlottenburg, 1928.

16. Adolf Julius Merkl (1890-1970), catedrático en Viena, al que se considera «cofundador» de la teoría pura del derecho. Kelsen dijo de él que era «un genio del pensamiento jurídico». Siguiendo las huellas de Bierling, desarrolló la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico (*Stufenbautheorie*). Entre sus obras, además de su tratado de derecho administrativo (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Viena/Berlín, 1927), hay que destacar por su importancia para la teoría pura, junto a otros trabajos, «Die Rechtseinheit des österreichischen Staates» [La unidad jurídica del Estado austriaco]: *Archiv des öffentlichen Rechts* 37 (1917); «Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts» [La doble cara del derecho. Una reflexión desde la epistemología jurídica]: *Juristische Blätter* 47 (1918); *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung* [La teoría de la fuerza jurídica desarrollada a partir del concepto de derecho. Una investigación teórico-jurídica], Leipzig, 1923; «Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues» [Prolegómenos a la teoría de la

estructura jerárquica del derecho], en *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Viena, 1931.

17. Alfred Verdross (1890-1980), catedrático en Viena de derecho internacional y filosofía del derecho. Hizo aportaciones importantes a la teoría pura, en especial al incluir el derecho internacional en la construcción jerárquica del derecho considerado como unidad así como en lo referente a la norma fundamental. Además de su conocido tratado de derecho internacional —cuya cuarta edición, en colaboración con Karl Zemanek, se traduce al español por Antonio Truyol y Serra con el título *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1963— y de breves ensayos sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal, destacan como aportaciones a la teoría pura *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung* [La unidad de la imagen jurídica del mundo y su fundamento en la constitución del derecho internacional], Mohr, Tübinga, 1923; *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft* [La constitución de la comunidad jurídica internacional], Springer, Viena/Berlín, 1926.

18. Fritz Sander (1889-1939) fue catedrático de la Universidad de Praga. Discípulo de Kelsen, la relación se deterioró a partir de que acusara —infundadamente— a este de plagio. No obstante, es un autor digno de estudio. Entre sus obras destacamos aquí «Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung» [El hecho revolucionario y la continuidad del ordenamiento jurídico], 1919/1920; «Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung. Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens» [Dogmática del derecho o teoría de la experiencia jurídica. Estudio crítico de la teoría del derecho de Hans Kelsen], 1921, recogidos ambos en S. L. Paulson (ed.), *Die Rolle des Neukantianismus in der reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen* [La función del neokantianismo en la teoría pura del derecho. Un debate entre Sander y Kelsen], Scientia, Aalen, 1988; *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz* [La doctrina jurídica de Kelsen. Escrito en polémica contra la jurisprudencia normativa], Tübinga, 1923.

19. La génesis de la teoría pura del derecho, con especial atención a sus raíces, está aún por hacer. Como «pista» apuntaré ahora solo un nombre: Ernst Rudolf Bierling (1841-1919), teórico del derecho, además de penalista y canonista. Fue catedrático de la facultad de derecho en Greifswald, ciudad alemana situada a orillas del Báltico. Sus dos obras más importantes son: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* [Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales], 2 vols., Gotha, 1877 y 1883, y su impresionante *Juristische Prinzipienlehre* —en realidad, una verdadera teoría general del derecho—, en cinco volúmenes, Friburgo/Leipzig/Tübinga, 1894-1917.

19. La génesis de la teoría pura del derecho, con especial atención a sus raíces, está aún por hacer. Como «pista» apuntaré ahora solo un nombre: Ernst Rudolf Bierling (1841-1919), teórico del derecho, además de penalista y canonista. Fue catedrático de la facultad de derecho en Greifswald, ciudad alemana situada a orillas del Báltico. Sus dos obras más importantes son: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* [Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales], 2 vols., Gotha, 1877 y 1883, y su impresionante *Juristische Prinzipienlehre* —en realidad, una verdadera teoría general del derecho—, en cinco volúmenes, Friburgo/Leipzig/Tübinga, 1894-1917.

19. La génesis de la teoría pura del derecho, con especial atención a sus raíces, está aún por hacer. Como «pista» apuntaré ahora solo un nombre: Ernst Rudolf Bierling (1841-1919), teórico del derecho, además de penalista y canonista. Fue catedrático de la facultad de derecho en Greifswald, ciudad alemana situada a orillas del Báltico. Sus dos obras más importantes son: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* [Crítica de los conceptos jurídicos fundamentales], 2 vols., Gotha, 1877 y 1883, y su impresionante *Juristische Prinzipienlehre* —en realidad, una verdadera teoría general del derecho—, en cinco volúmenes, Friburgo/Leipzig/Tübinga, 1894-1917.

A causa del apasionado debate político suscitado por una cuestión relativa a las dispensas matrimoniales, el Parlamento austriaco reformó la constitución y asimismo el Tribunal Constitucional. Como consecuencia de la reestructuración de dicho Tribunal, Kelsen fue removido de su puesto a comienzos de 1930. Esta circunstancia y el hecho de crearse un cierto clima adverso a su persona le impulsaron a aceptar el llamado de la Universidad de Colonia para formar parte de su claustro. A esta Universidad se incorporó ese mismo año a comienzos del semestre de invierno. El nombramiento que se le concedió fue el de catedrático de derecho internacional. Poco después publicó, en polémica con Carl Schmitt, el trabajo titulado «¿Quién debe ser el guardián de la constitución?»<sup>20</sup>. En Colonia Kelsen y su familia disfrutaron de unas condiciones agradables de vida hasta que los nazis se hicieron con el poder a comienzos de 1933. Destituído de su cátedra, emigraron a Suiza. En Ginebra se le ofreció ese mismo año una cátedra de derecho internacional en el Institut Universitaire des Hautes Études Internationales. Allí permanecieron hasta 1940<sup>21</sup>, en que nuevamente emigraron, esta vez a los Estados Unidos de América.

Fue precisamente al poco de su estancia en Ginebra, en 1934, cuando Kelsen publica *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*<sup>22</sup>, que presentamos aquí traducida, y que es la primera edición de una obra que verá una segunda muchos años después, en 1960. Era la segunda vez que Kelsen presentaba el resultado de sus investigaciones de manera global y sistemática. Dos diferencias sobresalen si se compara esta obra con la anterior versión sistemática —con su *Teoría general del Estado*—: primera, el ir dirigida de manera directa a los problemas característicos de la teoría general del derecho; segunda, el ser mucho más breve y, por tanto, asequible al gran público lector de obras de derecho y de otras ciencias sociales. Después me ocuparé con algo de detenimiento en subrayar los caracteres de esta obra.

La familia Kelsen llegó al puerto de Nueva York a comienzos del verano de 1940. Al ser doctor *honoris causa* por la Universidad de

20. H. Kelsen, «Wer soll der Hüter der Verfassung sein?»: *Die Justiz* 6 (1930/31), pp. 576-628. Hay edición española: H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?*, Tecnos, Madrid, 1995.

21. Durante un cierto tiempo compatibilizó la docencia en Ginebra con una cátedra en Praga, pero pronto las circunstancias políticas y ciertos acontecimientos de gravedad le harían abandonar definitivamente esta última ciudad.

22. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig/Viena, 1934.

Harvard<sup>23</sup>, fue en ella donde primero trabajó como *research associate*, financiado por una beca de la Fundación Rockefeller. En esta misma Universidad impartió docencia durante algún tiempo como *lecturer*, y asimismo en el Wellesley College y en la Universidad de Berkeley. Fruto de estos trabajos docentes, publicó varios escritos de derecho internacional<sup>24</sup>. En 1945 la Universidad de California (Berkeley) le nombra catedrático (*full professor*) en el departamento de Ciencia Política para impartir docencia e investigar «Derecho internacional, teoría general del derecho y orígenes de las instituciones jurídicas»<sup>25</sup>.

En 1945 ve la luz la tercera exposición general de la concepción jurídica de Kelsen, su *General Theory of Law and State*<sup>26</sup>. En este libro Kelsen presenta su teoría del derecho y del Estado adaptándola a su nuevo contexto intelectual, el norteamericano. Ese mismo año es nombrado «asesor legal» (*legal adviser*) de la Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra.

Los años siguientes fueron de gran actividad intelectual, que se vio reflejada en sus publicaciones. Además de las dedicadas al derecho internacional<sup>27</sup> y de un libro en francés titulado *Théorie pure du Droit. Introduction à la science du droit*<sup>28</sup>, destaca la segunda edición de *Teoría pura del derecho*<sup>29</sup>, la cual constituye realmente un nuevo libro. No en el sentido de que Kelsen no mantenga sus ideas filosóficas básicas, sino

23. Para entonces Kelsen había recibido dos doctorados *honoris causa*, ambos en 1936: el de la Universidad de Utrecht (20 de abril) y el de la Universidad de Harvard (18 de septiembre).

24. H. Kelsen, *Law and Peace in International Relations*, The Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41, Harvard UP, Cambridge, Mass., 1942. Trad. al español de F. Acosta, introd. de L. Recaséns Siches, FCE, México, 1943; H. Kelsen, *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944. Trad. al español de L. Echevarri y G. R. Carrió, introd. de A. L. Rioja, Losada, Buenos Aires, 1946.

25. Designación de su cátedra: «International law, jurisprudence, and origin of legal institutions». La razón de esta última materia hay que encontrarla en los trabajos de Kelsen sobre antropología.

26. Traducido al inglés por A. Wedberg, Harvard UP, Cambridge, Mass., 1945. Trad. al español, con el título *Teoría general del Derecho y del Estado*, de E. García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1950.

27. Destacan su *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Stevens & Sons, Londres; Frederick A. Praeger Inc., Nueva York, 1950; y *Principles of International Law*, Rinehart & Co., Nueva York, 1952, trad. al español de H. Caminos y E. C. Hermida, El Ateneo, Buenos Aires/Lima/Río de Janeiro/Caracas/Montevidéo/México/Barcelona, 1965.

28. Trad. de H. Thévenaz, Baconnière, Neuchâtel, 1953. Trad. al español de M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960.

29. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena, 1960.

por dos aspectos reseñables: primero, por su extensión mucho mayor que la primera edición; y además, porque introduce cambios notables en aspectos concretos de la teoría pura del derecho —a los que me referiré después brevemente—. Fueron también años de reconocimiento a su abnegado trabajo en condiciones no siempre favorables<sup>30</sup>.

Hans Kelsen murió en Orinda (cerca de Berkeley) el 19 de abril de 1973. Con carácter póstumo han sido publicados algunos trabajos suyos. Entre ellos es de destacar muy especialmente su *Teoría general de las normas*<sup>31</sup>, obra no acabada por su autor pero de gran interés para conocer la última fase de su pensamiento jurídico<sup>32</sup>. En la actualidad se están publicando las *Obras Completas*<sup>33</sup> en edición crítica, magníficamente elaborada y cuidada por un equipo dirigido por el profesor Matthias Jestaedt, en cooperación con el Instituto Hans Kelsen.

## 2. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

A continuación me limitaré a comentar algunas ideas esenciales de la teoría pura del derecho, tal como es expuesta por su autor en la primera edición de *Reine Rechtslehre* (1934).

### 2.1. El postulado de «pureza metódica»

La teoría pura del derecho es una concepción general del derecho, una manera de entenderlo. Es —puede decirse— una versión concreta de la disciplina denominada «teoría general del derecho» que, para su principal representante (Hans Kelsen), es la versión auténtica y coherente del positivismo jurídico. Esta concepción ha sido expuesta y desarrollada por varios autores en múltiples trabajos, como resultado de otras tantas

30. Kelsen recibió doce doctorados *honoris causa* —en España el de la Universidad de Salamanca en 1954—, además de otros galardones.

31. H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, ed. de K. Ringhofer y R. Walter, Manz, Viena, 1979; hay trad. al español: *Teoría general de las normas*, trad. de H. C. Delory Jacobs, introd. de J. F. Arriola, Trillas, México, 1994.

32. También hay que citar su amplia monografía sobre Platón: H. Kelsen, *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons* [La ilusión de la justicia. Investigación crítica de la filosofía social de Platón], ed. de K. Ringhofer y R. Walter, Manz, Viena, 1985.

33. *Hans Kelsen Werke*, Mohr Siebeck, Tübinga. A día de hoy se han publicado tres volúmenes: 1. «Escritos publicados entre 1905 y 1910», 2007; 2. (en dos tomos) «Escritos publicados en 1911», 2008; 3. «Escritos publicados entre 1911 y 1917», 2010; todos ellos editados por Matthias Jestaedt en cooperación con el Instituto Hans Kelsen.

investigaciones. De entre estos trabajos destacan los publicados por Kelsen, y en especial el libro cuyas dos ediciones llevan el título de *Teoría pura del derecho*. Hay que distinguir, por consiguiente, entre la concepción general del derecho que se denomina «teoría pura del derecho» y las obras en las que dicha concepción ha sido expuesta. Ahora me referiré tan solo a una de esas obras, a *Reine Rechtslehre*, y en concreto a su primera edición publicada en Viena en 1934. En ella recoge Kelsen las ideas básicas de su concepción teórico-jurídica y lo hace de una forma sintética y al mismo tiempo rigurosa.

El uso del calificativo «puro» (*rein*) o «pura» (*reine*) y del sustantivo «pureza» (*Reinheit*) estaba muy extendido en los ambientes científicos de la época por influencia de la filosofía kantiana y neokantiana. Se aplicaba no solo en los terrenos de la filosofía general<sup>34</sup> y de la filosofía jurídica<sup>35</sup>

34. Cf. R. Eucken, *Las grandes corrientes del pensamiento contemporáneo*, versión española de N. Salmerón y García, Daniel Jorro, Madrid, 1912, pp. 111-112. Subraya este autor que el término «puro» (*rein*) posee en la filosofía una larga historia. Destaca que desde Anaxágoras «significa, en el antiguo uso de la lengua, el carácter simple, puro, sin mezcla, del elemento espiritual, en oposición a la mezcla que existe en el mundo sensible. Los neoplatónicos y, siguiéndoles, la Edad Media, aplican este concepto al conocimiento y llaman puro a un conocimiento exento de toda imagen sensible [...]. También Descartes declara que la '*intellectio pura*' es '*quae circa nullas imagines corporeas versatur*'. En este sentido es como la escuela de Wolff tiene la expresión *reiner Verstand* (inteligencia pura), mientras que su *reine Vernunft* (razón pura) constituye lo contrario de la experiencia y corresponde así a lo *a priori*. [...] Gottsched sigue igualmente este uso [...]: 'Inteligencia pura' sin representaciones sensibles; [...] Razón pura —cuando no entra en nuestro razonamiento ninguna proposición de experiencia—. El empleo que Kant hace de la expresión *reine Vernunft* responde pues al uso de la lengua culta». Además del significado del término «puro» como equivalente a «a priori» —que es el que destaca Eucken— también se emplea en un segundo sentido como sinónimo de «depurado» o libre de elementos que no son propios de la perspectiva adoptada. Por último, no es infrecuente tampoco ver el término «puro» o «pura» para referirse al conocimiento —por ejemplo, una ciencia— meramente teórico, a diferencia de sus posibles aplicaciones —en cuyo caso se habla de «ciencia aplicada»—. Véase la voz «puro» en J. Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, t. III, nueva ed. revisada, aumentada y actualizada por J.-M. Terricabras, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 2965-2966. De estos tres sentidos, creo que es el segundo el que encaja en la terminología kelseniana. «Teoría pura del derecho» es teoría depurada de todo elemento que no sea jurídico, esto es, normativo. La primera acepción no parece aplicable, pues Kelsen defiende el positivismo. La tercera va implícita en el término «teoría». La teoría pura del derecho es «teoría» y además es —o pretende ser— «pura», es decir, depurada o liberada de aquellos contenidos que no le corresponden en tanto que ciencia positivista, normativista y formalista.

35. Kant emplea la expresión «teoría pura del derecho» (*reine Rechtslehre*). Cf. I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* [1797], ed. de W. Weischedel, en *Werkausgabe*, t. VIII, p. 503. También R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1923, reimp. Scientia, Aalen, 1970, pp. 1-4.

sino asimismo en el de la sociología<sup>36</sup> y en el de la economía<sup>37</sup>. Por lo común, la palabra indica la pureza del método. Se trata, por consiguiente, de un término que se incardina en el marco de las cuestiones metodológicas y epistemológicas. El kantismo introdujo la idea de que todas las formas de conocimiento —y especialmente las diversas ciencias— tienen la necesidad, si no quieren caer en la confusión en el tratamiento de sus respectivas materias, de delimitar nítidamente su *objeto* de conocimiento y su *método* para conocer dicho objeto. O, dicho con mayor precisión, toda forma de conocimiento —y, más en concreto, toda ciencia— está obligada por las exigencias del rigor y de la precisión a presentar primero su método propio, depurado de cualquier contaminación con los métodos de otras ciencias, y a partir del método claramente definido, en segundo lugar y en íntima conexión con él, a delimitar el objeto de su actividad, el campo de observación y análisis.

Ese es justamente el propósito de Kelsen. La teoría pura del derecho es una teoría «depurada» del derecho. ¿Depurada, de qué? De toda contaminación extrajurídica. Su método es el método normativo, y su objeto, el derecho entendido como un sistema de normas. En consecuencia, la depuración de toda contaminación extrajurídica significa la depuración de todo elemento que no sea normativo.

¿Cuáles son esos elementos que no son jurídicos —o sea, normativos— y que suponen una intromisión en la ciencia del derecho? La respuesta es sencilla: todos los que no son estrictamente jurídicos —o sea, normativos— y que pertenecen a otras ciencias, como la sociología, la biología o la psicología, o a otras formas de conocimiento no científicas, como la filosofía y, en general, lo que suele designarse con el nombre de «ideologías». Cuando otras formas de conocimiento —científicas o

36. Así, Ferdinand Tönnies titula su famosa obra *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie* [Comunidad y sociedad. Conceptos fundamentales de sociología pura], Berlín, <sup>2</sup>1912, <sup>3</sup>1935; reimp. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1991. Georg Simmel emplea también el término «puro» —como equivalente a «formal», que aparece con más frecuencia— en su *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, 1908; hay trad. española: *Sociología. Estudios sobre las formas de socialización*, Revista de Occidente, Madrid, 1927, <sup>2</sup>1977. Por ejemplo: «puras formas de socialización» (p. 19 de la versión española).

37. El economista francés Léon Walras tituló una de sus obras más importantes *Éléments d'économie politique pure*, 1874-1877. Alfred Marshall tituló dos de sus obras *Pure Theory of Foreign Trade* y *Pure Theory of Domestic Values*, en copia privada, 1879, reimp. London School, 1930. Gottfried Haberler titula una de las partes de su libro «Teoría pura del comercio internacional». Véase de este autor *El comercio internacional*, traducción al español de Román Perpiñá Grau, Labor, Barcelona, 1936, pp. 134 ss. Friedrich Hayek titula uno de sus libros *La teoría pura del capital* (1941).

no— se introducen en la ciencia del derecho, se produce una mezcla de métodos, un «sincretismo metódico» —como prefiere decir Kelsen—, que tiene el efecto de arruinar la ciencia jurídica. La teoría pura del derecho se propone abrirse camino en dos frentes de posible «contaminación»: contra las ciencias empíricas y contra las ideologías de cualquier signo.

Las ciencias empíricas tienen por objeto la investigación de los hechos de acuerdo al método experimental (observación, medición y verificación). Este es el método típico de las ciencias de la naturaleza (física, química, etc.). En el terreno de las ciencias sociales, la sociología y la psicología proceden del mismo modo al tener como objetivo el estudio de los hechos sociales y psíquicos, respectivamente. En este sentido son asimismo ciencias «naturales». Su principio básico es el principio de causalidad, en virtud del cual los fenómenos —de diversa naturaleza— se concatenan entre sí como causas y efectos. Frente a estas ciencias, se alzan las ciencias «normativas», cuyo objeto no son los hechos sino las normas. A este tipo de ciencias pertenecen la ética y la ciencia del derecho. Su principio básico es el principio de imputación, por medio del cual se imputan o atribuyen determinadas consecuencias a ciertos supuestos de hecho y asimismo determinadas acciones a determinadas personas consideradas responsables. El principio de imputación tiene diversas aplicaciones en la teoría pura, de las que sobresale la que tiene lugar en la misma norma o proposición jurídica. Esta se compone de supuesto de hecho (ilícito) y consecuencia jurídica (o sanción). Se dice entonces que —gracias a la acción del legislador que ha creado la norma— determinada consecuencia jurídica (o sanción) se imputa a determinado supuesto ilícito.

El segundo frente de «depuración» de la teoría pura del derecho es la ideología. La teoría pura se presenta a sí misma como la teoría del positivismo jurídico. Eso quiere decir que tan solo pretende describir su objeto, el derecho como sistema de normas, y asimismo que esa descripción es objetiva, o sea, libre de valoraciones. Todo juicio referente a valores es subjetivo y, por tanto, no tiene cabida en la ciencia. Tampoco, obviamente, en la teoría pura, ya que esta solo quiere ser una ciencia, la ciencia del derecho. Otra forma de decir lo mismo es la afirmación de que la teoría pura no es política ni ética y, por consiguiente, no cabe en su seno la expresión de juicios políticos o morales. Eso no significa en absoluto —como a veces se dice— negar que el derecho tenga contenidos políticos o morales. Significa únicamente que la ciencia jurídica no debe permitirse análisis o valoraciones de tipo político o moral. Es a la ciencia a la que se exige la «pureza» metódica y no al derecho, que es el objeto de conocimiento, el fenómeno que la ciencia ha de conocer. La teoría pura del derecho no es una teoría del derecho «puro». Tal cosa

no existe, ya que el derecho siempre posee unos contenidos políticos, morales, económicos, etcétera.

Pero si el derecho posee todos esos contenidos, ¿cómo es posible que la teoría pura pueda prescindir de ellos? Por la sencilla razón de que la teoría pura —como teoría general del derecho— se fija tan solo en sus aspectos o conceptos generales. En otras palabras, el objeto de la teoría pura es la investigación de los conceptos y estructuras formales del derecho en general, y no los contenidos concretos de uno o varios ordenamientos jurídicos particulares. Es, pues, una teoría formalista del derecho. Por eso se la podría denominar también «teoría formal» del derecho.

Positivismo, normativismo y formalismo son términos claves que resumen muy bien los caracteres metódicos de la concepción kelseniana.

## 2.2. La norma jurídica

Si el método proclamado como idóneo por la teoría pura es el método positivista, normativista y formalista, el objeto viene delimitado por el conjunto de normas jurídicas que componen el ordenamiento u orden jurídico. La primera edición de *Teoría pura del derecho* sostiene una concepción homogénea de la norma de derecho. Esto significa que, de acuerdo a dicha concepción, todas las normas jurídicas poseen la misma estructura formal. Kelsen expresa esto diciendo que la norma jurídica es un juicio hipotético que conecta un supuesto fáctico ilícito con una consecuencia jurídica por medio de un nexo lógico de deber o deber-ser.

Es un «juicio» o «frase» (*Satz*), de donde viene la palabra *Rechtsatz* o «proposición jurídica», que también puede traducirse por «norma jurídica». La «proposición jurídica» no siempre viene completa en las disposiciones legales (*Bestimmungen, Rechtsbestimmungen*), sino que casi siempre hay que construirla a partir del material ofrecido por dichas disposiciones. La «proposición jurídica» es —por decirlo así— la norma jurídica completa, con los dos elementos señalados (supuesto de hecho y consecuencia jurídica). La norma de derecho es, como queda dicho, un juicio *hipotético*. Esto quiere decir que la proposición parte de la hipótesis o supuesto de que se produzca un hecho considerado ilícito (por ejemplo, un homicidio, el impago de una deuda, una infracción de tráfico). Kelsen también la denomina *condición*. La condición jurídica es el supuesto de hecho o supuesto ilícito de la norma.

La norma de derecho consta de dos elementos: el supuesto o condición —que tenga lugar un ilícito— y la consecuencia jurídica —o san-

ción—. Este segundo elemento es imputado al primero en base a la decisión del legislador. La sanción sigue al acto ilícito no como «efecto» de una «causa», sino como una consecuencia imputable a aquel acto. Este acto es considerado ilícito por el legislador y asimismo es el legislador el que decide imputar una determinada consecuencia jurídica a dicho acto. Sin la decisión del creador de la norma, no sería ilícito el acto ni tampoco habría consecuencia jurídica.

Entre el supuesto ilícito y la consecuencia jurídica hay un nexo lógico de deber o deber-ser (*Sollen*). Es el «deber» o «deber-ser» el verbo que caracteriza a toda norma, de cualquier género que sea, y también a la norma jurídica. La norma moral es categórica, incondicionada («*debes* ser leal a tus amigos»). La norma jurídica es condicionada o hipotética («si X ha cometido homicidio *debe* ser sancionado con la pena de prisión de tantos años»). La norma jurídica supone una valoración de la conducta humana, pero esa valoración no es la subjetiva de cada cual, sino la que se presupone en el legislador que ha establecido la norma y, por tanto, tiene carácter «social», «objetivo», que se refleja en la proposición jurídica.

Desde una perspectiva filosófica, Kelsen mantiene siempre la distinción entre ser (*Sein*) y deber (*Sollen*), de inspiración neokantiana. Hay dos mundos: el mundo del ser o de la «facticidad», de los «hechos», y el mundo del deber o deber-ser, el mundo de las normas. Entre ambos existe un «abismo infranqueable», de tal modo que no se puede «saltar» de uno al otro. Las ciencias empíricas (física, química, sociología, etc.) investigan el ser, lo fáctico, lo que sucede en la realidad fenoménica, mientras que las ciencias normativas (ética, ciencia jurídica) investigan el deber-ser, las normas. No es posible «saltar» de lo que es a lo que debe ser, ni viceversa. Por esa razón el derecho —como conjunto de normas— no puede fundarse o fundamentarse en un hecho sino en una norma, a la que denomina «norma fundamental» o «norma básica» (*Grundnorm*). Para entender esta tesis hay que pasar al análisis del concepto de orden u ordenamiento jurídico (*Rechtsordnung*).

## 2.3. El ordenamiento jurídico y la norma fundamental

Para Kelsen el derecho es un sistema de normas, un conjunto normativo cuya descripción es tarea de la ciencia jurídica. Ahora bien, hay que distinguir dos tipos de sistemas normativos: el tipo estático y el tipo dinámico. El primero es propio de la moral. Consiste en que, a partir de una norma general («haz el bien»), se derivan preceptos concretos por medio de la deducción lógica («consuela a los enfermos»). El tipo dinámico es

propio del derecho. Este es un sistema cuyas normas no derivan unas de otras por deducción lógica sino por intermediación de «actos de voluntad» creadores de normas. Entre la constitución y la ley se interpone la voluntad del legislador que promulga esta. Entre la ley y la sentencia se interpone la voluntad del juez que la dicta.

El ordenamiento jurídico tiene una estructura jerárquica o escalonada (*Stufenbau*). Las normas jerárquicamente superiores prevén los aspectos formales (procedimiento) de creación de las inferiores y a veces determinan también su contenido —determinación que unas veces es rígida y otras más flexible o laxa—. En el derecho positivo («puesto», «impuesto») la constitución ocupa el escalón superior; después, las leyes; a continuación las normas generales de la administración (reglamentos y otros tipos de normas). Todas estas normas, caracterizadas comúnmente por su generalidad de contenido, se concretan en las normas individuales: las sentencias de los jueces, los actos administrativos y los negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.). Por último, en la base del edificio jerárquico de las normas se encuentran los actos de ejecución de las normas individuales. Cada escalón o nivel jerárquico supone la ejecución o aplicación de la norma superior y, al mismo tiempo, la creación de la nueva norma. Así, el acto del legislador aplica o ejecuta la constitución a la vez que crea la ley. El acto del juez aplica la ley y crea la sentencia. El acuerdo entre los contratantes aplica la ley y crea la norma contractual. Frente a la concepción que separa creación y ejecución (o aplicación) del derecho —típica de la mentalidad legalista—, Kelsen sostiene la *relativización* de la distinción.

La teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico proporciona la base para elucidar el concepto de validez. ¿Por qué es válido un determinado acto de ejecución —por ejemplo, la ejecución forzosa de los bienes de un deudor—? Respuesta: porque se apoya en una sentencia judicial que impone dicha sanción. ¿Por qué esa sentencia es válida? Porque se apoya en el código civil y en las leyes procesales. ¿Por qué son válidos el código civil y las leyes procesales? Porque derivan su validez de la constitución.

Ahí, en la constitución se acaba —«hacia arriba»— el derecho positivo. Pero la pregunta siguiente no se deja esperar: ¿por qué es válida la constitución? Al no haber una norma positiva por encima de ella, la respuesta no puede ser otra, para la teoría pura, que una presuposición: la constitución es válida porque se supone una norma que la hace obligatoria. Esa norma no es una norma de derecho positivo, sino una norma supuesta, pensada, hipotética. Es un presupuesto del pensamiento jurídico —esto es, del modo en que piensan los juristas el derecho—.

Es la norma fundamental o básica (*Grundnorm*), que puede expresarse en los siguientes términos: «Es jurídicamente obligatorio obedecer la constitución»; o bien —lo que es equivalente—: «Es un deber jurídico obedecer al poder constituyente».

#### 2.4. Validez y eficacia

Si la validez (*Geltung*) es una cualidad intrínseca de las normas, la eficacia (*Wirksamkeit*) las relaciona con el acontecer externo a ellas, con los comportamientos reales de los seres humanos. Una norma es eficaz si, en términos generales, se cumple; es ineficaz en caso contrario. Kelsen se plantea el problema de la relación entre validez y eficacia. Su respuesta es, en síntesis, esta: la eficacia es condición —no razón— de la validez de un ordenamiento considerado en su conjunto; no así de la norma, individualmente considerada, la cual es válida siempre que forme parte de un ordenamiento jurídico válido que, como queda dicho, para ser válido ha de ser eficaz en su conjunto. Distingue, por tanto, dos supuestos: el del orden jurídico considerado en su conjunto (el derecho español, el derecho brasileño, el derecho colombiano) y el de la norma individual. Esta es válida siempre que pertenezca a un ordenamiento válido, con independencia de que la norma en cuestión sea eficaz o no lo sea. En cambio, el ordenamiento jurídico solo será válido *si* en su conjunto es eficaz. Este «si» es condicional. La eficacia es *condición* de la validez del ordenamiento, pero no *razón* de la misma. El ser condición apunta a que la eficacia es un requisito que ha de darse para que el ordenamiento sea válido. La razón, por el contrario, significa el porqué es válido el ordenamiento. A esta cuestión del porqué de la validez solo se puede responder acudiendo a la tesis de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico y a la tesis de la norma fundamental.

#### 2.5. Los conceptos jurídicos como conceptos normativos

El método propugnado por la teoría pura del derecho es —como queda dicho— positivista, normativista y formalista. Hemos visto ya algunas de sus aplicaciones. Formulada en sus términos más generales, dicho método implica que todos los conceptos jurídicos han de analizarse mediante su aplicación. Por tanto, los conceptos jurídicos tienen que reflejar el derecho positivo. Quedan excluidos los supuestos conceptos que no tienen que ver con el derecho «puesto», por ejemplo, el concepto de «ley natural». Además, han de ser conceptos normativos, lo que significa que han de ser definidos desde la perspectiva de la norma o proposición jurídica

(*Rechtssatz*). Esta constituye el concepto jurídico central de la teoría general del derecho, y a partir de ella es como hay que desentrañar el sentido de los demás conceptos que maneja o supone todo ordenamiento jurídico positivo. Por último, los conceptos jurídicos han de ser conceptos formales, esto es, generales, susceptibles de integrar en su seno diversos contenidos materiales. Pues, como enfatiza Kelsen, cualquier contenido puede ser objeto de regulación de las normas del derecho. Por ejemplo, el aborto consentido en unos países puede constituir un delito, en otros solo en ciertos supuestos, en otros estar permitido durante un determinado tiempo del embarazo y en otros ser totalmente libre. El derecho positivo especificará en cada caso sus contenidos de regulación. Pero eso no interesa a la teoría pura. Esta solo se centra en el concepto formal o general de «acto ilícito» y de «acto lícito».

Partiendo de que la norma jurídica se expresa en el juicio hipotético antes descrito de supuesto ilícito y consecuencia jurídica, de la forma «Si S es, debe ser C», es evidente que de ella se derivan directamente tres conceptos: el de supuesto o acto ilícito, el de consecuencia jurídica y el de deber jurídico.

El acto ilícito es el supuesto de hecho de la norma. Quien realiza el acto ilícito «cumple» el supuesto establecido normativamente como condición de la consecuencia jurídica<sup>38</sup>. La consecuencia es la sanción, la cual consiste en la privación de un bien, que puede ser de diversa especie (vida, libertad, patrimonio, etc.). La sanción jurídica es coactiva. Por eso, la teoría pura afirma que el derecho es un orden coactivo de la conducta humana. Si el ordenamiento jurídico está compuesto por normas que tienen —todas ellas— la misma estructura, es evidente que todas las normas jurídicas son coactivas. Por último, de la norma —en concreto, del «deber» que la caracteriza— deriva también directamente el concepto de deber jurídico. Todas las normas imponen deberes. Las normas morales imponen deberes morales, y las jurídicas, deberes jurídicos. En su formulación genuina, la proposición jurídica (*Rechtssatz*) establece el deber jurídico de imponer una sanción al sujeto responsable del acto ilícito.

¿A quién va dirigido ese deber? Formulada la pregunta en otros términos: ¿quién es el destinatario del deber jurídico que viene impuesto en la proposición jurídica? Obviamente, no puede ser otro que el encargado de imponer sanciones —sea un órgano funcional del Estado, sea un particular en el que el ordenamiento (primitivo) delegue, en cuyo

38. Por lo tanto, según Kelsen, carece de sentido designarlo como «acto antijurídico», como hace la doctrina tradicional.

caso también puede ser considerado «órgano» de la comunidad jurídica a la que pertenece—.

Junto a estos conceptos que están incorporados directamente en la propia norma de derecho entendida como proposición jurídica, hay otros conceptos jurídicos que se derivan de ella de modo implícito o indirecto.

En primer lugar, hay que destacar que la norma jurídica formulada en la forma «Si S es, debe ser C», conlleva implícito el deber jurídico dirigido no al órgano que ha de aplicar la norma, sino a otros destinatarios. Así, si la norma preceptúa que al homicida se le debe imponer la pena de tantos años de prisión, es evidente que, además de ese deber explícito dirigido al juez, está implícito el deber de todas las personas de no cometer homicidio. Esto lo teoriza Kelsen afirmando que junto a la norma completa —o norma primaria— hay que tener en cuenta la norma implícita en ella, cuya formulación es: «Debes no-S», o sea, «Debes comportarte de tal modo que no realices el supuesto ilícito». A esta norma, casi siempre implícita, la denomina norma secundaria ya que es superflua una vez que se tiene formulada la norma primaria. Un ordenamiento jurídico es perfectamente describible por medio de la enunciación de sus normas primarias —que vienen a ser las normas jurídicas completas, al prever tanto los supuestos de hecho ilícitos como las consecuencias jurídicas correspondientes—.

El resto de los conceptos jurídicos se derivan también mediatamente de la norma o proposición de derecho (*Rechtssatz*). Kelsen se detiene especialmente en el concepto de derecho subjetivo y en el de persona. El derecho subjetivo no es sino una derivación, un «reflejo» del deber jurídico. Consiste básicamente en la posibilidad, concedida por el ordenamiento jurídico a un sujeto, de que este participe en la exigencia de que otro u otros sujetos cumplan su deber. Así, el propietario que ve vulnerada de cualquier forma su propiedad tiene el poder —concedido por las normas jurídicas— de poner en marcha el aparato estatal para que este haga que el infractor cumpla con su deber y, en su caso, le sancione por no haberlo cumplido. El acreedor tiene un derecho de crédito contra el deudor. Eso solo es posible porque el deudor tiene una deuda, un deber jurídico que cumplir. El ordenamiento concede al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento de dicha deuda, de dicho deber. Los deberes jurídicos son siempre previos, prioritarios, y los derechos subjetivos solo pueden ser entendidos cabalmente como una derivación de aquellos. Alguien tiene un derecho si, y solo si, otro tiene previamente un deber respecto de él.

Tanto la persona física como la jurídica son personas «jurídicas», esto es, construcciones del derecho. Para Kelsen la persona o el sujeto de derecho, desde el punto de vista jurídico, no es otra cosa que la repre-

sentación unificada de un conjunto de normas, un centro unitario de imputación.

## 2.6. La superación de los dualismos tradicionales

Kelsen considera que la tarea de depuración de los elementos «ideológicos» no solo tiene que llevarse a cabo contra la teoría del derecho natural sino —lo que es quizás más importante, por estar más ocultos— en el propio seno del positivismo jurídico. Sostiene que la teoría general del derecho está plagada de conceptos y construcciones que son, en realidad, infiltraciones de naturaleza iusnaturalista o, en cualquier caso, ideológicas, políticas. Buena parte de la teoría pura del derecho está dedicada a «disolver» (*auflösen*) —palabra que emplea Kelsen con frecuencia— esos conceptos y construcciones, desvelando su significado real para el derecho, esto es, su significado normativo. La teoría positivista que le precede se caracteriza, según Kelsen, por su afición a las construcciones dualistas que, una vez desveladas y «deconstruidas» —término no utilizado por él, pero que aquí es perfectamente aplicable—, quedan eliminadas.

Los dualismos tradicionales en la teoría general del derecho son principalmente los siguientes: creación y aplicación del derecho (ya tratado antes), derecho objetivo y derecho subjetivo, persona física y persona jurídica, derecho y Estado, derecho estatal y derecho internacional. La dualidad entre derecho objetivo y derecho subjetivo queda disuelta desde el momento en que se descubre que este último no es sino la norma jurídica —o sea, el derecho objetivo— en cuanto que se pone a disposición de un sujeto para exigir el cumplimiento del deber jurídico de otro sujeto. Según Kelsen, ese dualismo tiene la función ideológica de defender unos supuestos derechos previos a la fundación del Estado y que este debe reconocer para justificar su existencia. Semejante papel cumpliría la dualidad de persona física y persona jurídica. Se da a entender con ella que el individuo humano tiene una existencia «jurídica» propia, previa a la regulación de las normas del derecho. Mientras que a la persona jurídica se la considera una ficción, a la persona física se la ve como una realidad jurídica previa a la existencia del derecho y por tanto independiente de este, cuando en realidad la persona física es asimismo «jurídica», ya que son las normas las que conceden dicha cualidad —o no, como sucede en el caso de los esclavos—.

El dualismo más llamativo y sobre el que Kelsen ejerce sus agudas críticas con mayor insistencia, si cabe, es el de Estado y derecho. Para

la doctrina tradicional —cuyo representante máximo, al menos en este punto, es Georg Jellinek con su teoría de las «dos caras» del Estado, la jurídica y la social—, Estado y derecho son dos realidades diferentes. Kelsen sostiene que no es posible mantener esa distinción pues, desde la perspectiva de la ciencia del derecho, el Estado es pura y sencillamente el orden jurídico. Un Estado no es otra cosa que un ordenamiento jurídico, un sistema de normas de derecho. Estado y derecho son la misma cosa. La función ideológica de la dualidad está en que, gracias a ella, sería posible justificar la existencia del Estado por medio del derecho. No otra cosa significa el llamado «Estado de derecho» (*Rechtsstaat*). Mediante el desdoblamiento de ambos conceptos, la doctrina tradicional concibe al Estado como una realidad sometida al derecho y justificada así de esta manera como Estado «jurídico», como Estado «justo». Una variante, en definitiva, de la concepción iusnaturalista del Estado, que justifica a este por su sometimiento al derecho natural. Ahora, en la doctrina tradicional del positivismo, se cambia «derecho natural» por «derecho» simplemente, mas el esquema justificador de fondo permanece el mismo. En contra, Kelsen sostiene la identidad de ambos y por eso afirma que todo Estado es Estado de derecho, ya que todo Estado tiene su propio derecho, su propio ordenamiento jurídico.

Tampoco es sostenible —según Kelsen— la tesis dualista que afirma la existencia del derecho estatal y del derecho internacional como dos ordenamientos jurídicos independientes. Ampliando más el razonamiento, niega legitimidad no solo a la tesis dualista sino asimismo a la tesis pluralista —para la cual en la historia y en el presente se reconoce la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos—. De igual modo a como la «naturaleza» constituye un mundo unitario, así el derecho conforma una «unidad», el «mundo jurídico». La razón de ello es de carácter epistemológico: la unidad de método requiere la unidad de objeto. El método jurídico es uno: el normativo. El objeto de la ciencia jurídica es uno: el derecho. En el mundo humano hay *un* orden jurídico si bien se manifiesta descentralizadamente en múltiples «subsistemas»<sup>39</sup> que forman parte de una unidad superior. Esa unidad está presidida por el derecho internacional.

39. Kelsen no emplea esta expresión, pero es perfectamente aplicable aquí. El sistema jurídico total o global —el derecho mundial—, además del derecho internacional, abarcaría subsistemas jurídicos concretos, como los subsistemas estatales. Estos, a su vez, pueden integrar otros subsistemas en su seno, como otros Estados en el caso de un Estado federal, los *Länder* o las Comunidades autónomas.

### 2.7. La interpretación

La teoría pura del derecho no cree posible encontrar *una* interpretación de la norma de derecho que sea «la correcta». Esto es lo que afirma la concepción tradicional, al suponer que para cada norma solo puede haber una interpretación que se adecue al caso que hay que resolver. Kelsen sostiene que la norma es un marco abierto a distintas posibilidades interpretativas. De entre esas posibles interpretaciones, el órgano que aplica la norma al caso ha de elegir necesariamente una, y eso solo es posible mediante un acto de voluntad. Aplicar las normas a los casos no solo supone un proceso cognoscitivo —en virtud del cual se aprecian las diversas alternativas que ofrecen las normas que hay que aplicar—, sino también y sobre todo un acto volitivo que impulsa al órgano a elegir una de las interpretaciones posibles. De ahí que no sea admisible el elenco de métodos interpretativos que en la ciencia del derecho son defendidos con gran convicción. Puede afirmarse que, para Kelsen, todas las teorías sobre el razonamiento y la argumentación jurídica constituyen intentos vanos para disimular el hecho esencial de que toda aplicación de derecho es resultado de la voluntad del órgano que lo aplica y que, por consiguiente, las mencionadas teorías no son sino formas pseudo-racionales de justificación de las decisiones que se adopten.

### 3. EL LIBRO TEORÍA PURA DEL DERECHO

Kelsen publica el libro titulado *Reine Rechtslehre* («Teoría pura del derecho») en 1934, cuando se encontraba residiendo en Ginebra, tras haber vivido en Colonia durante tres años (1930-1933). En este libro resume su concepción teórico-jurídica de manera escueta, orientada —puede decirse— al público general de los juristas. Posteriormente publicaría una segunda edición, concretamente en 1960, con el mismo título —aunque distinto subtítulo—, pero de dimensiones muy diferentes. Esta segunda edición es mucho más amplia; puede decirse que es «otro libro», si bien el espíritu general de la obra se conserva y asimismo sus ideas filosóficas de partida. Ello no obstante, hay entre ambas ediciones diferencias notables de concepción en puntos decisivos de la teoría pura del derecho.

Se da la circunstancia sorprendente de que en lengua española disponemos de cuatro ediciones diferentes de la obra de Kelsen que llevan el mismo título de *Teoría pura del derecho*. ¿Cómo es esto posible? ¿Cómo puede haber cuatro ediciones en español de la misma obra con el mismo

título, mientras que en alemán solo existen dos, la de 1934 y la de 1960? Todavía recuerdo, divertido, las caras que pusieron los profesores austriacos cuando, en un simposio que tuvo lugar en la Universidad Complutense en noviembre de 1980, comencé mi ponencia con esta frase: «Señores, para conocer la evolución de la obra titulada *Teoría pura del derecho* es mejor conocer el español que el alemán, ya que en nuestra lengua disponemos de dos ediciones más»<sup>40</sup>. A continuación expliqué el porqué de semejante aseveración.

Antes de la primera edición en alemán —del año 1934— vio la luz, traducida por Luis Legaz y Lacambra, la obra titulada *La teoría pura del derecho (método y conceptos fundamentales)*. Se publica en 1933<sup>41</sup>. Después, la primera edición en alemán del año 1934, *Reine Rechtslehre*, se publicaría traducida al español por Jorge García Tejerina en 1941 con el título *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*<sup>42</sup>. La tercera versión al español corresponde a la traducción del francés de la obra *Théorie Pure du Droit. Introduction à la Science du Droit* (1953, ya citada) con el título *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, traducida por Moisés Nilve y publicada en 1960<sup>43</sup>. Por último, la cuarta obra es la versión en español de la segunda edición en alemán de 1960, *Reine Rechtslehre*, traducida por Roberto J. Vernengo y que se publica en 1979 con el título *Teoría pura del derecho*<sup>44</sup>.

40. Obsérvese que, al pronunciar esta frase, estaba pensando exclusivamente en la obra titulada *Teoría pura del derecho* y no en la concepción de teoría general del derecho que lleva el mismo nombre. Para conocer esta última es preciso sumergirse en toda la obra teórico-jurídica de Hans Kelsen, desde *Hauptprobleme* (1911) hasta *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).

41. H. Kelsen, *La teoría pura del derecho (método y conceptos fundamentales)*, versión del alemán de L. Legaz y Lacambra, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933. Ese es el título que aparece en la cubierta del libro. En primera página interior se puede leer, sin embargo, este otro título: *El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho*. Al comienzo del «Prólogo del Traductor» puede leerse: «Debo gratitud al gran maestro —mi maestro— y amigo el profesor Hans Kelsen por haberme dado ocasión de asociar mi nombre al suyo, brindándome la traducción de este precioso trabajo, inédito en alemán, en el que se exponen las líneas fundamentales de la teoría pura del derecho» (p. 1).

42. H. Kelsen, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, trad. de J. G. Tejerina, introd. de C. Cossio, Losada, Buenos Aires, 1941.

43. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de M. Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1960. En el «Prólogo» pueden leerse ciertas explicaciones de Kelsen referentes a las modificaciones que esta edición francesa introduce respecto de la edición en alemán de 1934.

44. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad., de la segunda edición en alemán, de R. J. Vernengo, presentación de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma

Ahora bien, para conocer a fondo la teoría pura del derecho —y me refiero ahora a la concepción así denominada— no es suficiente con las sucesivas ediciones mencionadas. Esta concepción general del derecho se inaugura, en el marco de la Escuela de Viena, con la obra de Kelsen *Problemas capitales* (1911), ya citada. Durante los años que siguen se van elaborando en el seno de la Escuela diversos aspectos de la teoría pura, que se recogen en una panorámica de conjunto en *Teoría general del Estado* (1925). Entre ambas fechas Kelsen publica una serie de monografías de grandísimo interés para conocer la evolución de su pensamiento teórico-jurídico, y lo mismo hacen otros destacados representantes de la Escuela, especialmente Merkl y Verdross. El primero elabora, siguiendo las huellas de Bierling, la teoría de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico. El segundo aporta la concepción de la norma fundamental. Un escrito decisivo que permite conocer el salto cualitativo en la elaboración de la teoría pura del derecho durante esos años es el «Prólogo» a la segunda edición de *Problemas capitales* (1923). Una síntesis apretada de la concepción kelseniana se encuentra por primera vez en *Teoría pura del derecho* (1.ª ed. 1934). En su *Teoría general del derecho y del Estado* (1945) expone su pensamiento teórico-jurídico en diálogo con la teoría del derecho anglo-americana; esta obra puede ser considerada como una versión de la teoría pura del derecho «abierta» al realismo jurídico dominante en Estados Unidos. En la segunda edición de *Teoría pura del derecho* (1960) expone Kelsen su concepción madura de la teoría pura, concepción que se continúa con matices en su obra póstuma *Teoría general de las normas* (1979). Estos son los principales eslabones de la cadena cuyo conjunto forma el pensamiento jurídico de Hans Kelsen.

#### 4. LA PRESENTE EDICIÓN

La traducción de la primera edición de *Reine Rechtslehre* se ha hecho directamente del alemán. El criterio que hemos seguido ha sido doble: fidelidad al texto y español inteligible. Conjuguar ambos aspectos ha sido el verdadero «caballo de batalla», pues el estilo de Hans Kelsen —al me-

de México, México, 1979. No incorpora, sin embargo, el Apéndice que tiene la segunda edición en alemán (1960) titulado «Das Problem der Gerechtigkeit» [«El problema de la justicia»]. Tampoco el «Sach- und Namenverzeichnis» [«Índice de materias y nombres»] ni el «Chronologisches Verzeichnis der Veröffentlichungen Hans Kelsens» [«Índice cronológico de las publicaciones de Hans Kelsen»], elaborado por R. Aladár Métall.

nos en este libro— se caracteriza por la expresión excesivamente seca y por la reiteración de los mismos términos en un mismo párrafo. Siempre que hemos podido evitar ambas características —sobre todo, la segunda— lo hemos hecho. Aun así, nuestra preocupación constante ha sido mantener la fidelidad al texto, tanto en lo que se refiere al contenido como en lo que concierne al estilo.

El original de referencia sobre el que se ha vertido la traducción ha sido: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig und Wien, 1934<sup>45</sup>. La edición original contiene una «Bibliographie der Reinen Rechtslehre» («Bibliografía de la teoría pura del derecho»)<sup>46</sup>, elaborada por Rudolf Aladár Métall. Esta parte no ha sido incorporada a esta edición en español.

Para concluir este breve estudio introductorio me referiré a algunos de los términos alemanes y a la traducción que de ellos hemos hecho. Como regla general, hemos respetado los términos cuya traducción ya está consolidada. Así, por ejemplo, *Geltung* lo hemos traducido por *validez* y no por *vigencia*. La expresión *geltendes Recht* se ha traducido por *derecho vigente*. *Grundnorm*, siguiendo el uso, lo hemos traducido como *norma fundamental*, aunque más propio quizás sería *norma fundante* o *norma fundamentante*, ya que esta norma cumple la función de fundar o fundamentar el ordenamiento jurídico.

*Ordnung* lo hemos traducido por *orden*. *Normative Ordnung*, por *orden normativo*. *Rechtsordnung*, unas veces por *orden jurídico* —como cuando se dice el «orden jurídico del capitalismo»—, otras por *ordenamiento jurídico* —como cuando se dice el «ordenamiento jurídico estatal»—. *Rechtssystem*, por *sistema jurídico*. Kelsen utiliza como sinónimos *Rechtsordnung* y *Rechtssystem*, si bien este último lo emplea en escasas ocasiones.

*Stufenbau* se ha traducido como *estructura jerárquica* o *jerarquizada*. *Stufen*, por *niveles* o *escalones*. *Bestimmung*, por *disposición*. *Rechtsbestimmung*, por *disposición jurídica*. *Bestimmen*, dependiendo del contexto, por *determinar*, *disponer*, *prever*, *definir*.

45. La última edición de esta obra es: H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Studienausgabe der 1. Auflage, herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008.

46. Esta «Bibliografía» se compone de dos partes: la primera recoge los «escritos teórico-jurídicos de Hans Kelsen», y la segunda, los «escritos de otros autores referentes a la teoría pura del derecho».

*Rechtssatz* lo hemos traducido, siguiendo un cierto uso, como *proposición jurídica*, para distinguirlo de *Rechtsnorm*, *norma de derecho* o *norma jurídica*. Kelsen emplea ambos términos. Hay que subrayar, sin embargo, dos aspectos: en esta obra, *Rechtssatz* es la *norma jurídica completa* —compuesta de supuesto de hecho y consecuencia jurídica—, mientras que *Rechtsnorm* tiene un carácter ambiguo: lo mismo puede identificarse con *Rechtssatz*, que significar —con carácter general— *precepto* o *disposición normativa*\*.

## TEORÍA PURA DEL DERECHO (1934)

\* En este breve estudio de introducción me he limitado a exponer, con la mayor concisión de que he sido capaz, los aspectos esenciales de la concepción de Hans Kelsen en la primera edición de su obra principal, *Reine Rechtslehre* (1934). Para la crítica interna de la teoría pura del derecho remito al lector a mi obra *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. I, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010.

## PRÓLOGO

Han pasado ya más de dos décadas desde que emprendí la tarea de desarrollar una teoría pura del derecho, esto es, una teoría que estuviese depurada de toda ideología política y de todo elemento proveniente de las ciencias naturales, una teoría que fuera consciente de su carácter peculiar en razón de la legalidad propia de su objeto. Desde el comienzo mi meta fue elevar la jurisprudencia que, abierta o veladamente, se había convertido en reflexión político-jurídica al nivel que es consustancial a una verdadera ciencia, en concreto al nivel de una ciencia cultural. La tarea consistía en profundizar en las tendencias del pensamiento jurídico que solo tenían como norte el conocimiento del derecho, y no de qué manera debía ser configurado materialmente; se trataba asimismo de aproximar lo más posible sus resultados al ideal que preside toda ciencia: la objetividad y la exactitud.

Con satisfacción puedo hoy constatar que no me he encontrado solo al recorrer este camino. En todos los países desarrollados he hallado una adhesión estimulante, asimismo en todos los ámbitos del trabajo profesional de los juristas, tanto entre los teóricos como entre los prácticos, e igualmente he encontrado apoyo en conspicuos representantes de las ciencias afines. Un conjunto de personas dotadas de similares inquietudes se ha agrupado en lo que suele llamarse mi «escuela», que solo lo es en el sentido de que cada uno procura aprender de los otros sin renunciar a seguir su propio camino. Tampoco puede decirse que sea reducido el número de quienes, sin profesar la teoría pura del derecho, sin mencionarla siquiera e incluso rechazándola de manera brusca y escasamente amistosa, han incorporado a su pensamiento aspectos básicos de ella. A estos últimos les estoy especialmente agradecido ya que, aunque sea contra su voluntad, constituyen un testimonio de la utilidad de mi teoría,

un testimonio que es incluso mejor que el que puedan prestar sus más fieles partidarios.

La teoría pura del derecho ha suscitado reconocimiento e imitación, pero también repulsa; una repulsa de un apasionamiento tal, que casi no conoce ejemplo similar en la historia de la ciencia jurídica y que carece de explicación si se atiende solo a las divergencias de carácter teórico. Estas, en parte, descansan en malentendidos que, además, frecuentemente no parecen desprovistos de intención; y en el supuesto de que en verdad se den tales disparidades, no permiten justificar la profunda animosidad de los oponentes. La teoría que combaten no es en absoluto tan inauditamente nueva, ni contradice todo lo que se ha sostenido hasta ella. Puede ser entendida como el desarrollo de planteamientos que han surgido en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX. Ahora bien, mis adversarios proceden también de esta concepción positivista. Lo que provoca escándalo en los autores no es que yo tenga la pretensión de un cambio radical respecto de la actual jurisprudencia, sino que exijo que tome una de las direcciones entre las que, con gran inseguridad, vacila, yendo unas veces hacia allí y otras hacia allá; no es tanto la novedad, sino el carácter consecuente de mi teoría. Esto hace suponer que, en la pugna contra la teoría pura del derecho, no inciden solo motivos científicos, sino más bien de naturaleza política, o sea, motivos que están lastrados por una gran carga afectiva. No puede ser que se enciendan tanto los ánimos por la cuestión de si se trata de una ciencia natural o de una ciencia del espíritu, ya que esta distinción se llevó a efecto sin que suscitara prácticamente oposición. De lo que ahora se trata es de dotar de un movimiento algo más rápido a la ciencia jurídica, esa provincia tan alejada del centro de la actividad intelectual y que suele progresar con paso renqueante, para lo cual es preciso ponerla en contacto directo con la teoría general de la ciencia. La discusión no gira en verdad —como bien pudiera parecer— en torno a la posición que la jurisprudencia ocupa en el seno de las ciencias, ni en torno a las consecuencias que de ello puedan seguirse; su centro está en el problema de la relación de la ciencia jurídica con la política, en la neta separación entre ambas, en la renuncia a la costumbre tan enraizada de defender en nombre de la ciencia del derecho, invocando por tanto una instancia objetiva, aspiraciones de naturaleza política que, por tanto, solo pueden tener un carácter marcadamente subjetivo incluso cuando representan con la mayor franqueza el ideal de una religión, de una nación o de una clase social.

Este es el motivo de la oposición, rayana en el odio, contra la teoría pura del derecho; este es el trasfondo de la lucha sin cuartel contra ella. Esa lucha afecta a los intereses más vitales de la sociedad; y, en consecuen-

cia, afecta también de modo decisivo a los intereses del estamento profesional de los juristas. Se puede entender muy bien que el jurista solo de mala gana renuncie a creer él mismo, y a hacer creer a los demás, que con su ciencia tiene la respuesta al problema de cómo se tienen que resolver «correctamente» los conflictos de intereses que se dan dentro de la sociedad; también se entiende muy bien que no quiera renunciar a la idea de que, debido a su conocimiento del derecho, esté llamado a decidir sus contenidos; y asimismo es comprensible que, en su afán de influir en la creación del derecho, no quiera renunciar a la idea de que ostenta una posición más idónea que la de un mero técnico social, como son los demás políticos.

A la vista de los efectos políticos —bien que de carácter negativo— que implica la requerida separación entre la teoría y la política, a la vista de la autolimitación de la ciencia jurídica que muchos tienen por renuncia a un cierto rango jerárquico, se comprende muy bien que los adversarios de la teoría pura del derecho se sientan poco propicios a enjuiciar con objetividad una teoría que plantea tales pretensiones. A fin de poder combatirla es preciso que no se reconozca su verdadera naturaleza. Tan es así esto, que los argumentos que se esgrimen —no propiamente contra la teoría pura, sino— contra el espejismo adaptado a las necesidades propias de cada adversario, se neutralizan unos a otros y hacen así que la réplica sea casi superflua. Unos sostienen con desprecio que se trata de una teoría que carece totalmente de contenido, que es un juego vacío de conceptos vacuos; otros advierten de que, debido a su tendencia subversiva, representa un serio peligro para el Estado y para el derecho. Una de las objeciones más frecuentes es que se mantiene alejada por completo de la política y, por tanto, de la vida palpitante, por lo que viene a ser algo carente de valor científico. Con no menor frecuencia se oye que la teoría pura del derecho no está en condiciones de cumplir con su exigencia metódica básica por ser solo expresión de determinada posición en materia de valores políticos. Pero, hay que preguntarse, ¿cuáles son entonces los valores que defiende? Los fascistas la declaran partidaria del liberalismo democrático; los demócratas, liberales o socialistas la tienen por una avanzadilla del fascismo. Desde el lado de los comunistas se la descalifica como una ideología propia del estatismo capitalista; desde la vertiente del capitalismo nacionalista se la tilda de craso bolchevismo o de anarquismo camuflado. Su espíritu —aseguran algunos— tiene un vínculo de parentesco con la escolástica católica; otros creen encontrar en ella los signos característicos de la doctrina protestante del derecho y del Estado. Y tampoco faltan los que pretenden estigmatizarla como atea. En suma, no hay corriente política de la que la teoría pura del de-

recho no haya sido objeto de sospecha. Pero justamente esto demuestra su pureza, mucho mejor de lo que por sí misma podría hacerlo.

Si se acepta que ha de existir una ciencia del derecho no es posible poner seriamente en cuestión el postulado metódico de la pureza. Tan solo podrá ponerse en duda hasta qué grado sea realizable. A este respecto no puede desconocerse la notable diferencia existente entre la ciencia natural y las ciencias sociales. No es que la primera esté absolutamente exenta del peligro consistente en que los intereses de la política traten de influenciarla. La historia prueba todo lo contrario, muestra con claridad cómo se sintió amenazado un poder de alcance universal debido a las verdades relativas al movimiento de los astros. Si la ciencia natural fue capaz de imponerse como independiente de la política, ello se debió a que había un interés social aún más poderoso por alcanzar ese éxito: el interés por el progreso de la técnica, solo garantizado por la investigación libre. Ahora bien, no existe un camino tan directo, tan inmediatamente nítido, que conduzca de la teoría social al progreso de una técnica social garantizadora de ventajas indiscutibles, como en efecto lo hay entre la física o la química y los avances en la construcción de máquinas o en las terapias médicas. En el ámbito de las ciencias sociales aún se carece, en gran parte a causa de su estado de subdesarrollo, de una fuerza social que pueda enfrentarse al interés extraordinariamente poderoso, que tienen tanto los que ostentan el poder como los que se afanan por conseguirlo, en disponer de una teoría adaptada a sus deseos, esto es, de una ideología social. Sucede esto especialmente en una época como la nuestra, desgarrada por la guerra mundial y por las consecuencias que ha traído, una época en la cual se han estremecido hasta lo más profundo los fundamentos de la vida social y en la que los antagonismos, entre los Estados y en el seno de cada uno de ellos, se han agudizado hasta el paroxismo. El ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado solo tiene visos de conseguir un reconocimiento generalizado en un período que se caracterice por el equilibrio social. Así pues, nada puede parecer hoy más intempestivo que una teoría del derecho que pretende salvaguardar el postulado de la pureza metódica, mientras que en el caso de las demás teorías no hay poder al que no estén dispuestas a ofrecerse y mientras no se vacila en clamar muy alto y públicamente a favor de una ciencia política del derecho a la par que se reclama para ella el calificativo de «pura», alabando así como virtud lo que tan solo puede disculpar la más amarga de las necesidades personales.

Si, a pesar de todo esto, me atrevo a presentar en estos tiempos el resultado del trabajo que he venido realizando sobre la problemática del derecho, es con la esperanza de que sea mayor del que parece el núme-

ro de quienes valoran más el espíritu que el poder; es, ante todo, con el anhelo de que la joven generación, aturdida por el salvaje ruido de nuestros días, no se vea desprovista de la creencia en la posibilidad de una ciencia libre del derecho, con el firme convencimiento que tengo de que sus frutos no se echarán a perder en el futuro.

Ginebra, mayo de 1934

HANS KELSEN

## DERECHO Y NATURALEZA

## 1. LA «PUREZA»

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. Del derecho positivo simplemente, y no de un ordenamiento jurídico determinado. Es teoría general del derecho, y no interpretación de normas jurídicas concretas, nacionales o internacionales.

Como teoría se propone única y exclusivamente conocer su objeto. Intenta responder a la pregunta de qué es y cómo se forma el derecho, no a la cuestión de cómo debe ser o cómo debe formarse. Es ciencia del derecho y no política jurídica.

Si se autocalifica como teoría «pura» del derecho, es debido a que se propone asegurar un conocimiento dirigido exclusivamente al derecho y porque pretende eliminar de dicho conocimiento todo aquello que no pertenezca al objeto exactamente delimitado como derecho. En otras palabras, se propone liberar a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños. Este es su principio metódico básico. Parece una obviedad, pero una ojeada a la ciencia jurídica tradicional, tal como ha sido desarrollada en los siglos XIX y XX, demuestra con gran nitidez cuán lejos se encuentra de ajustarse a esa exigencia de pureza metódica. De manera absolutamente acrítica, la jurisprudencia se ha mezclado con la psicología y la biología, con la ética y la teología. No hay ciencia especializada en cuyo recinto no se considere el jurista competente para entrar en él. Incluso llega a creer que su prestigio científico se ve reforzado gracias a los préstamos que tome de otras disciplinas. Pero, naturalmente, con todo esto la ciencia jurídica como tal se echa a perder.

## 2. HECHO NATURAL (ACTO) Y SIGNIFICADO

La teoría pura del derecho trata de delimitar claramente el objeto de su conocimiento enfrentándose a las dos direcciones en que el sincretismo metódico dominante ha dañado su independencia. El derecho es un fenómeno social, y la sociedad es un objeto totalmente distinto de la naturaleza debido a que comprende una red completamente diferente de elementos. Si la ciencia jurídica no ha de ser absorbida por las ciencias naturales, se hace necesario distinguir tajantemente entre derecho y naturaleza. Tarea esta bastante dificultosa, ya que el derecho —o lo que es frecuente llamar así— parece situarse, al menos en una parte de su ser, en el ámbito de la naturaleza, y tener por eso en parte una existencia completamente natural. Si se analiza cualquiera de los supuestos que se consideran jurídicos como, por ejemplo, una decisión parlamentaria, un acto administrativo, una sentencia judicial, un negocio jurídico, un delito, se podrán distinguir en ellos dos elementos: uno es el fenómeno externo, la mayoría de las veces un comportamiento humano, un acto perceptible sensorialmente que se produce en el tiempo y en el espacio; el otro elemento es el significado específico, el sentido ínsito o adherido a dicho acto o evento. Unos hombres se reúnen en un salón, pronuncian discursos, unos se levantan de sus asientos, otros se quedan sentados; tal es el fenómeno externo. El sentido de este fenómeno es que se está votando una ley. Un individuo vestido con toga dirige desde el estrado unas palabras a otro individuo que se halla de pie ante él. Este evento externo significa una sentencia judicial. Un empresario escribe a otro empresario una carta con cierto contenido y el segundo le contesta; esto significa que han celebrado un contrato. Alguien actúa de un determinado modo y causa la muerte de otro; jurídicamente esto significa un asesinato.

3. LA AUTOINTERPRETACIÓN DEL MATERIAL SOCIAL  
(EL SENTIDO OBJETIVO Y EL SENTIDO SUBJETIVO)

El «significado» de un acto no puede verse ni oírse como si se tratara de un hecho meramente externo, como sucede con un objeto del que se perciben sus propiedades y funciones naturales, tales como el color, la dureza o el peso. Ahora bien, el acto, al expresarse en palabras oralmente o por escrito, puede enunciar por sí mismo algo sobre su significado, puede proporcionar su propio sentido. Esta es una peculiaridad característica del material que se ofrece al conocimiento social y, en particular,

al conocimiento jurídico. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al investigador que la examina. Por decirlo así, no hace el esfuerzo de explicarse a sí misma desde la perspectiva de la ciencia natural. Por el contrario, un acto social puede muy bien llevar incorporada una autointerpretación, esto es, un enunciado sobre lo que dicho acto significa; pues el individuo que realiza un acto lo vincula a un determinado sentido que expresa de algún modo y que es comprendido por aquellos a los que el acto va dirigido. Las personas que se reúnen en el parlamento pueden declarar expresamente que quieren aprobar una ley, dos individuos particulares pueden manifestar su intención de celebrar un negocio jurídico. Por lo general, el conocimiento concerniente al derecho suele encontrarse con una autointerpretación de su material que es anterior a la interpretación que después suministrará la ciencia jurídica.

De lo expuesto se deriva la necesidad de diferenciar entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. El sentido subjetivo puede coincidir, aunque no necesariamente, con el sentido objetivo que a dicho acto le corresponde dentro del sistema de todos los actos jurídicos, esto es, en el sistema jurídico. Lo que hizo el famoso capitán de Köpenick fue un acto que, según su sentido subjetivo, pretendía ser una orden administrativa, pero que, de acuerdo con su sentido objetivo, no era tal orden sino un delito. En el supuesto de que una organización secreta, con la intención de librar de elementos subversivos a la patria, condenara a uno por traidor y la que tuviera subjetivamente por una condena a muerte fuera ejecutada por un hombre de confianza, se estaría objetivamente —o sea, en el marco del sistema del derecho objetivo— ante un asesinato y no ante una ejecución de la pena capital; y esto es así aunque el hecho puramente externo en que consiste un asesinato no pueda diferenciarse en absoluto de una ejecución de la pena de muerte.

## 4. LA NORMA COMO ESQUEMA INTERPRETATIVO

Estos hechos externos, al tener lugar en el tiempo y en el espacio, constituyen siempre un evento perceptible, un trozo de naturaleza que, como tal, está determinado por leyes causales. Ahora bien, ese acontecer, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto del conocimiento específicamente jurídico y, en consecuencia, no es algo jurídico. Lo que lo convierte en acto jurídico o antijurídico no es su facticidad, no es su ser natural, esto es, su estar determinado causalmente en el sistema de la naturaleza, sino el sentido objetivo que va vinculado a ese acto, el significado que tiene. Obtiene un sentido específicamente jurídico, su sig-

nificado jurídico peculiar, gracias a la norma cuyo contenido se refiere a él, otorgándole así significación jurídica, de tal modo que el acto pueda interpretarse según lo expresado por la norma. La norma actúa, pues, como un esquema de interpretación. La norma misma ha sido creada por un acto jurídico, el cual a su vez adquiere su significado propio merced a otra norma. Que un hecho sea la ejecución de una pena capital, y no un asesinato, no es una cualidad perceptible a través de los sentidos sino que es el resultado de un proceso intelectual, que deriva de la confrontación del evento acaecido con el código penal y la ley de enjuiciamiento criminal. Que el intercambio de cartas, al que se ha aludido antes, signifique la celebración de un contrato, es algo que resulta única y exclusivamente de que ese hecho encaja en determinadas disposiciones del código civil. Que una asamblea de personas sea un parlamento y que el resultado de su actividad constituya una ley o, en otras palabras, que dichos fenómenos tengan ese «significado», quiere decir tan solo que el conjunto de hechos aludido encaja en determinados preceptos de la constitución. Todo lo cual viene a querer decir que el contenido de un acontecimiento fáctico coincide con el contenido expresado en una norma que, de algún modo, es anterior a aquel.

##### 5. LA NORMA COMO ACTO Y COMO CONTENIDO DOTADO DE SENTIDO

Así pues, el conocimiento jurídico va dirigido a esas normas que otorgan a ciertos hechos el carácter de actos jurídicos (o antijurídicos) y que, a su vez, son creadas por actos jurídicos. Hay que destacar que la norma, como específico contenido de sentido, es algo distinto al acto psíquico por el cual es querida o pensada. Es preciso diferenciar con toda claridad entre el querer o representarse la norma y la propia norma en cuanto querida o representada. Cuando se habla de «creación» de una norma se está haciendo referencia siempre a fenómenos fácticos que la norma, como contenido de sentido, conlleva. La teoría pura del derecho, en su intento de conocer las normas o entender cualquier cosa desde el punto de vista jurídico, no dirige su atención a los procesos psíquicos o a los fenómenos corporales. Entender algo jurídicamente no significa otra cosa que entender algo como derecho. La tesis de que únicamente las normas jurídicas pueden ser el objeto del conocimiento jurídico expresa una tautología, ya que el derecho, que es el único objeto de dicho conocimiento, es norma. La norma, sin embargo, es una categoría que no tiene aplicación en el ámbito de la naturaleza. Al caracterizar como fenóme-

nos jurídicos ciertos actos naturales, se está significando que se afirma la validez de unas normas cuyo contenido de sentido se encuentra en una determinada relación con el acontecer fáctico. Cuando un juez establece que un cierto hecho (por ejemplo, un delito) ha tenido lugar efectivamente su conocimiento va dirigido en un primer momento a algo que ha sucedido en el acontecer natural. Su conocimiento solo se transforma en jurídico cuando pone en relación el hecho, tal como él lo ha fijado, con la ley que ha de aplicar, esto es, cuando interpreta el hecho en cuestión como un «robo» o como una «estafa». Y solo podrá interpretarlo así si el contenido del hecho es entendido de un modo específico, como contenido de una norma. (Téngase presente que la actividad del juez no se agota en el acto cognoscitivo; este constituye tan solo la preparación del acto volitivo por el que se dicta la norma individual en que consiste la sentencia).

##### 6. VALIDEZ Y ÁMBITO DE VALIDEZ DE LA NORMA

Al hablar, en lo ya expuesto, de «validez» de la norma no se pretende expresar otra cosa que la existencia específica de dicha norma, el modo específico en que la norma existe, a diferencia del ser de la realidad natural, que se da en el espacio y en el tiempo. No hay que confundir la norma en cuanto tal con el acto que la establece, ya que no es un hecho natural, no es algo que esté en el espacio y en el tiempo. Ahora bien, al ser el posible contenido de la norma el mismo que el posible contenido del acontecer fáctico, y dado que la norma se refiere a dicho acontecer fáctico —sobre todo, al comportamiento humano—, habrá que determinar tanto el espacio como el tiempo en que haya de realizarse el comportamiento previsto por la norma, esto es, habrá que concretar el espacio y el tiempo en que deba realizarse el comportamiento en el sentido que la norma establece. La validez de las normas que regulan la conducta humana tiene carácter espacio-temporal. Esta es una verdad general para todas las normas al tener por contenido fenómenos espacio-temporales y, por consiguiente, es una verdad predicable también respecto de las normas jurídicas. Afirmar que una norma es válida significa que vale para un espacio determinado y durante un cierto tiempo; significa que esa norma se refiere a fenómenos que han de tener lugar en algún lugar y en algún momento.

La relación de la norma con el espacio y con el tiempo es lo que constituye su ámbito de validez espacial y temporal. Ese ámbito puede estar limitado, aunque también es posible que no lo esté. Puede ser que la

norma sea válida solo para un tiempo y un espacio que determine ella misma o que determine otra norma, y eso significará que se limita a regular fenómenos que tengan lugar dentro de un espacio concreto y durante un cierto tiempo. Pero también entra dentro de lo posible que la norma, a tenor de su sentido, sea válida para todo tiempo y lugar, lo que significará que esa norma se refiere a determinados fenómenos independientemente de en qué lugar y en qué momento sucedan. Ese será su sentido en el caso de que la norma no haga ninguna indicación que se refiera al espacio ni al tiempo. En tal caso será válida, no en el sentido de que no tenga que ver con el tiempo y el espacio, sino en el sentido de que su validez no es para un tiempo y espacio determinados; tendrá por consiguiente un ámbito espacio-temporal de validez de carácter ilimitado.

Junto al ámbito espacial y temporal de validez, es preciso distinguir también el ámbito de validez objetiva (o material) de las normas, que se refiere a las materias especiales, a los diferentes aspectos de la conducta humana que pueden ser objeto de formación; así, la conducta religiosa, la económica, la política, etc. Y también hay que distinguir el ámbito de validez personal, lo que significa tener en cuenta a los seres humanos cuya conducta se regula. El ámbito de validez material puede ser limitado o ilimitado, ya que una determinada norma —esto es, una norma perteneciente a un orden normativo en razón de haber sido creada del modo previsto por este— puede ir referida a un objeto cualquiera o a objetos absolutamente concretos; así ocurre, por ejemplo, cuando, de acuerdo a la constitución de un Estado federal, se divide el ámbito de validez material entre las normas propias de la Federación y las normas pertenecientes a los ordenamientos de los Estados miembros. Y estas mismas consideraciones son aplicables al ámbito personal de validez. Así, las normas de una moral de carácter universal van dirigidas a todos los hombres, lo que quiere decir que en principio tienen un ámbito ilimitado de validez personal; en contraste con esto, cuando las normas de derecho se dirigen a ciertas categorías de personas para imponerles deberes o concederles derechos, significa que tienen solo un ámbito limitado de validez personal.

#### 7. EL CONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO Y LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Al definir el derecho como norma y restringir la ciencia jurídica (cuya función es diferente a la propia de los órganos que crean y aplican el derecho) al conocimiento normativo, se delimita el derecho respecto de la naturaleza y asimismo se establecen los límites de la ciencia jurídica,

entendida como una ciencia normativa, frente a las ciencias que tienen por cometido el conocimiento de los fenómenos naturales por medio de las leyes de causalidad. Especialmente, la ciencia jurídica queda así delimitada con respecto a la ciencia que tiene por tarea investigar las causas y los efectos de fenómenos naturales que, interpretados a la luz de las normas de derecho, constituyen actos jurídicos. No hay nada que objetar que a este tipo de investigación se la designe con el nombre de sociología, y más particularmente, con el de sociología del derecho. Aquí no se abordará el estudio de su valor y de sus posibilidades. Tan solo es preciso destacar que el conocimiento sociológico-jurídico no tiene que ver con las normas de derecho, entendidas como específicos contenidos de sentido, sino con ciertos eventos totalmente aparte de cualesquiera normas a las que se reconozca o presuponga validez. La sociología del derecho no pone en relación los eventos que de hecho tienen lugar con las normas válidas sino con otros eventos fácticos, considerándolos causas y efectos. Se cuestiona, por ejemplo, cuáles sean las causas que empujan al legislador a promulgar estas normas, y no otras distintas, y cuáles son los efectos que han generado. Se pregunta de qué modo influyen de hecho en la actividad judicial los diversos hechos económicos o las distintas creencias religiosas; o cuáles son las motivaciones que impulsan a las personas a conducirse conforme al derecho o en su contra. Desde este tipo de perspectiva el derecho se muestra como un acontecimiento fáctico (perteneciente al ser), como un hecho que tiene lugar en la conciencia de los que crean las normas y que incide en la de quienes las acatan o las infringen. No es, pues, el derecho en sí mismo el que es objeto de conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos que se dan en la naturaleza. Lo mismo sucede en el caso del fisiólogo que investiga los procesos químicos y físicos que acompañan y condicionan a los sentimientos, pero que no indaga estos sentimientos en sí mismos considerados, los cuales, debido a su naturaleza psicológica, no pueden entenderse ni desde el punto de vista químico ni desde el punto de vista fisiológico. La teoría pura del derecho, como ciencia específica del derecho, dirige su atención a las normas jurídicas, no como hechos de conciencia, por tanto, no a la volición o representación mental de dichas normas, sino a las normas jurídicas como contenidos de sentido (que, aparte, son queridos o representados mentalmente). La teoría pura conoce solo de hechos en la medida en que estos formen parte del contenido de las normas jurídicas o, lo que es lo mismo, en tanto que esos hechos estén contemplados por las normas. El problema en que se centra la teoría pura del derecho es el de la legalidad propia y específica de una determinada esfera de sentido.

## II DERECHO Y MORAL

### 8. DERECHO Y JUSTICIA

La teoría pura del derecho delimita el derecho frente a la naturaleza, y de esta manera busca establecer el límite que contrapone esta última al espíritu. La ciencia jurídica es una ciencia del espíritu, y no una ciencia de la naturaleza. Es factible entablar un debate sobre si la dualidad entre naturaleza y espíritu es la misma que la dualidad entre realidad y valor, entre ser y deber, entre ley natural y norma; y también sobre si el ámbito propio del espíritu es más amplio que el que corresponde al valor, al deber o a la norma. Lo que es innegable es que el derecho, considerado como norma, es una realidad espiritual, y no una realidad natural. Y así queda planteada la tarea de distinguir el derecho, tanto respecto de la naturaleza como respecto de otros fenómenos espirituales, especialmente respecto de otros géneros de normas. En este último aspecto se trata sobre todo de desvincular el derecho de las conexiones que tradicionalmente ha tenido con la moral. Esto no quiere decir de ninguna manera que haya que rechazar la exigencia de que el derecho deba ser moral o bueno. Esta exigencia es de todo punto admisible, si bien lo que propiamente signifique es cuestión aparte. Lo que no es admisible es la concepción que sostiene que el derecho sea parte de la moral, esto es, que todo derecho, en cuanto tal derecho, sea en algún sentido y en algún grado moral. Concibiendo el derecho como parte de la moral y dejando en la incertidumbre si ello significa tan solo la exigencia, por lo demás evidente, de que el derecho debe formarse de acuerdo a criterios morales o si lo que se quiere decir es que el derecho realmente tiene carácter moral por ser parte de la moral, lo que se pretende por cualquiera de estas dos vías es otorgar al derecho el valor absoluto que la moral reclama para sí.

Considerado como categoría moral, el derecho equivale a la justicia, siendo esta simplemente la expresión del orden social correcto, un orden cuya meta se alcanza plenamente dando satisfacción a todos. El ansia de justicia es —desde el punto de vista psicológico— el eterno anhelo del ser humano por la felicidad que él, por sí mismo, individualmente, no puede alcanzar y que por esa razón busca en la sociedad. A la felicidad social se la denomina «justicia».

Es cierto que esta palabra («justicia») también es usada con frecuencia en el sentido de adecuación al derecho positivo y, más concretamente, de adecuación a la legalidad. El término «injusto» tiene entonces el significado de que se aplica una norma general a un caso pero no a otro que presenta similares caracteres, y eso sucede con independencia del valor que se atribuya a la norma aplicada. De acuerdo con este uso lingüístico, el juicio emitido sobre la justicia solo expresa el valor relativo de la adecuación a la norma. «Justo» es entonces tan solo otra palabra para decir «jurídico».

El término «justicia» en sentido propio, diferente del sentido estrictamente jurídico, tiene el significado de un valor absoluto. La teoría pura del derecho no tiene la posibilidad de definir su contenido al no ser este susceptible de conocimiento racional; así lo prueba la historia del espíritu humano que en vano se preocupa, desde hace milenios, por encontrar una solución a este problema. La justicia hay que entenderla como un orden superior al derecho positivo y diferente de él, que, en su validez absoluta, trasciende toda experiencia, al igual que la idea platónica trasciende el mundo real y al igual que la trascendente cosa en sí va más allá de los fenómenos. El dualismo de justicia y derecho tiene el mismo carácter metafísico que este dualismo ontológico; y, exactamente igual que este, tiene una función doble que depende del cariz con que se presente, optimista o pesimista, conservador o revolucionario: o bien afirmar que lo existente, esto es, el orden del Estado y de la sociedad concuerda con el ideal, o bien, por el contrario, negar que tal concordancia exista subrayando la contradicción entre aquel orden y el ideal. Y de la misma manera que, como es de suponer, el conocimiento científico o racional, orientado a la experiencia, se muestra incapaz de definir la esencia de la idea o de la cosa en sí, así también es imposible responder científicamente a la pregunta de en qué consiste la justicia. Hasta el presente, todos los intentos de contestar a esta cuestión han conducido a fórmulas absolutamente vacías, tales como «haz el bien y evita el mal», «a cada uno lo suyo», «mantén el justo medio», y otras parecidas. Incluso el «imperativo categórico» carece totalmente de contenido. Si para definir el contenido del deber-ser como valor absoluto se vuelve uno a la ciencia, se

encontrará que esta no sabe decir otra cosa sino que debes lo que debes; una tautología tras la cual, bajo múltiples formas y esmerado camuflaje, se esconde el principio lógico de identidad, la idea de que lo bueno es bueno y no malo, de que lo justo es justo y no injusto, de que *a* es igual a *a* y no es igual a *no-a*. La justicia, ideal de la voluntad y de la acción, para hacerse objeto de conocimiento, tiene que transformarse de golpe en la idea de verdad, la cual encuentra su expresión —negativa— en el principio de identidad. Esta desnaturalización del problema es la consecuencia inevitable de querer someter a la lógica un objeto que desde un principio es ajeno a ella.

Desde la perspectiva del conocimiento racional existen solo intereses y, consecuentemente, también conflictos de intereses. La solución de los conflictos se consigue estableciendo una gradación entre los intereses que o bien determine la satisfacción de uno de ellos en detrimento de los demás o bien instituya un compromiso o equilibrio entre los intereses opuestos. En el marco propio del conocimiento racional no es posible fundamentar que solo una de esas gradaciones de intereses tenga valor absoluto, esto es, que sea «justa». Si existiera la justicia, tal como se la suele invocar siempre que se pretende que unos intereses valgan más que otros, entonces el derecho positivo sería absolutamente superfluo y su existencia realmente inconcebible. Pues teniendo a la vista un orden social que fuese absolutamente justo, que proviniese de la naturaleza, de la razón o de la voluntad divina, la actividad del legislador estatal se convertiría en algo tan tonto como encender una luz artificial cuando se disfruta de un sol resplandeciente. Se suele objetar que sí existe la justicia pero que no es posible determinar su contenido o, lo que es equivalente, no es posible definirlo inequívocamente. Esta objeción constituye una contradicción en sí misma, contradicción en la que se esconde el encubrimiento típicamente ideológico de una verdad demasiado dolorosa: el ser la justicia un ideal irracional. Por mucho que ese ideal sea algo de lo que no puedan prescindir la voluntad y las acciones de los hombres, no es menos cierto que es inaccesible al conocimiento. A este solo le es dado el derecho positivo, o mejor expresado: el conocimiento solo tiene la tarea de conocer el derecho positivo. Cuanto menos se realice el esfuerzo de separar derecho y justicia, cuanto más condescendiente se sea con la aspiración de todo poder legislativo de que se tenga al derecho positivo como el derecho válido desde la perspectiva de la justicia, tanto más se estará cediendo a la tendencia ideológica que es propia de la concepción conservadora del derecho natural. Para esta concepción, no se trata tanto de conocer el derecho cuanto de justificarlo, transfiguración que se consigue bajo el argumento de que el derecho positivo

representa el orden justo, absolutamente correcto, emanación del orden natural, de carácter divino o racional. Por su parte, la concepción revolucionaria del derecho natural, de impacto mucho más reducido que la conservadora en la historia de la ciencia jurídica, persigue el objetivo contrario, esto es, poner en entredicho la validez del derecho positivo, para lo cual sostiene que existe una flagrante contradicción entre dicho derecho y el orden que de algún modo se supone como absoluto; y por esa razón, presenta la realidad jurídica desde una luz más desfavorable de la que en verdad merece.

#### 9. LA TENDENCIA ANTIIDEOLÓGICA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Las mencionadas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y efectos en relación con el poder político resultan evidentes, dominan aún hoy la ciencia jurídica, no obstante la aparente superación de la teoría del derecho natural. Contra ellas se dirige la teoría pura del derecho. Se propone esta describir el derecho tal y como es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto; se pregunta por el derecho real y posible, no por el derecho correcto. En este sentido, es una teoría del derecho radicalmente realista. Rehúsa valorar el derecho positivo. Como ciencia que es, no se considera obligada a otra cosa que no sea captar el derecho positivo en su esencia y entenderlo analizando su estructura. Muy especialmente, rechaza servir a intereses políticos de cualquier signo que sean, proporcionándoles las ideologías que les permitan legitimar o descalificar el orden social existente. De esta manera, se sitúa en aguda oposición a la ciencia jurídica tradicional, que —consciente o inconscientemente, en mayor o menor grado— se caracteriza por su tendencia ideológica. Precisamente a causa de su tendencia antiideológica, la teoría pura del derecho demuestra ser verdadera ciencia jurídica; pues la ciencia, en cuanto mero conocimiento, tiene como aspiración inmanente mostrar al descubierto el objeto que conoce. La ideología, por el contrario, encubre la realidad, desfigurándola con el propósito de conservarla y defenderla, o desenfoicándola con la intención de destruirla y sustituirla por otra. Todas las ideologías tienen su raíz en la voluntad, y no en el conocimiento; responden a determinados intereses o, expresándolo con mayor corrección, responden a intereses que son muy diferentes al interés por la verdad; y obsérvese que al afirmar todo esto respecto de las ideologías no se está enjuiciando el valor o la dignidad que puedan tener esos otros intereses distintos al interés por la verdad. El conoci-

miento siempre destruye el velo que la voluntad extiende sobre las cosas. Ciertamente que la autoridad que crea el derecho y que, por ser obra suya, tiene la intención de conservarlo, se preguntará hasta qué punto resulta útil el mero conocimiento de su obra, libre de toda ideología; y tampoco sabrán demasiado qué hacer con este tipo de conocimiento aquellas fuerzas que se propongan destruir el orden establecido para sustituirlo por otro que consideran mejor. Sin embargo, una ciencia del derecho no tiene por qué preocuparse por ninguna de estas cuestiones. La teoría pura del derecho no pretende otra cosa que ser precisamente esa ciencia.

## III

EL CONCEPTO DE DERECHO  
Y LA TEORÍA DE LA PROPOSICIÓN JURÍDICA

## 10. TEORÍA DEL DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO JURÍDICO

El carácter ideológico que es propio de la teoría tradicional del derecho, contra la que pugna la teoría pura, se manifiesta en la habitual definición del concepto de derecho. La teoría tradicional se halla, aún hoy en día, bajo la influencia del iusnaturalismo conservador, el cual —como se ha señalado antes— maneja un concepto trascendente del derecho que responde al carácter básicamente metafísico de la filosofía en la época de apogeo de la doctrina del derecho natural, un período que políticamente coincide con el desarrollo del Estado policía, típico de la monarquía absoluta. Con el triunfo de la burguesía liberal en el siglo XIX se produce una enérgica reacción contra la metafísica y contra la teoría iusnaturalista. De la mano del progreso de las ciencias empírico-naturales y con la crítica de la ideología religiosa tiene lugar un giro en la ciencia jurídica burguesa, que pasa del iusnaturalismo al positivismo. Ahora bien, por radical que haya sido ese cambio, no fue en modo alguno completo. Ciertamente que ya no se concebirá el derecho como una categoría eterna y absoluta, y se reconocerá que sus contenidos se hallan sometidos al cambio histórico, y que considerado como derecho positivo es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y lugar. Pero la idea de un valor absoluto no desaparece, sino que pervive como idea ética de la justicia, sustentada también por la jurisprudencia positivista. A pesar de que se acentúa enfáticamente la distinción entre justicia y derecho, ambos conceptos permanecen unidos a través de unos hilos más o menos perceptibles. Así, se sostiene que, para ser «derecho», el orden estatal positivo tiene que participar de algún modo de la justicia, ya porque realice el mínimo ético, ya porque constituya un intento —aunque sea insuficiente— de ser derecho

correcto, o sea, derecho justo; para ser «derecho», en suma, el derecho positivo ha de estar en cierto grado de concordancia, por modesto que sea, con la idea de derecho. Mas al presuponer como algo evidente que el orden estatal, sea cual sea este, tiene carácter jurídico, se está garantizando asimismo su legitimidad por medio de la mencionada teoría del mínimo moral, la cual no es otra cosa que una concepción minimizada del derecho natural. Y ese mínimo de garantía se muestra como suficiente en los tiempos, relativamente apacibles, en que la burguesía tiene consolidado su poder, en épocas caracterizadas por un notable equilibrio entre las fuerzas sociales. Ciertamente no se han extraído las últimas consecuencias del principio positivista, oficialmente reconocido, y la ciencia jurídica tampoco está orientada por completo en el sentido del positivismo, aunque sí se puede afirmar que es predominantemente positivista.

#### 11. EL «DEBER» (SOLLEN) COMO CATEGORÍA DEL DERECHO

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

La situación intelectual que se ha descrito se expresa con toda claridad en el concepto bajo el cual se subsume el derecho positivo, el concepto de norma o de deber (*Sollen*). Constantemente se subraya la no identidad entre las normas jurídicas y las normas morales; sin embargo desde el lado jurídico no se pone en cuestión el valor absoluto de la moral. Y aun cuando esto parece suceder para que, partiendo de esa idea de fondo, resalte más claramente el valor meramente relativo del derecho, el hecho de que la jurisprudencia no niegue la existencia de un valor absoluto por no sentirse capacitada para emitir ese juicio no deja de tener sus efectos sobre el concepto del derecho. Pues si, en efecto, tanto el derecho como la moral son concebidos como norma, y si tanto el sentido de la norma jurídica como el de la norma moral se expresan en un «deber», algo del valor absoluto característico de la moral habrá de quedar adherido al concepto de norma jurídica así como también al deber jurídico. El juicio que exprese que algo está regulado jurídicamente, que un determinado contenido se ha establecido por el derecho como algo que es debido, no se verá nunca libre de la idea de que ese algo, ese contenido, es bueno, correcto, justo. En este sentido la definición del concepto de derecho como norma y deber, característica de la jurisprudencia decimonónica, no carece realmente de un cierto componente ideológico.

##### b) *El deber (Sollen) como categoría trascendental*

El propósito de la teoría pura es liberar a la definición del derecho de este componente ideológico, para lo cual separa radicalmente el concepto de norma jurídica del de norma moral, del cual el primero ha surgido, al mismo tiempo que determina la legalidad específica del derecho distinguiéndola de la que es propia de la ley moral. Esto lo lleva a efecto de tal modo que no entiende la norma jurídica a la manera de la doctrina tradicional, que la equipara a la norma moral, al hacer de ella un imperativo; sino que la concibe como un juicio hipotético que expresa un vínculo específico entre un supuesto de hecho condicionante y una consecuencia condicionada. La norma de derecho (*Rechtsnorm*) se transforma en proposición jurídica (*Rechtssatz*), la cual a su vez es la forma básica de la ley (*Gesetz*). La ley de la naturaleza vincula un determinado hecho, como causa, con otro hecho, como efecto; la ley del derecho vincula la condición jurídica con la consecuencia jurídica (o con la denominada consecuencia del acto antijurídico). Si en el primer caso es la causalidad el modo en que los hechos se vinculan, en el segundo lo es la imputación; para la teoría pura, esta constituye la legalidad específica del derecho. Así como el efecto es atribuido a la causa, la consecuencia jurídica es atribuida a su condición jurídica; pero la consecuencia jurídica no puede ser considerada como un efecto causado por la condición. La consecuencia jurídica (en realidad, más bien, la consecuencia del acto antijurídico) es imputada a la condición jurídica. Tal es el sentido de un enunciado que dijera que un sujeto será castigado «a causa» de un delito, o que la ejecución de bienes patrimoniales tiene «por causa» la deuda no pagada. La relación existente entre la pena y el delito, o entre la ejecución de los bienes y el ilícito civil, no tiene significado causal, sino normativo. El «deber» es expresión del vínculo de imputación y asimismo es expresión de la existencia específica del derecho, de su validez, o sea, el sentido peculiar en que los hechos que pertenecen al sistema «derecho» son colocados como vinculados mutuamente. Es por medio del deber como la teoría pura expone el derecho positivo. Frente a esto, la forma expresiva de la legalidad causal es el «tener que» (*Müssen*).

En ambos casos se trata de la expresión que caracteriza la específica conexión funcional que se da entre los elementos del sistema respectivo: la naturaleza, por un lado, y el derecho, por otro. En particular, la noción de causalidad no significa otra cosa que una conexión funcional, siempre que se la libere del sentido mágico y metafísico que está en su origen y en virtud del cual —al modo animista— la causa es representada como cierto tipo de fuerza oculta que genera por sí misma el efecto.

Las ciencias naturales no pueden prescindir del principio de causalidad, una vez que ha sido depurado en el sentido expuesto; pues en dicho principio se manifiesta el postulado de la inteligibilidad de la naturaleza, un postulado al que solo es posible atender por medio del establecimiento de un vínculo entre los hechos que se ofrecen al conocimiento humano. Las leyes de la naturaleza dicen: si A es, entonces tiene que ser B; mientras que la ley del derecho dice: si A es, entonces debe ser B, sin que al decir esto se formule enunciado alguno sobre el valor moral o político de la conexión. El deber es aquí una categoría relativamente apriorística para entender el material jurídico-empírico. En este aspecto, es imprescindible para expresar y entender la manera específica en que el derecho positivo conecta unos hechos con otros. Es indudable que ese vínculo no es el que se da entre la causa y el efecto. Al delito no se le impone la pena como si esta fuera el efecto de la causa; lo que el legislador establece para vincular ambos hechos es un vínculo totalmente distinto al vínculo causal. Pero aunque sea distinto, es tan inviolable como lo es este último; pues jurídicamente, o sea, en el sistema del derecho al delito le sigue siempre la pena, siendo esto así aunque en el sistema de la naturaleza esta quede sin aplicar por el motivo que sea. La aplicación de la pena no se produce necesariamente como efecto de un delito que actúa como causa, sino que puede deberse a otras causas diferentes, e incluso entra dentro de lo posible que se aplique aun cuando no haya habido delito alguno. Cuando se dice: si se produce el hecho ilícito «debe» (*soll*) tener lugar la consecuencia jurídica, este «deber» (*Sollen*) —como categoría del derecho— solo significa el sentido específico en que en la proposición jurídica (*Rechtssatz*) van enlazadas la condición y la consecuencia jurídicas. Esta categoría del derecho tiene carácter puramente formal, y en ello se diferencia por principio de la idea trascendente del derecho. Es aplicable con independencia del contenido que tengan los hechos enlazados en la proposición jurídica y con independencia de qué tipos de actos sean los que haya que entender como jurídicos. A ninguna realidad social se le puede negar que sea compatible con dicha categoría jurídica a causa de su configuración material. En el sentido de la filosofía kantiana, tiene un carácter epistemológicamente trascendente, pero no metafísico-trascendente. Precisamente por eso conserva su tendencia radicalmente antiideológica; y también por ello la teoría tradicional del derecho se manifiesta contraria con la más enérgica oposición, ya que a dicha teoría se le hace muy difícil de soportar la idea de que haya que entender el orden propio de la República soviética como un orden jurídico, al igual que el orden de la Italia fascista o el de la Francia capitalista y democrática.

### c) *El retorno al derecho natural y a la metafísica*

Debido a la conmoción social generada por la guerra mundial, la teoría tradicional del derecho ha comenzado un masivo retorno al iusnaturalismo, de la misma forma que la filosofía tradicional se encuentra en franco retroceso hacia la metafísica prekantiana. En una situación similar a la que experimentó la nobleza feudal en los comienzos del siglo XIX, ahora, a mitad del siglo XX, la burguesía acude a las mismas ideologías políticas que la nobleza esgrimió contra ella. Y precisamente a causa de que la teoría pura del derecho llega a las últimas consecuencias que se derivan de la filosofía y la teoría jurídicas decimonónicas —originariamente positivistas y contrarias a toda ideología— es por lo que se coloca en la más enérgica oposición contra sus epígonos, negadores de la filosofía trascendente kantiana y del positivismo jurídico.

## 12. EL DERECHO COMO NORMA COACTIVA

Sin embargo, con la categoría formal del «deber» o de la norma, solo se está haciendo referencia al concepto genérico, no a la diferencia específica del derecho. Considerada en su conjunto, la teoría jurídica del siglo XIX muestra su acuerdo en que la norma de derecho es una norma coactiva, en el sentido de ser una norma que ordena una coacción y que, precisamente por este rasgo, se diferencia de otras normas. En este punto la teoría pura del derecho continúa la tradición propia del pensamiento jurídico positivista propio del siglo XIX. Para la teoría pura, el acto estatal coactivo es la consecuencia que en la proposición jurídica aparece vinculada a una determinada condición; dicha consecuencia es el acto estatal coactivo, esto es, la pena o la ejecución civil o administrativa. Se califica como ilícito al hecho condicionante, y como consecuencia del acto ilícito, al hecho condicionado. Lo que hace que un determinado comportamiento valga como antijurídico, o sea, como delito —en el amplio sentido de la palabra— no es una cualidad cualquiera de carácter inmanente, ni tampoco su relación con una norma metajurídica dotada de valor moral, esto es, trascendente al derecho positivo, sino única y exclusivamente que en la proposición jurídica aparezca como condición de una consecuencia específica; en otras palabras, lo que hace que una determinada conducta sea antijurídica es que el ordenamiento jurídico-positivo reaccione a dicha conducta con un acto coactivo.

## 13. EL CONCEPTO DE ACTO ILÍCITO

Visto desde un punto de vista inmanente, el propio de la teoría pura del derecho, el concepto de acto ilícito experimenta una transformación esencial. Para dicho concepto, lo decisivo no es la motivación que mueve al legislador, ni tampoco la circunstancia de que un determinado supuesto de hecho sea para la autoridad que impone las normas —como suele decirse con imprecisión— socialmente perjudicial (mejor sería decir tan solo que el legislador lo tiene por tal). Lo decisivo es única y exclusivamente la posición que ocupa el supuesto fáctico en la proposición jurídica, es decir, el ser la condición de una específica reacción del derecho, de un acto coactivo (el cual constituye una acción del Estado). El acto ilícito es el comportamiento de una persona precisado en la proposición jurídica como condición, y contra el cual va dirigido el acto coactivo previsto como consecuencia en dicha proposición jurídica. En cuanto comportamiento del destinatario del acto coactivo, el supuesto de hecho ilícito se diferencia de todas las demás condiciones de la consecuencia jurídica. En el caso de que —como sucede en los ordenamientos jurídicos primitivos o en las personas jurídicas al imputar un acto ilícito— la consecuencia jurídica se dirija contra un individuo distinto al que realizó el acto ilícito, es que se presupone entre ambos algún tipo de vínculo, real o ficticio, aceptado como tal vínculo por el legislador. Entonces se habla de responsabilidad por un acto ilícito ajeno. Así, la familia del asesino se hace responsable por los actos de este, el príncipe es responsable por el delito cometido por uno de sus súbditos, el pueblo es responsable por las infracciones del derecho causadas por otros órganos del Estado (responsabilidad colectiva). Entre el sujeto real del acto ilícito y el objeto de la consecuencia de dicho acto ilícito existe siempre identidad física o identidad jurídica.

Si se considera de esta forma el acto ilícito, este, de ser contemplado desde la perspectiva de la política jurídica como la negación del derecho, se transforma en la condición específica del derecho y, por tanto, en objeto susceptible de conocimiento jurídico, pues para este el ilícito no puede ser entendido sino como derecho. El concepto de acto ilícito supera así la posición extrasistemática en que lo había colocado una jurisprudencia ingenua y precientífica, adoptando una posición intrasistemática. Tal es asimismo la manera de proceder de la ética y de la teología —formas, ambas, de conocimiento normativo—, cuando en la teodicea, al proponerse interpretar el mundo como el sistema del bien, le privan al mal de su carácter originario de ser la mera negación del bien para entenderlo como la condición que hace posible la realización del bien (en la idea de

que el mal conduce a la expiación y, en definitiva, al triunfo del bien). La teoría pura del derecho disuelve la imagen de que, al realizar el acto ilícito, las personas «violán» o «infringen» el derecho. Demuestra que el derecho (*Recht*), mediante el ilícito (*Unrecht*), no solo no viola ni infringe el derecho, sino que es precisamente gracias a este último como consigue cumplir su función. El acto ilícito no significa —tal como hace creer la concepción tradicional— la interrupción de la existencia del derecho, sino justamente lo contrario: en el ilícito se confirma la existencia del derecho, existencia que consiste en su validez, esto es, en el «deber» del acto coactivo como consecuencia jurídica.

La teoría pura del derecho se sitúa, también en este punto, contra la teoría del derecho de nuestro tiempo, la cual, en íntima conexión con el giro al iusnaturalismo, se propondría renunciar al momento coactivo entendido como criterio empírico del derecho, pues la doctrina del derecho natural cree poder reconocer el derecho en su propio contenido, en su concordancia con la idea de derecho. Al ser el derecho positivo una ramificación, una prolongación, de un orden absoluto, natural o divino, su obligatoriedad se fundamenta en la inmediata intelección de su valor, y por ello no es indispensable prever la coacción, pues la validez del derecho, al igual que la de la moral absoluta, descansa en la coacción interna que conlleva la evidencia de su fuerza obligatoria. Se trata de una concepción manifiestamente iusnaturalista.

## 14. EL DERECHO COMO TÉCNICA SOCIAL

a) *La eficacia del ordenamiento jurídico*

Si el derecho —desde una perspectiva puramente positivista— es un orden coactivo externo, habrá que entenderlo como una técnica social específica. Esta técnica consiste en que la situación social a la que se aspira se consigue, o se intenta conseguir, vinculando la conducta humana que es contraria a la situación social deseada y el acto coactivo como consecuencia de la misma (esto es, la privación forzosa de un bien: vida, libertad, valor económico). El ordenamiento jurídico parte de la suposición de que los hombres cuyo comportamiento regula consideran dicho acto coactivo como un mal, y por esa razón tratarán de eludirlo. La finalidad del ordenamiento es, por tanto, motivar a los individuos, a través de la representación mental que estos puedan hacerse del mal que les amenaza en caso de que se conduzcan de cierta manera, a comportarse justo de la manera contraria. En esa motivación radica la eficacia que

tiende a conseguir el ordenamiento jurídico. En atención a la eficacia, el contenido de las normas jurídicas —como el de las normas sociales en general— se limita al comportamiento humano; pues solo el ser humano, al estar dotado de razón y voluntad, es susceptible de ser motivado a realizar una conducta acorde a la norma por medio de la representación mental que se haga de esta. Por esta razón, aquellos hechos que son distintos a las acciones u omisiones de los seres humanos, a los que se les suele denominar acontecimientos, aparecen en el contenido de las normas jurídicas en cuanto que tienen una relación esencial con la conducta humana, ya sea como su condición o como su consecuencia. Los ordenamientos jurídicos primitivos dirigen las consecuencias jurídicas de los actos ilícitos no solo contra los seres humanos sino asimismo contra los animales y las cosas; buscan así regular el comportamiento de sujetos no humanos; la razón de esto es que el animismo primitivo adscribe también un alma a los animales y a las cosas, lo que quiere decir que interpreta el comportamiento de estos en estricta analogía con la conducta humana.

#### b) *La norma secundaria*

Si, atendiendo a la finalidad del ordenamiento jurídico, se presupone la exigencia de que los hombres deben comportarse de modo que eviten el acto coactivo que les amenaza, entonces será posible descomponer el ordenamiento en un conjunto de normas en las que aparece como ordenada la conducta cuya realización se persigue; tal como, por ejemplo, no se debe robar, se debe devolver el préstamo recibido, etc. Hay que ser consciente, sin embargo, de que así queda sin expresarse la relación con el acto coactivo, relación que es esencial al carácter jurídico de la norma. La norma que establece la conducta que evita el acto coactivo, conducta que es la pretendida por el ordenamiento, tiene el significado de norma jurídica a condición de que con ella se diga —de forma abreviada, por comodidad expositiva— lo que tan solo la proposición jurídica (*Rechtssatz*) enuncia de manera correcta y completa, consistente en que en el supuesto de que se produzca la conducta contraria se ha de llevar a efecto el acto coactivo. Esta es la norma jurídica en su forma primaria. Por tanto, la norma que establece la conducta que evita el acto coactivo solo puede valer como norma secundaria. En su relación con el supuesto establecido como debido por esa norma —o lo que es lo mismo, en relación con la conducta que el ordenamiento pretende, con la conducta que evita el acto coactivo— el ilícito, como condición de dicho acto coactivo, representa algo así como una negación, como

una especie de contradicción. Sin embargo, ese supuesto no se encuentra en ningún tipo de contradicción lógica en su relación con la norma secundaria. La razón de esta ausencia de contradicción radica en que la contradicción solo puede producirse entre proposiciones de deber o entre proposiciones de ser, pero jamás entre una proposición enunciativa de deber y otra enunciativa de ser; por consiguiente, puede haber contradicción entre dos normas, pero no entre norma (expresiva de deber) y hecho (que es expresión de ser). La figura «a debe, no-a debe» representa una contradicción lógica; no así la figura consistente en «a debe, no-a es». La infracción de una norma constituye una categoría absolutamente diferente a la de contradicción lógica. Cuando un hecho se opone a una norma que establece lo contrario, no es posible calificar esa oposición como una contradicción lógica, sino en todo caso teleológica en la medida en que se presuponga el *telos* como una finalidad objetiva. Es evidente que los tradicionales conceptos de antijuridicidad y juridicidad, o sea, de la conducta contraria al derecho y de la conducta acorde al mismo, se relacionan con la norma jurídica secundaria puesto que esta viene a expresar la finalidad del derecho. No hay inconveniente alguno en servirse de los dos conceptos siempre que con el primero se esté aludiendo a la conducta del condicionante del acto coactivo, y con el segundo, a la conducta capaz de evitar dicho acto coactivo.

#### c) *Los motivos de obediencia al derecho*

La cuestión de si la conducta acorde al ordenamiento jurídico es, de hecho, efecto de la representación mental que la amenaza del acto coactivo suscita en los seres humanos, es una cuestión bastante difícil de responder. Con toda seguridad en muchos casos habrá otros motivos, completamente distintos al aludido, que provoquen la situación a la que el derecho aspira. No puede afirmarse en absoluto que el temor a la pena o a la ejecución forzosa sea siempre el factor que hace que la realidad concuerde con el derecho; serán motivos de muy diversa índole, religiosos, morales, el respeto a los usos sociales, la preocupación por ser estimado por la sociedad, los que con frecuencia provoquen que no se tenga incentivos para realizar una conducta antijurídica. Como tendremos ocasión de ver después, la correspondencia entre el comportamiento real de los hombres y el ordenamiento jurídico, relación que es relevante para la validez de este, no tiene por qué atribuirse a su eficacia sino a aquellas ideologías cuya función consiste en generar o fomentar la mencionada correspondencia.

A la manera que es propia del derecho, esto es, por medio de la conexión de conductas humanas socialmente dañinas con actos coactivos

considerados como males por los hombres, es posible perseguir cualquier tipo de finalidad social. El derecho no se caracteriza por la finalidad sino por ser un medio específico; de esto se desprende claramente por qué razón la norma jurídica secundaria, al venir formulada previamente, en sí misma y sin apoyo en la proposición jurídica no puede ser la expresión genuina del derecho. El derecho es un aparato coactivo al cual, en sí mismo y por sí mismo considerado, no le corresponde valor ético o político de ninguna especie; es un aparato coactivo cuyo valor depende de la finalidad trascendente al derecho mismo y de la cual este constituye un medio. Se consigue así una interpretación, libre de ideología, del hecho que concebimos como derecho. Hay que reconocer inequívocamente que este hecho está históricamente condicionado, con lo cual queda abierta la cuestión de cómo ha de entenderse el vínculo interno que une la técnica social consistente en el orden coactivo y la situación social que se mantiene gracias a dicho orden. Cuál sea esa situación social y si el carácter que tenga en concreto es el de dominio de una clase social explotadora, es una cuestión irrelevante para la perspectiva adoptada por la teoría pura del derecho. Pues la teoría pura no tiene en cuenta la finalidad que se persigue o que se consigue por medio del ordenamiento jurídico, sino que tan solo mira al ordenamiento mismo; y tampoco considera el ordenamiento en su relación con la finalidad, o sea, como posible causa de un determinado efecto —habida cuenta de que la relación existente entre el medio y el fin es un supuesto específico de relación causal—, sino que su punto de vista es el de la propia legalidad normativa de su contenido de sentido.

#### 15. LA NEGACIÓN DEL DEBER (*SOLLEN*)

En ocasiones se niega ese sentido normativo. Sucede cuando se considera el derecho —o sea, los actos que lo imponen— como causa de ciertos efectos, esto es, como un medio para provocar determinadas conductas por parte de los individuos a los que dichos actos se dirigen; y se cree así poder percibir el orden jurídico en las regularidades con que trascurren los modos de la conducta humana. De esta manera se ignora conscientemente el sentido normativo propio de esos actos, debido a que se piensa que no es posible aceptar el sentido de un deber (*Sollen*) como algo diferente al sentido de un ser (*Sein*). La enunciación —del legislador o del teórico del derecho— de que «quien comete un robo debe ser sancionado» se la contempla únicamente como un intento de motivar a los individuos, mediante la correspondiente penalización, para que es-

tos se abstengan de robar; como una tarea consistente en crear en las personas ciertas representaciones mentales cuya fuerza motivadora les impulse a realizar las conductas adecuadas. La posición jurídica de que se «debe» castigar el robo o de que no se «debe» robar se disuelve en la constatación de un hecho consistente, por una parte, en que se persigue conseguir que no se robe o que, en caso contrario, se castigue al ladrón y, por otra, en que por lo general los individuos se abstienen de robar y en que, por lo general también, se castiga el robo. Se contempla el derecho, relacionándolo con los hombres que lo crean y que lo ejecutan, como una empresa de la misma especie que pueda ser la de un cazador que coloca el cebo para de ese modo atraer al animal a la trampa. Esta comparación es certera no solo por existir un nexo motivacional que es común a los dos fenómenos, sino también en cuanto que a ambos subyace un engaño habida cuenta de que, como se ha hecho aquí, se piensa el derecho (por el legislador o la jurisprudencia) bajo la perspectiva de la norma. Desde ese enfoque no «hay» en absoluto «normas», y el enunciado de que esto o aquello «debe ser» (*soll*) carece de un sentido específicamente jurídico-positivo; y tampoco tiene un sentido distinto del moral, tal como supone la teoría pura del derecho. Adoptando este punto de vista solo se tiene en cuenta el acontecer natural consistente en el nexo causal, solo cuentan los actos jurídicos en su facticidad y no el específico contenido de sentido que corresponde a aquel acontecer y a estos actos. Ese contenido de sentido, a tenor del cual la norma o el deber en que el derecho se presenta a sí mismo, y es expresado por la jurisprudencia, aparece como una mera «ideología» (y esto sucede incluso con el significado que le atribuye la teoría pura del derecho, que los entiende como libres de todo valor moral absoluto). Como «realidad» y, por tanto, como objeto del conocimiento científico, solo hay el acontecer psíquico-corporal sometido a la ley de la causa y el efecto: o sea, como «realidad» solo se admite la naturaleza.

#### 16. EL SENTIDO NORMATIVO DEL DERECHO

Dejaremos aquí de lado si es posible entender los fenómenos sociales con semejante perspectiva y si con un enfoque de ese tipo no se disuelve todo lo social haciéndolo desaparecer como objeto específico de conocimiento. Pues dice mucho a favor de que el ámbito de lo social tenga un carácter esencialmente ideológico el que la sociedad se distinga de la naturaleza solo como la ideología se distingue de la realidad. En todo caso, lo que se puede afirmar con total seguridad es que por ese camino

se pierde completamente el sentido específico del derecho. Si a la «norma» o al «deber» se les priva de su sentido propio carecerán de razón de ser afirmaciones tales como las siguientes: esto está jurídicamente permitido, aquello está jurídicamente prohibido, esto me pertenece a mí, aquello a ti, X está autorizado a esto, Y está obligado a tal cosa, etc. Los miles de enunciados en los que se expresa diariamente la vida del derecho habrán perdido, en suma, su significado. Pues es muy diferente decir que A está jurídicamente obligado a entregar 1.000 a B, que afirmar que existe una cierta probabilidad de que A entregue 1.000 a B. Y asimismo es muy diferente decir que, de acuerdo con la ley, una determinada conducta es un delito y en consecuencia hay que sancionarlo según dicha ley, que sostener que quien ha hecho tal cosa será castigado con toda probabilidad. El sentido que es inmanente al acto con el que el legislador se dirige al órgano ejecutor de la ley, el sentido del acto con que este órgano se dirige al súbdito —en la sentencia judicial y en el acto administrativo—, el sentido del acto con que un ciudadano se dirige a otro —en el negocio jurídico—, son sentidos que no pueden expresarse con enunciados sobre la probable realización de una conducta futura. Enunciados de esta especie son resultado de una perspectiva que trasciende al derecho. No responden a la cuestión, específicamente propia del derecho, de qué es jurídico, sino a la cuestión metajurídica de qué es lo que sucede o qué es lo que probablemente sucederá. Si el sentido normativo del derecho constituye tan solo una «ideología», entonces una teoría que se proponga entender dicho sentido inmanente del derecho, tal y como este se presenta a los órganos que lo crean y lo aplican, y al público en general, será una teoría dirigida a entender la legalidad específica de una ideología.

Sin ninguna duda la teoría pura del derecho es bien consciente de todo esto. Al despojar al deber, propio del derecho positivo, de su carácter axiológico-metafísico absoluto (reduciéndolo a ser mera expresión del vínculo entre la condición y la consecuencia en la proposición jurídica), la teoría pura del derecho deja libre la vía para llegar a la posición desde la cual se accede a entender el carácter ideológico del derecho. No se le oculta que el significado específicamente normativo de ciertos hechos, el significado al que dicha teoría denomina «derecho», es el resultado de una interpretación posible a partir de un determinado presupuesto fundamental —que será precisado después—, pero no de una interpretación necesaria; tampoco se le oculta que la existencia del derecho no puede probarse de la misma manera que la existencia de los hechos naturales y de las leyes que los rigen; e igualmente es bien consciente de no poder rebatir con contundentes argumentos la postura que, como el anarquismo teórico, no ve otra cosa, donde los juristas hablan de

derecho, que el mero poder. Mas la teoría pura del derecho considera que de todo lo anterior no tiene por qué sacar la consecuencia de renunciar a la categoría del deber ni tampoco a una teoría normativa del derecho; no tiene por qué renunciar a la profundización cognoscitiva y a la elaboración sistemática de contenidos intelectuales que, generados por medio de actos naturales, son los que proporcionan el sentido del derecho. La posibilidad y la necesidad de esta concepción han sido demostradas por el hecho, de carácter milenario, de que existe la ciencia jurídica, la cual —supuesta la existencia del derecho—, como jurisprudencia dogmática, está al servicio de las necesidades intelectuales de quienes de una u otra manera se ocupan del derecho. No hay motivo para dejar sin satisfacer esas necesidades ni tampoco para renunciar a semejante ciencia jurídica. Sustituirla por la sociología del derecho es imposible, pues esta va dirigida a una problemática totalmente diferente. De la misma forma que, en tanto exista una religión, tiene que haber una teología dogmática insustituible por la sociología o la psicología de la religión, en la medida en que el derecho exista habrá también una teoría jurídica normativa. Cuestión distinta, y de rango inferior, es la que atañe a la jerarquía que ocupe en el sistema global de las ciencias. Lo que hace falta no es suprimir la ciencia del derecho conjuntamente con la categoría del deber o de la norma; lo que se precisa es limitarla a su objeto y elucidar críticamente su método.

## 17. DEBER Y SER DEL DERECHO

En contra de las apariencias no es contradictorio en absoluto que se considere al derecho, en relación con la realidad natural, como una ideología y que, a pesar de eso, se exija una teoría pura del derecho, esto es, una teoría libre de ideologías. Pues prescindiendo de los múltiples significados de la palabra «ideología» —que unas veces designa al espíritu como algo contrapuesto a la naturaleza y otras tiene el significado de una idea encubridora de la realidad para idealizarla o desfigurarla—, hay que tener en cuenta que unas ideologías se superponen a otras, y asimismo hay que tener presente que dentro del ámbito ideológico se pueden diferenciar múltiples niveles; por consiguiente, la antítesis entre realidad e ideología es una antítesis relativa. Si se contempla el derecho positivo como un orden normativo en relación con la realidad del acontecer fáctico el cual, a tenor de las exigencias de dicho derecho, debe estar en consonancia con él (aunque lo cierto es que no siempre lo está), entonces se lo podrá calificar de «ideología». Si se lo contempla en relación con un orden «superior» cuya pretensión sea que el derecho positivo deba

estar acorde con él, como es el caso del derecho natural o el de un ideal de justicia, entonces el derecho positivo representará el derecho «real», el derecho existente, y el derecho natural o la justicia representarán la ideología. La teoría pura del derecho salvaguarda su tendencia antiideológica al aislar la exposición descriptiva del derecho positivo respecto de todo tipo de ideología iusnaturalista sobre la justicia. Para la teoría pura, no entra dentro del debate teórico la posibilidad de que haya un orden superior al derecho positivo y que sea válido. Se limita a sí misma al derecho positivo, e impide que la ciencia jurídica pueda considerar dicho derecho como un orden superior en sí mismo, así como que reciba su justificación de un orden superior; y también impide que la discrepancia entre un supuesto ideal de justicia y el derecho positivo pueda convertirse en un argumento jurídico contra la validez de este último. La teoría pura del derecho es la teoría del positivismo jurídico.

## IV

EL DUALISMO DE LA TEORÍA  
DEL DERECHO Y SU SUPERACIÓN18. EL ORIGEN IUSNATURALISTA DEL DUALISMO DE DERECHO OBJETIVO  
Y DERECHO SUBJETIVO

La teoría general del derecho desarrollada por la jurisprudencia positivista del siglo XIX se caracteriza por un dualismo que domina todo el sistema y que posibilita un tratamiento dual de todos sus problemas. Este dualismo es una herencia de la doctrina del derecho natural, cuyo puesto ha sido ocupado por la teoría general del derecho. El dualismo iusnaturalista consiste en la idea de que, por encima del orden estatal del derecho positivo, hay un orden jurídico natural, racional o divino, de rango superior y cuya función —al menos para los clásicos iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII— en lo esencial era —conviene subrayarlo— conservadora y legitimadora. El positivismo decimonónico no renuncia totalmente —como ya se ha indicado— a legitimar el derecho por medio de un valor suprapositivo, pero lo hace de manera indirecta, por debajo de la superficie de sus propios conceptos, por decirlo de algún modo. En su seno la justificación del derecho positivo no la proporciona un derecho diferente y de rango superior, sino el propio concepto de derecho. Ahora no se está haciendo referencia a ese dualismo inmanente y no manifiesto, sino al dualismo abiertamente tras-sistemático que se manifiesta en la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo, derecho público y derecho privado, y en otras muchas dualidades conceptuales de carácter antagónico entre las cuales no ocupa el último lugar la dualidad entre Estado y derecho. La función de este dualismo, manifestado en variadas formas y con muy diversas aplicaciones, no consiste tan solo en legitimar el orden jurídico positivo, sino asimismo en imponer ciertos límites a su contenido. La función legitimadora se ve ante todo en la antítesis entre

Estado y derecho; y la de imponer límites se observa innegablemente en la diferenciación entre derecho objetivo y derecho subjetivo. La contraposición entre derecho público y derecho privado posee multitud de significados, y por esta razón su función ideológica no está definida de una manera uniforme.

#### 19. EL CONCEPTO DE DERECHO SUBJETIVO

Cuando la teoría general del derecho sostiene que su objeto de investigación, el derecho, es algo que le viene dado y no solo en un sentido objetivo sino también en un sentido subjetivo, introduce en el fundamento mismo de su sistema una contradicción básica consistente en la dualidad de derecho objetivo y derecho subjetivo. Al introducir esta dualidad mantiene al mismo tiempo que el derecho —como objetivo— es norma o conjunto de normas, o sea, orden, y también —como subjetivo— algo absolutamente diferente, algo que no puede subsumirse bajo un concepto común: el ser interés o voluntad. No se puede resolver esta contradicción afirmando que entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo hay una relación en virtud de la cual se define este último como el interés protegido, o la voluntad reconocida y garantizada, por aquel. De acuerdo a su intención originaria, el dualismo entre derecho objetivo y derecho subjetivo expresa la idea del carácter previo del segundo respecto del primero, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Esta idea consiste en lo siguiente: primero surgen los derechos subjetivos, sobre todo el de propiedad, que es el prototipo de todo derecho subjetivo (en concreto surge por medio de la apropiación originaria), y solo después se les añade el derecho objetivo como orden del Estado, para reconocer, proteger y garantizar los derechos subjetivos que han surgido independientemente de dicho orden. Pues bien, esta concepción hace aparición muy claramente entre los representantes de la escuela histórica del derecho, que no solo inauguran el positivismo jurídico decimonónico sino que asimismo condicionan muy esencialmente la formación de los conceptos en la teoría general del derecho. Como ejemplo puede leerse en una obra de Dernburg: «Derechos en sentido subjetivo existen históricamente desde tiempo atrás, antes de que se formara un orden estatal que fuera consciente de sí mismo. Hallaron su fundamento en la personalidad de los individuos y en el respeto que para su persona y sus bienes supieron estos conseguir e imponer. Solo por medio de una abstracción, a partir de la concepción de los derechos subjetivos ya existentes, se alcanzaría el concepto de orden jurídico. Por consiguiente, es una

idea ahistórica e incorrecta pensar que los derechos en sentido subjetivo no sean otra cosa que emanaciones del derecho en sentido objetivo».

#### 20. EL CONCEPTO DE SUJETO DE DERECHO O PERSONA

En estrecha relación con el concepto de derecho subjetivo, y en el fondo como una variación de este concepto, está el concepto de sujeto jurídico o «persona» como titular del derecho subjetivo, entendido esencialmente como propietario. Aquí también resulta decisiva la idea de un ente jurídico independiente del ordenamiento jurídico, de una subjetividad jurídica que, por así decirlo, descubre el derecho subjetivo en el individuo o en ciertos colectivos, y que no tiene más que reconocerlo y hacerlo así si no quiere que el derecho subjetivo pierda su carácter como «derecho». La oposición entre derecho (en sentido objetivo) y subjetividad jurídica constituye una contradicción lógica de la teoría al sostener esta la existencia simultánea de ambos, y se pone de manifiesto de la manera más evidente en que el sentido del derecho objetivo en su calidad de norma heterónoma es la vinculación, incluida la coacción, mientras que lo que se declara ser la esencia de la personalidad jurídica es precisamente la negación de toda vinculación, esto es, la libertad entendida en el sentido de autodeterminación o autonomía. Así, Puchta sostiene: «El concepto fundamental del derecho es la libertad [...] el concepto abstracto de libertad es: posibilidad de autodeterminación [...] El hombre es sujeto de derecho porque se le atribuye dicha posibilidad de autodeterminarse, esto es, porque tiene voluntad».

#### 21. EL SIGNIFICADO IDEOLÓGICO DE LOS CONCEPTOS «DERECHO SUBJETIVO» Y «SUJETO DE DERECHO»

Salta a la vista lo ficticia que resulta esta caracterización del concepto de personalidad jurídica. Si se puede hablar de autodeterminación del individuo en el ámbito del derecho, por ejemplo dentro del llamado derecho privado, y en concreto en relación con un hecho generador de normas jurídicas como es el negocio jurídico contractual, hay que subrayar, no obstante, que dicha autonomía existe solo en un sentido limitado e impropio, ya que nadie puede concederse derechos a sí mismo puesto que existe un derecho de alguien únicamente bajo el supuesto de que otro tenga un deber, y esa relación jurídica solo puede nacer de acuerdo con el ordenamiento jurídico objetivo, por medio de la manifestación de una voluntad coincidente de dos individuos. Y esto solo es así en la

medida en que el derecho objetivo haya establecido que el contrato es un hecho generador de derecho; de modo que, en última instancia, la caracterización jurídica parte del derecho objetivo y no de los sujetos jurídicos que le están subordinados, y en consecuencia tampoco existe en el derecho privado una autonomía plena.

Es fácil darse cuenta de la función ideológica de toda esta elaboración conceptual referente al derecho subjetivo y al sujeto jurídico que, en sí misma, es completamente contradictoria; se trata de defender la idea de que el derecho subjetivo —y eso quiere decir ante todo la propiedad privada— es una categoría que trasciende al derecho objetivo, una institución en la que la configuración de los contenidos del ordenamiento jurídico encuentra un límite infranqueable. El concepto de derecho subjetivo como algo distinto del derecho objetivo e independiente de este se torna tanto más importante cuando se considera este último —esto es, el ordenamiento jurídico que es garante de la institución de la propiedad privada— como un ordenamiento en situación de permanente cambio, producto de las decisiones humanas y no como algo basado en la voluntad eterna de la divinidad, en la razón o en la naturaleza, sobre todo si dicho ordenamiento es generado por procedimientos democráticos. La idea de que existe un derecho distinto al derecho objetivo e independiente de él y que no solo no es menos «derecho» sino incluso quizá más, tiene como función proteger la institución de la propiedad privada frente a la posibilidad de su abolición por el ordenamiento jurídico. No resulta difícil de entender la razón por la que la ideología del derecho subjetivo vincula la personalidad autónoma con el valor ético de la libertad individual, si se tiene en cuenta que la propiedad va siempre incluida en dicha libertad. Un ordenamiento que no reconozca al ser humano como personalidad libre en el sentido expresado, esto es, un ordenamiento que no garantice el derecho subjetivo, no podrá ser considerado en absoluto como un ordenamiento jurídico.

## 22. EL CONCEPTO DE RELACIÓN JURÍDICA

En esta misma línea de pensamiento, característica de la ideología del derecho subjetivo, se sitúa la idea de contemplar la relación entre derecho y sociedad —y especialmente, entre derecho y economía— como una relación entre forma y contenido; se concibe así la relación jurídica como un vínculo que se inserta en el seno de la materia social, como una «relación vital» a la cual el derecho se limita a darle una determinación externa. Así se manifiesta una corriente que, dentro de la jurisprudencia

tradicional, adopta una apariencia «sociológica» pero que, en realidad, da continuidad a las tendencias iusnaturalistas. Y en la misma línea de pensamiento que el dualismo de derecho objetivo y derecho subjetivo se sitúa la doctrina que distingue las relaciones jurídicas en personales y reales, en atención a que se trate bien de una relación entre sujetos, bien de una relación entre sujeto jurídico y objeto de derecho, entre persona y cosa. La relación jurídica sobre cosas más importante, el vínculo jurídico real *par excellence*, es la propiedad, y es a partir de ella como se diseña la diferenciación entre las relaciones jurídicas reales y las relaciones jurídicas personales. La relación de propiedad es definida como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y así se la separa de los derechos de crédito, que constituyen el fundamento de las relaciones jurídicas meramente personales. Esta diferenciación, tan importante en la sistemática del derecho civil, ostenta asimismo un marcado carácter ideológico. Se la mantiene a pesar de que, frente a ella, constantemente se plantea la objeción de que el dominio jurídico de la persona sobre la cosa consiste en una relación jurídica del sujeto con los demás sujetos, en virtud de la cual estos tienen el deber de no interferir en las facultades que el propietario tiene sobre la cosa; en otros términos, la propiedad consiste en la posibilidad jurídica que el propietario tiene de excluir a los demás del disfrute de la cosa. Esta objeción es, evidentemente, correcta, puesto que al concebir la propiedad como una relación entre persona y cosa se está encubriendo su función decisiva desde la perspectiva socioeconómica, una función que la teoría socialista —con razón o sin ella, en esto aquí no se entra— califica de «explotación», una función que en todo caso consiste en la relación entre el propietario y todos los demás sujetos, que quedan excluidos del acceso a la cosa y se ven obligados por el derecho objetivo a respetar el poder exclusivo de disposición que tiene sobre ella el propietario. La teoría tradicional del derecho se opone con todas sus fuerzas a la idea de que el derecho subjetivo, o sea, la facultad jurídica de una persona, sea solo el mero reflejo del deber jurídico de los demás. Sus defensores ponen siempre el énfasis máximo en el carácter primario de la facultad, llegando incluso a identificar esta última con el derecho, esto es, con el derecho en su sentido subjetivo.

## 23. EL CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO

Algo que resulta sorprendente es la escasa atención que la teoría general del derecho ha prestado a la segunda de las formas del derecho en su sentido subjetivo, esto es, al deber jurídico. Incluso se ha llegado a sostener

que el deber no es un concepto jurídico, que no hay otros deberes que los morales y que en el derecho solo existen derechos subjetivos y no deberes jurídicos. Se mantienen todas estas cosas a pesar de que la función esencial de un orden normativo, y especialmente de un orden de carácter coactivo como es el derecho, no puede ser sino obligar normativamente a los individuos que se encuentran sometidos a dicho orden. Esa vinculación normativa no es designable de otro modo que con la palabra «deber». De igual manera, el deber moral expresa la obligatoriedad que vincula al individuo con un orden moral válido. Teniendo en cuenta el papel que desempeña el concepto de derecho subjetivo como categoría referente a la propiedad privada, carece de sentido hacerlo extensivo al deber jurídico; pues todo lo que pueda ofrecer el «derecho subjetivo» al modo en que lo entiende la teoría ideológica se pone de inmediato en entredicho al oponérsele el concepto de deber jurídico como factor equivalente o incluso prioritario a aquel.

#### 24. LA REDUCCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO AL OBJETIVO

##### a) *La norma jurídica como deber jurídico*

Justamente en este punto incide la teoría pura del derecho con su crítica de la doctrina dominante situando en un primer plano y con el mayor énfasis el concepto de deber jurídico. Y también en este punto se limita a llevar hasta sus últimas consecuencias algunas ideas básicas que ya fueron esbozadas en la teoría positivista del siglo XIX y que solo llegaron a alcanzar un desarrollo bastante escaso. La teoría pura del derecho se limita a ver en el deber jurídico la norma de derecho en su relación con la conducta concreta del individuo que dicha norma contempla, esto es, se limita a ver en el deber jurídico la norma jurídica individualizada. Emancipa por completo el deber jurídico respecto del deber moral, interpretando el primero de la siguiente manera: un individuo está jurídicamente obligado a realizar una determinada conducta en la medida en que la conducta opuesta viene establecida en la norma de derecho como condición de un acto coactivo al que se califica de consecuencia del ilícito. En el supuesto de que el acto coactivo vaya dirigido contra un individuo diferente a aquel cuya conducta constituye la condición de la consecuencia jurídica, determinando en este sentido el contenido del deber, habrá que hablar de responsabilidad y habrá que diferenciar los conceptos de deber y de responsabilidad, de manera que esta última aparece como un tipo especial de deber. En consecuencia, hay que reconocer que la úni-

ca función esencial del derecho objetivo es imponer deberes jurídicos. Toda proposición jurídica, necesariamente, establece un deber jurídico y es posible que, además, conceda facultades, derechos subjetivos.

##### b) *La norma jurídica como facultad (derecho subjetivo)*

Se está ante una facultad (derecho subjetivo) cuando, entre las condiciones de la consecuencia jurídica del ilícito, está incluida la declaración de voluntad —en forma de demanda o querrela— de quien resulte perjudicado en sus intereses por el acto ilícito. Solo en relación con este se individualiza la norma bajo forma de facultad y se convierte —en este sentido diferenciado del deber jurídico— en derecho subjetivo, es decir, en el derecho de un sujeto, ya que se pone a su disposición para hacer valer sus intereses. En su condición de facultad el derecho subjetivo no se opone al objetivo como algo independiente de él, ya que solo hay derecho subjetivo porque y en la medida en que este sea objeto de regulación por aquel. La facultad jurídica (el derecho subjetivo) constituye solo una figura posible pero en modo alguno necesaria del contenido del derecho objetivo; es una técnica específica de la que puede servirse el derecho, pero no necesariamente. Se trata de una técnica específica del orden jurídico capitalista ya que este ha sido construido sobre la base de la institución de la propiedad privada y, en consecuencia, tiene en cuenta especialmente el interés individual. Por otro lado, es una técnica que no es dominante en todos los sectores del orden jurídico capitalista, solo aparece en pleno desarrollo en el marco del derecho privado así como en ciertas esferas del derecho administrativo. El derecho penal moderno la tiene superada ya que es un órgano estatal el que entra en escena ocupando el lugar del perjudicado, órgano que, como acusador de oficio, pone en marcha el procedimiento a través del cual se debe realizar la consecuencia jurídica del ilícito.

Con el análisis que la teoría pura del derecho hace de la naturaleza del llamado derecho en sentido subjetivo queda superado el dualismo entre derecho subjetivo y derecho objetivo. El derecho subjetivo no es algo diferente al objetivo, es el derecho objetivo mismo en cuanto que se dirige a un sujeto concreto estableciendo la consecuencia del acto ilícito (en el supuesto del deber) o poniendo dicha consecuencia a disposición de otro sujeto (en el supuesto de la facultad). Reducido así el derecho subjetivo al derecho objetivo, queda aquel absorbido por este, y queda también excluida la posibilidad de abuso ideológico. Pero, sobre todo, se consigue que el concepto de derecho no quede limitado a una específica forma técnica del ordenamiento jurídico. Y se da cuenta de

la condicionalidad histórica del orden jurídico capitalista al elaborar el concepto de derecho.

*c) El derecho subjetivo (facultad) como participación en la creación del derecho*

Si se acepta que la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de facultad) típico del derecho privado es que la declaración de voluntad del interesado dirigida a reclamar la consecuencia del ilícito —esto es, su demanda o reclamación— forma parte esencial del procedimiento que genera la norma individual que es la sentencia (la cual asigna una consecuencia determinada a un hecho ilícito concreto), entonces será preciso convenir en que el reconocimiento de un derecho subjetivo significa una garantía de participación en la creación del derecho.

Desde este punto de vista es posible entender otros supuestos calificados como «derechos subjetivos» y que no pueden hacerse valer por medio de una declaración de voluntad dirigida a la imposición de la consecuencia del acto ilícito, como sucede en el caso de la facultad de derecho privado. Aquí hay que referirse especialmente a los denominados derechos «políticos». Es usual caracterizarlos como el poder de influir en la formación de la voluntad del Estado, lo que en el fondo viene a significar la autorización para participar, de modo directo o indirecto, en la creación del ordenamiento jurídico —en el cual se expresa precisamente la voluntad estatal—. A este respecto se suele pensar únicamente —como ocurre casi siempre que se trata del ordenamiento jurídico personificado como «voluntad del Estado»— en las normas jurídicas generales que forman ese ordenamiento, esto es, en las leyes. La participación en la tarea legislativa de los individuos que se encuentran sometidos a las normas constituye el principal rasgo característico de la forma democrática de Estado, a diferencia de la forma autocrática, que excluye a los súbditos de esa participación en la formación de la voluntad estatal. La legislación democrática puede producirse de dos maneras diferentes: o bien es resultado inmediato del «pueblo», o sea, de los individuos sujetos a las normas, correspondiéndoles —en la denominada democracia directa— el derecho subjetivo de participación en la asamblea legislativa popular, con voz y voto, o bien es resultado mediato de la acción del pueblo, lo que implica que su ejercicio directo corresponderá a un parlamento elegido por aquel. En este supuesto el proceso de formación de la voluntad del Estado —o sea, de la creación jurídica de carácter general— se descompone en dos fases: elección del parlamento y aprobación de la ley por parte de los parlamentarios. Se dan aquí, en consecuencia, un

derecho subjetivo de los electores —que constituyen un grupo más o menos amplio—, el llamado derecho de sufragio, y un derecho subjetivo de los elegidos —que forman un grupo notablemente menor—, el derecho de participación en el parlamento, el derecho a tener voz y voto en la cámara. Estos son los derechos políticos. Se caracterizan por conceder a sus titulares una cuota en la formación de la voluntad estatal; pero entonces puede afirmarse que el derecho subjetivo privado es asimismo un derecho político, ya que permite a sus titulares participar igualmente en la formación de aquella voluntad. La voluntad del Estado no se manifiesta en menor grado en la norma individual en que consiste toda sentencia judicial que en la norma general representada por la ley. Si es posible encuadrar el derecho privado subjetivo conjuntamente con el derecho político bajo el concepto único de derecho subjetivo (facultad), ello es debido a que en ambos se pone de manifiesto una misma función jurídica, que no es otra que la participación en la creación del derecho por parte de los que se hallan sujetos a las normas. El llamado derecho «político» en el estricto sentido del término garantiza la participación en la creación de normas generales; el derecho privado subjetivo la garantiza en la creación de normas individuales.

Al considerar el derecho subjetivo (en el sentido de facultad) como una forma específica de la función de creación de normas, desaparece la contraposición entre derecho objetivo y subjetivo, y se revela de manera especialmente nítida el carácter primario que corresponde al deber jurídico frente al carácter secundario del derecho subjetivo (facultad). Mientras que el deber constituye la función propia y carente de excepciones de todas las normas jurídicas, el derecho subjetivo (facultad) hace su aparición bien como una institución del orden jurídico capitalista —como derecho privado subjetivo—, bien como una entidad propia de un ordenamiento jurídico democrático —como derecho «político»—.

25. LA DISOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA

Queda así expedito el camino que permite concebir el concepto de persona o sujeto jurídico como un artificio del pensamiento, como un concepto auxiliar creado por el conocimiento jurídico, bajo la presión de un lenguaje jurídico antropomórfico y personificador, con el fin de lograr una representación expresiva del material que trata de dominar. «Persona» es una expresión que personifica unitariamente un haz de deberes jurídicos y de derechos subjetivos (facultades), lo que equivale a decir que personifica unitariamente un conjunto de normas; es, en suma, una

manera de entender el derecho en cuanto objeto de conocimiento que le preserva de hipóstasis erróneas y duplicadoras.

a) *La persona «física»*

Tan solo del modo señalado se hace posible satisfacer de verdad la vieja exigencia planteada por la teoría positivista del derecho de concebir como esencialmente idénticas a la persona física y a la persona jurídica. La «persona física» no es el hombre, tal como sostiene la doctrina tradicional. El hombre no es un concepto jurídico, sino bio-psicológico. No expresa una unidad propia del derecho o del conocimiento jurídico, pues el derecho no abarca al hombre en su integridad, con todas sus funciones espirituales y corporales, sino que se limita a regular determinados actos humanos imponiendo deberes y concediendo derechos (facultades). En otras palabras, el ser humano no pertenece en su totalidad fenoménica a la comunidad constituida por el ordenamiento jurídico, sino únicamente en cuanto que es sujeto de ciertas acciones y omisiones, siempre que estas estén reguladas por las normas de dicho ordenamiento. Solo así es posible que un mismo ser humano pertenezca a distintas comunidades jurídicas y que su conducta pueda estar regulada por diferentes ordenamientos jurídicos. Es necesario diferenciar el concepto científico-natural del hombre y el concepto jurídico de persona; la «persona» no es un tipo particular de ser humano sino que esos dos conceptos representan unidades radicalmente distintas. El concepto jurídico de persona o sujeto de derecho expresa únicamente la unidad de una pluralidad de deberes y derechos, lo cual significa que expresa la unidad de una pluralidad de normas que imponen dichos deberes y conceden dichos derechos. La persona «física», correspondiente al ser humano individual, constituye la personificación o expresión unitaria personificada de las normas que regulan la conducta de un individuo humano. Significa que es «portador» o «titular» de esos deberes y derechos y que, al despojar del carácter de sustancia a esa representación que duplica el objeto, constituye el punto común de imputación de los hechos propios de la conducta humana, regulados como deberes y derechos. Significa —por decirlo así— el punto central de un ordenamiento parcial cuyas normas establecen esos deberes y derechos y cuya concreción proviene de su relación con la conducta de un mismo hombre. El ser humano es una realidad natural; la persona es una representación auxiliar del conocimiento jurídico, de la cual sería incluso posible prescindir. Facilita la exposición del derecho, pero no es absolutamente indispensable. En último término se remite siempre a las normas reguladoras de la conducta humana imponiendo deberes y con-

cediendo derechos. Cuando se afirma que el hombre tiene personalidad jurídica se está diciendo que algunas de sus acciones y omisiones forman, de un modo u otro, el contenido de normas de derecho. Por consiguiente, a la hora de diferenciar entre el hombre y la persona —distinción que debe mantenerse rigurosamente—, es incorrecto afirmar que el derecho obliga o faculta a las personas. A quien obliga y faculta es a los hombres, a los seres humanos. La conducta humana es la que constituye el contenido propio de las normas jurídicas, esto es, de los deberes y de los derechos; ahora bien, la conducta humana no puede ser cosa distinta de la conducta de individuos humanos.

b) *La persona «jurídica»*

Al igual que la persona física, la persona jurídica es solo la expresión unificadora de un conjunto normativo, de un ordenamiento jurídico que regula la conducta de una pluralidad de seres humanos. La persona jurídica o bien es la personificación de un ordenamiento parcial, por ejemplo de los estatutos de una asociación constitutiva de una comunidad parcial, en cuyo caso se está ante la persona jurídica de esa asociación; o bien es la personificación de un ordenamiento jurídico en su totalidad, que es el que constituye una comunidad jurídica comprensiva de todas las comunidades parciales y que por lo común es concebida como la persona del Estado. Puede afirmarse, en consecuencia, que la persona jurídica posee menos existencia natural-real que la persona física. En el sentido naturalista, «real» es únicamente la conducta regulada por normas clasificables desde diversas perspectivas. La idea de que la persona jurídica es una realidad diferente a los individuos e imperceptible por los sentidos o de que es un organismo social supraindividual integrado por individuos, constituye una hipóstasis ingenua de una representación de la fantasía, una idea auxiliar del pensamiento jurídico. Ni la persona física es el hombre, ni la persona jurídica es un superhombre. Los deberes y derechos de una persona jurídica se traducen en deberes y derechos de los individuos, esto es, en normas reguladoras de la conducta humana que establecen esta conducta como contenido de dichos deberes y derechos. Siempre que el ordenamiento jurídico del Estado obliga o faculta a una persona jurídica, significa que ese ordenamiento convierte la conducta de un hombre en deber jurídico o en derecho subjetivo, sin que sin embargo determine el sujeto concreto del deber o del derecho subjetivo. La determinación del sujeto concreto es posible gracias a que el ordenamiento jurídico estatal delega en el ordenamiento parcial cuya unidad viene expresada por

la persona jurídica. De este modo, el derecho estatal impone deberes y concede derechos a los individuos de manera indirecta, a través del ordenamiento jurídico parcial.

*c) Establecimiento directo e indirecto de deberes y derechos de los individuos*

La diferenciación funcional entre ordenamiento jurídico total y ordenamiento jurídico parcial es factible debido a que en la conducta humana regulada por la norma —esto es, en los deberes jurídicos y los derechos subjetivos— pueden distinguirse un elemento personal (subjetivo) y otro material (objetivo): el sujeto de la acción u omisión, por una parte, y la propia acción u omisión, por la otra, el «quién» hace u omite, y el «qué» es lo hecho u omitido. Ambos elementos vienen determinados por la norma completa. Es posible, sin embargo, que una norma —y, por tanto, el deber impuesto o el derecho concedido por ella— contenga tan solo uno de los dos elementos. Se tratará entonces de una norma incompleta, necesitada de completarse con otra que establezca el elemento que falta. Las normas que —tal como suele decirse— obligan o facultan a una persona jurídica a realizar una determinada conducta son normas que de manera directa únicamente determinan el elemento objetivo, o sea, el hacer o el omitir, pero que delegan en otra norma lo que se refiere a la concreción del elemento subjetivo, esto es, del individuo que ha de realizar la conducta contemplada por la norma. En consecuencia, que una persona jurídica está obligada o facultada a algo no significa que ningún individuo esté obligado o facultado, sino que se determinan de manera indirecta o mediata los individuos que lo están.

*d) La imputación central*

De acuerdo con lo expuesto, los deberes y derechos de una persona jurídica serán siempre deberes y derechos de individuos por tratarse de deberes y derechos relativos a la conducta humana. Ahora bien, los individuos no «tienen» esos deberes y derechos a la manera que es usual, es decir, individualmente, sino de modo colectivo. Lo que se denomina patrimonio de una persona jurídica es el patrimonio de los individuos que la forman. Sin embargo, estos no pueden disponer de ese patrimonio como disponen del suyo individual, sino que han de hacerlo conforme a las disposiciones del ordenamiento parcial cuya unidad representa la persona jurídica. Si la persona jurídica es titular de un

derecho de crédito, significa que sus miembros son titulares de un derecho de crédito colectivo. El carácter colectivo de dicho derecho se manifiesta, entre otros aspectos, en que no se puede hacer valer de modo individual sino que ha de hacerse por el órgano que el ordenamiento parcial determina. Un individuo concreto solo es órgano de la comunidad jurídica porque, y en la medida en que, su actuación ha sido prevista por el ordenamiento jurídico parcial constitutivo de la comunidad jurídica de que se trate y, por tanto, dicha actuación puede ser atribuida a la unidad que es dicho ordenamiento. A esta atribución de un hecho a la unidad ordinal se la designa también con el nombre de «imputación». La «persona» es, según esto, un punto «de imputación». Los actos de la persona jurídica son actos de individuos que se imputan al sujeto ficticio que representa la unidad de un ordenamiento jurídico parcial o total. Esta imputación —central— constituye una operación diferente a la mencionada antes, esto es, a aquella imputación —periférica— en virtud de la cual un hecho no es referido a la unidad ordinal sino, dentro del propio ordenamiento, a otro hecho; esto es, siempre que en la proposición jurídica aparecen dos hechos en mutua vinculación.

*e) La limitación de la responsabilidad*

Cuando una persona jurídica —o sea, el individuo que actúa como órgano— hace valer su derecho de crédito (que es un derecho de los miembros que forman la comunidad personificada en la persona jurídica), el valor patrimonial que se obtenga por la vía ejecutiva pasa a formar parte del patrimonio colectivo de los individuos que conforman la comunidad parcial. Si la persona jurídica está obligada a realizar una prestación, en caso de que esta no se lleve a efecto, la ejecución no se dirigirá contra el patrimonio individual de sus miembros sino contra el patrimonio colectivo el cual, sin embargo, también es patrimonio de sus miembros. La limitación de la ejecución a lo que es el patrimonio colectivo de los individuos que forman la comunidad actuante como persona jurídica es un rasgo distintivo de las personas jurídicas de derecho privado. Sin embargo, no tiene la misma consideración en el caso de las personas jurídicas de derecho público. En especial, no es aplicable a la persona jurídica del Estado que, en su condición de personificación del orden jurídico total, abarca todos los ordenamientos parciales y, consecuentemente, todas las personas físicas y jurídicas adscritas a ella, y en este sentido se erige en el punto final de la imputación central.

f) *El significado ideológico de la antinomia individuo-comunidad*

Cuando se concibe la «persona» como la personificación de un conjunto de normas, como una parte —determinada con mayor o menor grado de discrecionalidad— del ordenamiento jurídico objetivo instaurador de una unidad orgánica o sistemática de todos los derechos y deberes de las «personas», de tal modo que el derecho de uno sea siempre el deber de otro —no pudiéndose prescindir de ninguno de estos conceptos—, queda disuelta la aparente antinomia entre el individuo y la comunidad, antinomia en la que la filosofía social tradicional se ha encontrado sumida por sostener la idea de que el individuo constituye un todo y, a la vez, forma parte de la comunidad. Desde la perspectiva del orden objetivo o de la comunidad por él constituida, el individuo independiente no existe en absoluto, lo que significa que el conocimiento del orden social no puede concebirlo como tal. Solo ha de tenerse en consideración lo que forma el contenido del orden, o sea, los actos que este regula. Esto puede expresarse también de la siguiente manera: el individuo solo existe en cuanto que parte integrante de la comunidad y no como un elemento independiente de ella. La concepción para la cual el individuo es una totalidad independiente refleja la misma ideología de la libertad que subyace a la categoría específicamente jurídica de la persona. Y al igual que esta ideología, también tiene la función de levantar una muralla frente a las pretensiones del orden social constitutivo de la comunidad que puedan contradecir ciertos intereses y que, en ese aspecto, vayan demasiado lejos. La idea de que el individuo se encuentra en conflicto presuntamente insoluble con la comunidad es una ideología defensora de ciertos intereses frente a la limitación de estos por el orden colectivo.

## 26. EL CARÁCTER UNIVERSALISTA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Desprovistos los conceptos de derecho subjetivo y de sujeto jurídico de toda función ideológica, roto el velo de la personificación para dejar ver los vínculos jurídicos realmente existentes, aparecen únicamente vínculos jurídicos entre individuos, o dicho con mayor precisión, entre hechos característicos de la conducta humana vinculados por la norma de derecho, o sea, formando parte del contenido de esta. La relación jurídica es la relación entre dos hechos consistentes ambos en conducta humana, uno de los cuales es impuesto como deber jurídico y el otro es concedido como derecho subjetivo (facultad). La teoría pura del derecho, al disolver la idea del llamado derecho (en sentido) subjetivo en sus distintas

manifestaciones —facultad, deber jurídico, sujeto de derecho— como algo diferente esencialmente al derecho objetivo, lo concibe como una forma especial o una expresión personificadora de este último, supera la orientación subjetivista del derecho a cuyo servicio se encuentra el concepto de derecho en su sentido subjetivo, concepción propia de los abogados, los cuales ven el derecho tan solo desde la perspectiva del interés de la parte que defienden, o sea, atendiendo a lo que el derecho representa para el individuo, en qué medida le es útil, sirve a sus intereses o le perjudica, amenazándole en este último caso como un mal. Esta posición es la que caracteriza a la jurisprudencia romana, derivada esencialmente de la práctica dictaminadora de los abogados y que sería objeto de recepción conjuntamente con el derecho romano. La postura de la teoría pura del derecho es la contraria, es absolutamente objetivista-universalista. Adopta como punto de partida la totalidad que el derecho constituye e intenta comprender cada fenómeno singular en su conexión sistemática con todos los demás y asimismo se propone entender la función que desempeña el derecho tomado como totalidad en cada uno de sus elementos. En este sentido se trata de una concepción del derecho auténticamente orgánica; si bien, al entender el derecho como un organismo, no lo concibe como una entidad supraindividual, supraempírica y metafísica, de naturaleza biológica o psicológica —idea esta que oculta postulados de carácter ético-político—, sino, muy al contrario, lo concibe como ordenamiento, y postula por consiguiente que todas las cuestiones jurídicas han de plantearse y resolverse como cuestiones ordinamentales. La teoría del derecho se convierte así en análisis estructural —lo más exacto posible— del derecho positivo, un análisis libre de los juicios de valor de naturaleza ético-política.

V

## EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU ESTRUCTURA JERÁRQUICA

### 27. EL ORDENAMIENTO COMO SISTEMA DE NORMAS

El derecho como orden —el ordenamiento jurídico— es un sistema de normas jurídicas. La primera pregunta que es preciso responder la ha planteado la teoría pura del derecho del modo siguiente: ¿qué es lo que da fundamento a la unidad de una pluralidad de normas jurídicas?, ¿por qué una determinada norma jurídica pertenece a un determinado ordenamiento jurídico?

Una pluralidad de normas forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede remitirse a una sola norma como fundamento último de validez. Esta norma fundamental, como fuente común, constituye la unidad de la pluralidad de normas que forman un orden. El que una norma pertenezca a un determinado orden se debe únicamente a que su validez puede reconducirse a la norma fundamental constitutiva de dicho orden. Según sea el tipo de norma fundamental —esto es, según sea la naturaleza del principio supremo de validez— podrán distinguirse dos especies de orden. Las normas del primer tipo «valen» —lo que quiere decir que la conducta en ellas especificada ha de considerarse como debida— en virtud de su valor intrínseco, a causa de que el contenido de esas normas posee la cualidad, evidente de inmediato, que les confiere validez, una cualidad interna que las normas adquieren en la medida en que puedan ser reconducidas a una norma fundamental de tal manera que su contenido pueda subsumirse en el contenido de esta al modo como lo particular queda subsumido en lo general. A este tipo de normas pertenecen las normas morales. Normas como, por ejemplo, «no debes mentir», «no debes engañar», «debes cumplir lo prometido», etc., derivan de la norma fundamental de la veracidad. Normas como

«no debes causar daños a los otros», «debes socorrer a los demás en caso de que estén necesitados», etc., pueden ser reconducidas a la norma fundamental que proclama «debes amar a los demás». No se trata ahora de averiguar cuál sea la norma fundamental de un sistema moral determinado. Interesa comprender que las múltiples normas que componen una moral determinada están ya contenidas en su norma fundamental del mismo modo que lo particular se encuentra contenido en lo general, y por consiguiente todas las normas morales podrán obtenerse a partir de la norma fundamental de carácter general mediante una operación deductiva que de lo general vaya a lo particular. La norma fundamental tiene en la moral un carácter estático-material.

### 28. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMO CADENA DE CREACIÓN DEL DERECHO

Diferente es el caso de las normas jurídicas. Estas no valen en razón de su propio contenido. Un contenido cualquiera puede ser derecho. No hay conducta humana que, a causa de su valor intrínseco, quede excluida de la posibilidad de formar parte del contenido de una norma de derecho. No es posible poner en cuestión la validez de una norma jurídica alegando que su contenido no se adecua a un supuesto valor material, por ejemplo la moral. Una norma es válida como norma jurídica únicamente porque se ha originado de una determinada manera, porque ha sido creada en conformidad con cierta regla, porque ha sido establecida siguiendo un método específico. El derecho vale solo como derecho positivo, esto es, como derecho impuesto. La positividad del derecho consiste en la necesidad de ser impuesto y en la consiguiente independencia de su validez con respecto a la moral y a otros sistemas normativos similares. En esto se encuentra asimismo la diferencia esencial entre el derecho positivo y el denominado derecho natural cuyas normas, al igual que las de la moral, se deducen a partir de una norma fundamental considerada como evidente en virtud de su contenido, que se concibe como la emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura. Por el contrario, la norma fundamental de un ordenamiento jurídico positivo no es más que la regla básica conforme a la cual se crean las normas del ordenamiento, la imposición (*Ein-Setzung*) del hecho básico de la creación de derecho. Es el punto de partida de un procedimiento; tiene carácter absolutamente dinámico-formal. Las normas concretas del sistema jurídico no son deducibles mediante la lógica partiendo de dicha norma fundamental. Su creación necesita un específico acto impositivo,

un acto de voluntad, no un acto del pensamiento. La creación de normas jurídicas acontece en múltiples formas: por la costumbre o mediante un procedimiento legislativo, en el caso de las normas generales; por actos jurisdiccionales o a través de negocios jurídicos, si se trata de normas individuales. A la creación consuetudinaria del derecho se contraponen los demás modos de creación jurídica por la vía impositiva; esta última, por tanto, constituye un caso particular de creación del derecho.

Al reconducir a la norma fundamental las distintas normas que componen un sistema jurídico queda patente el modo en que, de acuerdo con dicha norma fundamental, tiene lugar la creación de una norma singular. Si se cuestiona, por ejemplo, por qué un acto coactivo determinado, por ejemplo, el acto consistente en que un hombre prive a otro de su libertad recluyéndolo en una prisión, constituye un acto jurídico y pertenece, por consiguiente, a un determinado ordenamiento, la respuesta será la siguiente: porque dicho acto ha sido prescrito por una determinada norma individual, esto es, por una sentencia judicial. Si se pregunta de nuevo por qué es válida esa norma individual y además forma parte de un ordenamiento jurídico determinado, la respuesta será esta: porque ha sido dictada conforme al código penal. Y si se pregunta a continuación por el fundamento de validez del código penal, entonces se llegará a la constitución del Estado de acuerdo a la cual se elaboró el mencionado código por el órgano competente y siguiendo el procedimiento constitucionalmente establecido.

Ahora bien, si se pregunta por el fundamento de validez de la constitución en la que están fundamentadas las leyes y los actos dictados sobre la base de estas últimas, es posible que haya una constitución anterior y, por fin, una primera constitución histórica que en su día fue promulgada por un usurpador del poder o por una asamblea que de algún modo fue constituida. El conocimiento de un ordenamiento jurídico derivado de una constitución parte de un presupuesto básico consistente en que tiene que valer como norma lo que el primer órgano constituyente haya manifestado ser su voluntad. La coacción deberá imponerse en las condiciones y en la forma que determine el primer constituyente histórico o establezcan las instancias en las que dicho constituyente delegue: esta es la formulación esquemática de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico (o, para hablar con mayor precisión, de un ordenamiento estatal, que es del que aquí se está tratando).

## 29. EL SIGNIFICADO DE LA NORMA FUNDAMENTAL

La teoría pura del derecho maneja la norma fundamental como un fundamento hipotético. Suponiendo que dicha norma sea válida, también será válido el ordenamiento jurídico que se basa en ella. La norma fundamental confiere el sentido de deber (*Sollen*) al acto del primer legislador y, en consecuencia, al resto de los actos del ordenamiento jurídico que se fundamentan en él; el sentido específico de que el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran conectados en la proposición jurídica, siendo esta la forma típica en que hay que representarse el conjunto del material jurídico-positivo. El significado normativo de todos los hechos constitutivos del ordenamiento jurídico en último término tiene su raíz en la norma fundamental. Tan solo presuponiendo la norma fundamental es posible considerar como derecho, esto es, como un sistema de normas jurídicas, el material que se ofrece a la interpretación del jurista. Según sea la naturaleza de dicho material, esto es, según los actos que hayan de interpretarse como actos jurídicos, así será el específico contenido de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico. La norma fundamental no es más que el presupuesto necesario de la concepción positivista del material jurídico. Puesto que no es generada por un procedimiento jurídico, no tiene la validez que es propia de una norma jurídica positiva. La norma fundamental no es una norma impuesta, sino presupuesta como condición de todo el conjunto de la creación jurídica, de todo procedimiento positivo. Con la formulación de la norma fundamental la teoría pura del derecho no pretende en absoluto inaugurar un nuevo método científico de la jurisprudencia. Solo pretende hacer patente lo que todos los juristas hacen —por lo general inconscientemente— cuando, para entender su objeto, rechazan el derecho natural como instancia de la que podría derivarse la validez del ordenamiento jurídico positivo a pesar de lo cual conciben el derecho positivo como un ordenamiento válido, no como un mero *factum* de conexiones psíquicas motivacionales, sino como norma. Con la doctrina de la norma fundamental la teoría pura del derecho intenta únicamente poner al descubierto —a través del análisis del proceder real— las condiciones lógico-trascendentales del método usual que siempre se ha empleado para el conocimiento del derecho positivo.

## 30. LA NORMA FUNDAMENTAL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL

a) *El contenido de la norma fundamental*

Lo que significa la norma fundamental se muestra con especial claridad no cuando se modifica el ordenamiento por la vía legal sino cuando se le sustituye por otro empleando medios revolucionarios; de manera semejante, la naturaleza del derecho y de la comunidad por el derecho constituida queda más claramente al descubierto siempre que se pone en cuestión su propia existencia. En un Estado que ha sido monárquico hasta la fecha intenta un grupo de hombres por la vía revolucionaria ponerse en el lugar de los gobernantes legítimos y sustituir la monarquía por la república. Si alcanzan el éxito, esto es, si expira el viejo orden y comienza a ser eficaz el nuevo debido a que la conducta real de los individuos —para los que pretende ser válido el nuevo ordenamiento— se adecua en términos generales a este y no al anterior, si tal cosa sucede, entonces se comenzará a operar con el orden nuevo en su calidad de ordenamiento jurídico, lo que significa que los actos realizados en cumplimiento del orden nuevo se interpretarán como actos jurídicos y las conductas que lo vulneren, como actos ilícitos. Se supondrá entonces una norma fundamental nueva: no será ya aquella que delegaba en el monarca la autoridad generadora de derecho, sino la que delega dicha autoridad en el gobierno revolucionario. Pero si la intentona fracasara a causa de que el orden nuevo resultara ser ineficaz por no adecuarse a él las conductas de los destinatarios de las normas, entonces su actuación no se podría interpretar como un acto constituyente sino como un delito de alta traición; no podría interpretarse como un acto de imposición de derecho sino como un acto de vulneración del mismo, y ello sería así precisamente en virtud del ordenamiento viejo, cuya validez presupone la validez de una norma fundamental que delega en el monarca la autoridad creadora del derecho.

Se plantea la cuestión de por qué criterio se rige el contenido de la norma fundamental de un ordenamiento jurídico determinado. Un análisis que examine los juicios jurídicos hasta llegar a su último presupuesto mostrará que el contenido de la norma fundamental se rige por el hecho que permite la creación del ordenamiento jurídico al cual se adecua, alcanzando un cierto grado, la conducta efectiva de los individuos a los que el ordenamiento se dirige. No se precisa que los comportamientos reales de los individuos se adecuen completamente, sin excepciones, al ordenamiento. Es más, es necesario que haya la posibilidad de cierta discrepancia entre el orden normativo y el ámbito del acontecer fáctico al que aquel

orden va referido, ya que en el supuesto de que no se diese semejante posibilidad el orden normativo carecería de sentido. No es necesario ordenar lo que se supone que necesariamente habrá de suceder. Si fuera posible fundar un orden social al que se adecuase en toda circunstancia la conducta efectiva de los individuos, la norma fundamental —que legitimaría todo cuanto es posible— tendría que expresarse en los siguientes términos: «debe suceder lo que de hecho ya sucede», o bien, «debes hacer lo que quieras». Carecería de sentido un orden normativo semejante, al igual que tampoco lo tendría otro orden al que los comportamientos reales de los individuos —objeto de regulación de dicho orden— no se adaptaran en absoluto sino que le fueran totalmente opuestos. Por estos motivos, un orden normativo que, a partir de cierto nivel, deje de adecuarse a la realidad perdería su validez. La validez del ordenamiento jurídico —regulador de la conducta de determinados individuos— siempre se encuentra en relación de dependencia con el hecho de que la conducta real de los individuos se corresponda con lo que él establece; como suele decirse, se encuentra en una relación de dependencia con su eficacia. Dicha relación —que es posible designarla metafóricamente como la tensión entre deber y ser— no puede concretarse de otro modo que estableciendo un límite superior y otro inferior. Esa posibilidad de adecuación entre la conducta efectiva de los individuos y el ordenamiento jurídico no ha de sobrepasar un cierto *maximum* ni tampoco situarse por debajo de un determinado *minimum*.

b) *Validez y eficacia del ordenamiento jurídico (derecho y poder)*

La idea de esta relación de dependencia puede llevar fácilmente a identificar la validez del ordenamiento jurídico con su eficacia, esto es, con el hecho de que la conducta de los individuos —a la que se refiere el ordenamiento— se adecua a este en determinada dimensión. Pero este continuo intento identificador —en apariencia tan conveniente por simplificar notablemente la problemática teórica— conduce indefectiblemente al error; puesto que si se sostiene que la validez, o sea, la existencia específica del derecho, radica en una realidad natural, de cualquier tipo que sea, se tornará imposible comprender el sentido propio que tiene el derecho al proyectarse sobre la realidad y por el que contrasta con ella; una realidad que —solo si no es identificada con la validez del derecho— puede corresponderse o contraerse a este. Ciertamente no es posible hacer caso omiso de la realidad a la hora de determinar la validez del derecho, pero tampoco es posible identificar derecho y realidad. Si en lugar del concepto de realidad —entendida como eficacia del orde-

namiento jurídico— se coloca el concepto de poder, el problema de la relación entre la validez y la eficacia del ordenamiento se identifica con la cuestión —mucho más corriente— de la relación entre el derecho y el poder. Y la solución que aquí se propone no será sino conseguir la exacta formulación científica de una antigua verdad, a saber: que el derecho no puede existir sin el poder, pero que no se identifica con él. El derecho —tal como lo entiende la teoría pura— es un determinado ordenamiento (una determinada organización) del poder.

c) *El derecho internacional y la norma fundamental del ordenamiento jurídico del Estado*

El principio según el cual la validez de un ordenamiento jurídico tiene por condición tener un cierto grado de eficacia o, dicho con mayor precisión, un cierto nivel de correspondencia entre ambas (validez y eficacia), no es otra cosa que la formulación de una norma jurídica positiva, pero no de una norma perteneciente al ordenamiento estatal sino al internacional. El derecho internacional otorga legitimidad —como más adelante se mostrará con mayor detalle— al poder que está en proceso de establecerse y delega así en el orden coactivo impuesto por dicho poder, en la medida en que sea realmente eficaz. Este principio de efectividad constituye un principio jurídico del derecho internacional y desempeña la función de norma fundamental de los diversos ordenamientos jurídicos estatales; la constitución promulgada por el primer legislador histórico solo será válida en caso de que sea eficaz, esto es, en el supuesto de que el orden conformado de acuerdo a las disposiciones de dicha constitución se vea correspondido por la realidad con carácter general. De semejante modo, el gobierno que llegue al poder por una revolución o por un golpe de Estado debe ser considerado legítimo en el sentido del derecho internacional siempre que dicho gobierno se encuentre en condiciones de conseguir que las normas que promulgue sean obedecidas con carácter duradero. Esto viene a significar que todo orden coactivo directamente sometido al derecho internacional constituye un ordenamiento jurídico legítimo, esto es, vinculante; o, con otras palabras, que la comunidad constituida por dicho orden como Estado en el sentido del derecho internacional tiene validez en el ámbito en que dicho ordenamiento sea eficaz de un modo permanente o, expresado con mayor corrección, en el ámbito en que el ordenamiento sea acatado en términos generales.

Ahora bien, si a la norma que fundamenta los ordenamientos jurídicos estatales se la considera como una norma jurídica positiva —y tal es el caso si se concibe el derecho internacional como un ordenamiento

que se sitúa por encima de los ordenamientos jurídicos de los Estados en los que aquel delega—, entonces la norma fundamental —en el sentido específico aquí expuesto de una norma no impuesta, sino supuesta— no podrá ser considerada como fundamento de los ordenamientos jurídicos estatales, sino como base del derecho internacional. El principio internacional de efectividad solo puede valer como la norma fundamental relativa de los ordenamientos jurídicos de los Estados. Si se parte de la primacía del derecho internacional el problema de la norma fundamental cambia de centro convirtiéndose en el problema del fundamento último de validez de un ordenamiento jurídico que comprende a todos los ordenamientos jurídicos estatales. Sobre estos aspectos volveremos más adelante.

d) *Validez y eficacia de la norma jurídica individual*

La validez de un ordenamiento jurídico como sistema cerrado de normas de derecho depende de su eficacia. Esto significa que depende de que la realidad a la que el ordenamiento va referido se adecue en general a él. De ahí no se deriva que la validez de una norma individual se encuentre también en esa relación de dependencia respecto de su eficacia. La validez de un ordenamiento jurídico no se ve afectada por el hecho de que una de sus normas carezca de eficacia. Dicha norma sigue siendo válida porque se mantiene integrada en la cadena de producción de un ordenamiento válido, y seguirá siendo válida mientras esto sea así. La cuestión acerca de la validez de una norma concreta tiene respuesta dentro del sistema recurriendo a una primera constitución fundamentadora de todas las normas. Si la primera constitución es válida, habrá que considerar como válidas las normas creadas a partir de ella. En consecuencia, el principio internacional de efectividad se refiere de manera inmediata únicamente a la primera constitución del ordenamiento jurídico del Estado y, por tanto, a dicho ordenamiento entendido como un todo, y no a cada una de sus normas particulares. La necesidad de distinguir entre los dos conceptos se vuelve a demostrar en la posible independencia de la validez de la norma jurídica singular respecto de su eficacia.

No obstante, igual que hace el derecho internacional, el ordenamiento jurídico del Estado también puede elevar el principio de efectividad a la categoría de principio jurídico positivo, en la medida que considere oportuna y en referencia a su propio ámbito, y hacer así que la validez de las normas singulares que lo componen dependa de su eficacia. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la constitución (en sentido material) introduce o autoriza la costumbre como fuente del derecho conjuntamente

con la ley, permitiendo en consecuencia que las disposiciones legales puedan derogarse por la vía consuetudinaria, esto es, por la constante inaplicación. En tal supuesto se producirá la derogación de la norma jurídica que hasta entonces ha sido válida. La ley promulgada recientemente «es válida», y lo es antes de que pueda ser eficaz. En tanto no se produzca la *desuetudo*, la inaplicación de la ley tendrá el significado de la comisión de un hecho ilícito. Así pues, tampoco en estas circunstancias es posible identificar validez y eficacia.

### 31. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

#### a) *La constitución*

El análisis de la conciencia jurídica positiva, gracias al cual se pone al descubierto la función de la norma fundamental, arroja también luz sobre una característica peculiar del derecho y que consiste en que este regula su propia creación. Lo hace de manera que una norma jurídica regula el procedimiento de creación de otra norma, y asimismo su contenido (aunque en este último caso, con intensidad varia). Dado el carácter dinámico del derecho, una norma será válida en tanto y en la medida en que haya sido creada sobre la base de otra norma, esto es, si ha sido generada por otra norma, por lo que esta representa el fundamento de validez de aquella. La relación existente entre la norma que determina la creación de otra y la norma creada en virtud de dicha determinación puede ser visualizada en una imagen en tres dimensiones (espacial) que contenga un nivel superior y otro inferior. La norma previsora de la creación es la superior; y la generada por dicha previsión es la inferior. De esta manera el ordenamiento jurídico es concebido no como un sistema de normas situadas unas al lado de las otras, al mismo nivel, sino como un orden escalonado en diferentes niveles de normas jurídicas. La unidad del ordenamiento deriva del nexo resultante de que la creación y consiguiente validez de una norma se reconduzcan a otra norma cuya creación y validez se remiten a su vez a otra norma, un encadenamiento hacia arriba que finalmente desemboca en la norma fundamental, en la regla hipotética básica la cual, por tanto, constituye el fundamento supremo de validez que establece la unidad de esta cadena de creación normativa.

La estructura jerárquica del ordenamiento jurídico (en referencia por ahora solo al estatal) puede exponerse de manera algo esquemática en los siguientes términos. Partiendo de la presuposición de la norma fundamental —cuyo sentido ya se ha aclarado antes—, la constitución

—en el sentido material del término— representa el escalón superior del derecho positivo. Su función esencial es la de regular los órganos y el procedimiento para la creación del derecho que tenga un carácter general, o sea, la de regular la actividad legislativa. Puede prever asimismo el contenido de las futuras leyes, y de hecho las constituciones positivas lo hacen con no escasa frecuencia al imponer o prohibir determinados contenidos. En el supuesto de que impongan ciertos contenidos, por lo general se estará ante una mera promesa de promulgar las leyes que oportunamente los regulen, ya que por razones de técnica jurídica es inviable que se impongan sanciones en caso de que no se promulguen las mencionadas leyes. En contraste con esto, es mucho más eficaz que la constitución impida la promulgación de leyes que posean ciertos contenidos. Una parte que es típica de las constituciones modernas es la que recoge un catálogo de derechos y libertades fundamentales; pues bien, dicha parte no es en definitiva otra cosa que una limitación de carácter negativo. Así, la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, o de la libertad de la persona, de la libertad de conciencia, etc., no es sino la prohibición de todas aquellas leyes que en ciertos aspectos puedan tratar discriminatoriamente a los ciudadanos o que obstaculicen ciertas esferas de libertad. Desde la perspectiva propia de la técnica jurídica estas prohibiciones pueden hacerse efectivas debido a que promulgar una ley inconstitucional es responsabilidad personal de los órganos que participan en su promulgación —como son el jefe del Estado o el ministro—, o asimismo a que exista la posibilidad de impugnar y anular las leyes en cuestión. Todo lo cual presupone obviamente que una simple ley no posea fuerza para derogar la norma constitucional que prevé su promulgación y contenido; y asimismo que no sea posible modificar o derogar disposiciones constitucionales sino en las más estrictas condiciones como pueden ser la exigencia de una mayoría cualificada, un quórum reforzado y otras semejantes. La constitución tiene que establecer, a los efectos de su modificación o derogación, un procedimiento diferente y más exigente que el requerido para la legislación ordinaria. Junto a la forma propia de las leyes tiene que haber otra forma específica de la constitución.

#### b) *La legislación; el concepto de fuente del derecho*

El escalón siguiente al ocupado por la constitución lo forman las normas de carácter general creadas por el procedimiento legislativo. Son normas cuya función no consiste únicamente en establecer el órgano y el procedimiento para crear normas individuales por parte de los tribunales y las autoridades administrativas, sino sobre todo para delimitar

el contenido de dichas normas individuales. Mientras que el cometido principal de la constitución es regular el procedimiento de las leyes y determinar en una medida restringida —y eso, en el supuesto de que efectivamente lo haga— el contenido de estas, la misión de la legislación consiste en prever la creación y el contenido de los actos judiciales y administrativos. El derecho que se manifiesta bajo la forma de las leyes es derecho material y derecho formal. Junto a las leyes penales y al código civil figuran las leyes procesales penales y civiles, junto a las leyes administrativas figuran las leyes que regulan el procedimiento contencioso-administrativo. La relación existente entre la constitución y la legislación es, por tanto, esencialmente la misma que la existente entre la ley y la decisión judicial o administrativa, con la única diferencia en cuanto al grado en que el nivel superior determina formal y materialmente al nivel inferior. En el primer caso predomina el elemento formal sobre el material; en el segundo, ambos elementos se mantienen en equilibrio.

Comúnmente el nivel que corresponde a la creación del derecho de carácter general —nivel regulado por la constitución— en la configuración de los ordenamientos jurídico-positivos suele dividirse normalmente a su vez en dos escalones. Es de subrayar al respecto la distinción entre la ley y el reglamento, distinción que posee una especial relevancia allí donde la constitución delega la producción de normas jurídicas generales principalmente en el parlamento elegido por el pueblo pero también autoriza a ciertos órganos de la administración a que desarrollen más en detalle el contenido de las leyes por medio de otras normas de carácter general; esa distinción también es relevante cuando, para determinados supuestos excepcionales, se confiere poderes al ejecutivo en lugar de al parlamento para promulgar las normas que sean necesarias o para promulgar normas generales de determinada especie. Las normas generales emanadas no del parlamento sino de las autoridades administrativas reciben el nombre de reglamentos, los cuales pueden dictarse para desarrollar las leyes o en lugar de estas. En este último caso, cuando los reglamentos se emiten en lugar de las leyes, reciben el nombre de «reglamentos con fuerza de ley». Hay, por tanto, una forma específica para la ley —del mismo modo que la hay para la constitución—, y por eso se habla de «ley en sentido formal» por contraposición a la «ley en sentido material». Con esta denominación de «ley en sentido material» se designa a toda norma jurídica general; y con la de «ley en sentido formal» se hace referencia a la norma jurídica general en forma de ley, o sea, aprobada en parlamento y publicada según las típicas disposiciones de la mayoría de las constituciones, o simplemente a todo contenido —cualquiera que este sea— que se presente bajo dicha forma. Por consiguiente,

te, la denominación de «ley en sentido formal» es equívoca. Tan solo es inequívoco el concepto de forma de ley, bajo la que pueden presentarse no solo leyes generales sino asimismo otros contenidos.

En aras de la sencillez se hará aquí solo referencia al supuesto de que la creación de normas generales —tanto de la constitución como de las demás que se adopten según la constitución— tiene lugar por medio de actos de imposición autoritaria y no por la vía de la costumbre. A ambos modos de creación se los suele agrupar en el concepto de «fuentes del derecho», expresión metafórica y por ello mismo equívoca. Su significado alcanza no solo a estos dos métodos —creación por órganos centrales de normas generales orientadas a un fin, frente a creación espontánea y descentralizada de normas generales por parte de los miembros de la comunidad jurídica—, sino que se extiende al fundamento último de validez del ordenamiento jurídico y, por consiguiente, a lo expresado bajo el concepto de la norma fundamental. Sin embargo, la expresión «fuente de derecho» en un sentido muy amplio significa toda norma jurídica, no solo las normas generales, sino también las individuales, ya que de estas —del modo que del derecho objetivo dimana el derecho en sentido subjetivo— dimanan deberes jurídicos y derechos subjetivos (facultades). Así, la sentencia judicial constituye la fuente de un específico deber jurídico para un individuo y el correspondiente derecho subjetivo para otro. La equívocidad del término «fuentes del derecho» lo hace realmente poco manejable. En lugar de esta imagen metafórica es conveniente que se determine clara y directamente el problema cuya solución se intenta encontrar en cada caso. La cuestión que se plantea aquí es de qué manera la norma general es «fuente» de la norma individual.

### c) La jurisprudencia de los jueces

La norma general conecta una determinada consecuencia abstracta a un determinado supuesto fáctico igualmente abstracto; por ello, para alcanzar su pleno significado precisa de concreción. Será necesario determinar si se da *in concreto* un hecho, el que la norma establece *in abstracto*; y para ese caso concreto será necesario disponer un acto coactivo también concreto prescrito igualmente *in abstracto* por la norma general, lo que significará que primero fue ordenado y después realizado. Esta es la tarea de las sentencias de los jueces, es la función de la llamada jurisprudencia de los tribunales o del poder judicial. Esta función no posee un carácter meramente declarativo —como parecen indicar las palabras alemanas *Recht-Sprechung* (actividad de «decir el derecho»), *Rechts-Findung* (actividad de «investigar y hallar el derecho») y como admite a veces la

teoría—, como si en la ley —esto es, en la norma general— estuviera ya contenido el derecho acabadamente y presto para su aplicación por los tribunales de modo que estos solo lo tuvieran que descubrir o hacerlo conocer. Muy al contrario de esto, la jurisprudencia de los jueces posee un carácter constitutivo, es creación de derecho en el sentido propio del término. Pues que exista el hecho concreto al que haya que conectar una consecuencia jurídica específica y que efectivamente se conecte esa consecuencia concreta, toda esa completa conjunción tiene lugar gracias únicamente a la sentencia judicial. En el plano de lo general la conexión se efectúa por la ley, en el plano de lo individual la conexión tiene lugar por la sentencia del juez. Por ello la sentencia es, ella misma, una norma jurídica individual; constituye la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la prosecución del proceso de creación del derecho desde lo general hasta lo individual. Solo el prejuicio de que el derecho se encierra todo entero en normas generales ha podido llegar a oscurecer esta manera de ver las cosas, en definitiva la errónea identificación entre derecho y ley.

#### d) *Justicia y administración*

Al igual que la jurisprudencia de los jueces, la administración se manifiesta como individualización y concreción de las leyes, en particular de las leyes administrativas. Buena parte de lo que habitualmente se llama administración del Estado no se diferencia en absoluto, desde el punto de vista funcional, de lo que recibe el nombre de actividad jurisdiccional —o justicia—, puesto que los fines del Estado se consiguen técnicamente tanto por medio del aparato administrativo como por intermedio de los tribunales de justicia: la situación a la que socialmente se aspira, o sea, la situación que el legislador busca conseguir, viene causada por el hecho de que los órganos estatales reaccionan ante la situación contraria imponiendo actos de coacción; dicho con otras palabras, haciendo que los individuos se vean jurídicamente obligados a realizar las conductas socialmente deseables. No hay diferencia esencial entre que el honor de las personas se proteja por medio de castigos impuestos por los tribunales a los ofensores o que se proteja la seguridad del tráfico por sanciones que impongan las autoridades administrativas a los que conducen con exceso de velocidad. Si en un caso se habla de justicia y en otro de actuación administrativa, hay que decir que solo se diferencian en la posición organizativa del juez, explicable en términos puramente históricos, de la independencia de estos, de la que por lo general (aunque no siempre) carecen los órganos de la administración. En ambos casos se produce una coincidencia esencial,

que radica en que los fines del Estado son realizados de manera indirecta. La diferenciación funcional entre la justicia y la administración solo tiene lugar cuando los órganos estatales cumplen los fines del Estado de modo inmediato o directo; esto sucede cuando el órgano estatal obligado a ello por el derecho genera directamente la situación socialmente deseada, cuando —como suele decirse— es el propio Estado (más exactamente, un órgano estatal) el que construye o gestiona escuelas o ferrocarriles, atiende a enfermos en los hospitales, etc. Esta administración de índole inmediata es, en efecto, esencialmente distinta de la actividad jurisdiccional, ya que por su naturaleza esta consiste en la persecución mediata (indirecta) de los fines estatales y por eso es muy similar a la administración indirecta. Al considerar como dos funciones diferentes a la administración y a la justicia, esta última solo podrá ponerse en contraposición con la administración directa. Para lograr la sistematización conceptualmente correcta de las funciones del derecho se impone, a tenor de lo expuesto, la delimitación claramente distinta de la organización del aparato jurídico, producto de la evolución histórica, e implica —dejando aparte la legislación— la división en dos grupos de autoridades relativamente aislados entre sí y que desempeñan en gran medida cometidos similares. La concepción ajustada de la naturaleza de esas funciones supone sustituir la distinción entre justicia y administración por la distinción entre administración estatal indirecta y administración estatal directa; diferenciación esta que no debería quedar sin consecuencias a la hora de organizar dichas funciones.

#### e) *Negocio jurídico y acto de ejecución*

En ciertas áreas del derecho —por ejemplo en el derecho civil— la individualización y concreción de las normas generales no tiene lugar directamente por actos del órgano del Estado como la sentencia del juez. Cuando los tribunales se enfrentan a la aplicación de normas del derecho civil, entre la ley y la sentencia se interpone el negocio jurídico, que desempeña una función individualizadora en relación con el supuesto fáctico hipotético. Gracias a la delegación que la ley hace, las partes que intervienen en el negocio establecen entre ellas normas concretas, normas que les imponen un comportamiento caracterizado por la reciprocidad y cuya infracción constituye el supuesto fáctico que la sentencia del juez ha de determinar para conectar con dicho supuesto fáctico la consecuencia jurídica del acto ilícito consistente en la ejecución.

La última fase del proceso de creación del derecho, cuyo comienzo está en el acto de establecer la constitución, consiste en la realización del acto coactivo como consecuencia jurídica del ilícito.

f) *Relatividad de la contraposición entre creación y aplicación del derecho*

El análisis de la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico demuestra que la contraposición entre producción o creación del derecho, por un lado, y aplicación o ejecución del derecho, por otro lado, no tiene de ninguna manera el carácter absoluto que la teoría tradicional del derecho asocia a esta contraposición, tan importante para ella. La mayoría de los actos jurídicos son, al unísono, actos de creación y de ejecución del derecho. Por cualquiera de esos actos se produce la aplicación de una norma superior y la creación de otra inferior. Así, el primer acto constituyente —acto de creación jurídica del más alto nivel— supone la aplicación de la norma fundamental; la legislación —o sea, la creación de normas generales— implica la aplicación de la constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, creadores de normas individuales, representan la aplicación de la ley; y la realización de los actos coactivos conlleva la aplicación de las resoluciones administrativas y de las sentencias judiciales. El acto coactivo tiene un carácter meramente aplicativo, mientras que la presuposición en que consiste la norma fundamental posee el carácter de pura creación normativa. Los escalones que se encuentran entre esos dos extremos están formados por actos que son simultáneamente creación y aplicación del derecho. Esto es lo que sucede también con el negocio jurídico al cual, por mucho que sea un acto de aplicación de la ley, no se le puede privar —como hace la doctrina tradicional— de su carácter de acto creador de derecho. Tanto el acto legislativo como el negocio jurídico son actos que simultáneamente crean y aplican derecho.

g) *La posición del derecho internacional en la estructura jerárquica*

Si se acepta la idea de que no existe un único ordenamiento estatal sino una pluralidad de ordenamientos jurídicos coordinados recíprocamente y, por tanto, con sus respectivos ámbitos de validez delimitados, y se reconoce además que —como mostraremos después— es el derecho internacional positivo el que genera la mencionada coordinación entre los ordenamientos estatales así como la delimitación de sus respectivas esferas de validez, entonces será preciso concebir el derecho internacional como un ordenamiento jurídico situado por encima de los ordenamientos estatales y que agrupa a estos formando una comunidad universal, con lo que —desde el punto de vista epistemológico— queda garantizada la unidad de todo el derecho en un sistema de niveles jurídicos que se suceden unos a otros.

h) *El conflicto entre normas de diferentes niveles jerárquicos*

La unidad del ordenamiento jurídico —entendido como una construcción jerarquizada— parece que pueda ponerse en cuestión desde el momento en que una norma de jerarquía inferior no se adecue a otra norma superior que ha previsto la forma en que ha de crearse la inferior o el contenido de esta; o sea, cuando la norma inferior se contraponga a la disposición que ha establecido las relaciones de supraordinación y de subordinación entre las normas. Se plantea así el problema de la norma contraria a otra norma superior, el problema de la ley inconstitucional, del reglamento ilegal, de la sentencia o del acto administrativo antirreglamentarios. Cabe preguntarse cómo es posible sostener entonces la unidad del ordenamiento jurídico, entendido como un sistema lógicamente cerrado de normas, si existe una contradicción lógica entre dos normas pertenecientes a distintos niveles de jerarquía en el mismo sistema; cabe preguntarse entonces si siguen vigentes tanto la constitución como la ley que la vulnera, y si siguen vigentes tanto la ley como la sentencia que la contradice. Que esto sucede es algo que, de acuerdo al derecho positivo, no puede ponerse en duda. El derecho positivo tiene en cuenta la existencia de dicho «derecho antijurídico», y confirma que es posible su existencia al establecer distintas medidas para impedirlo o limitarlo. Pero haciéndolo así, al tolerar que una norma no deseada por algún motivo tenga validez como derecho se le sustrae a este su carácter de antijuridicidad. Efectivamente, en el supuesto de que el fenómeno caracterizado como «norma antinormativa» (de la ley contraria a la constitución, de la sentencia contraria a la ley, etc.) significara realmente una contradicción lógica entre la norma superior y la inferior se estaría dando al traste con la unidad del ordenamiento jurídico. Ahora bien, esto no es así de ninguna de las maneras.

Si es posible, por ejemplo, que exista una ley inconstitucional, esto es, una ley que contradiga disposiciones de la constitución vigente, sea por la forma en que ha sido aprobada sea por su contenido, solo podrá interpretarse semejante situación del siguiente modo: la constitución no solo pretende la validez de las leyes conformes con ella sino que, en algún sentido, admite también la validez de las leyes «inconstitucionales», pues si así no fuera no se podría hablar en absoluto de la «validez» de estas últimas. Que la constitución quiere asimismo la validez de la llamada ley inconstitucional es algo que se infiere del hecho de que no se limita a establecer el modo en que han de promulgarse las normas e igualmente que hayan de tener este o aquel contenido, sino que además pretende que, cuando se apruebe una norma de manera diferente a la prescrita

o cuando su contenido sea diferente al exigido por ella, se la considere no como una norma nula sino como válida en tanto no sea anulada por la instancia establecida a tal efecto, por ejemplo por un tribunal constitucional, y de acuerdo al procedimiento exigido en la misma constitución. De importancia secundaria es en este contexto que la constitución exija en ocasiones una condición mínima, como puede ser la publicación en un boletín oficial, para que los tribunales apliquen como válida la norma promulgada como ley en tanto no sea anulada. Mayor importancia reviste el hecho de que la mayoría de las constituciones no prevén la anulación de las leyes inconstitucionales y se contentan, en el caso de que se aprueben, con establecer la posibilidad de atribuir responsabilidades personales a ciertos órganos, como el jefe del Estado o los ministros, sin que por otra parte se ponga en cuestión la validez de la ley inconstitucional. Por tanto, la que se denomina «inconstitucionalidad» de una ley no implica en absoluto una contradicción lógica entre el contenido de la ley y el de la constitución, sino una condición prevista constitucionalmente para incoar un procedimiento conducente a la anulación de la mencionada ley —ley que hasta el momento de la anulación sigue siendo válida y en consecuencia conforme a la constitución— o bien a la penalización de un órgano determinado. Solo podrán entenderse los preceptos constitucionales referentes a la creación y al contenido de las leyes si se los pone en íntima conexión con los que se refieren a su «infracción», es decir, con los que se refieren a las normas aprobadas de modo distinto al en principio establecido constitucionalmente o con contenidos diferentes a los exigidos en principio por la constitución. Consideradas así las cosas, los dos tipos de preceptos forman una unidad. Las disposiciones de la constitución relativas a la promulgación de las leyes tienen, según esto, carácter de disposiciones alternativas aunque no se reconoce idéntico valor a las dos opciones que componen la alternativa. Se descalifica a la segunda opción en favor de la primera, descalificación que se pone de manifiesto en el hecho de que no es la ley conforme a la constitución sino la ley inconstitucional la que, al ser calificada así, o bien es considerada anulable o bien se señala a un órgano como sancionable. En el hecho de que la norma «antinormativa» o bien sea anulable o bien por su causa sea sancionable un determinado órgano, es donde reside lo que es posible designar, mejor que con la expresión «antinormatividad», «defecto» o «vicio» de la norma.

Totalmente análogos son los casos del llamado reglamento ilegal y el de los actos jurisdiccionales y administrativos contradictorios con las leyes o los reglamentos. Por medio de estos últimos actos se crean normas individuales que —prescindiendo del caso en que se produzca la nulidad

absoluta por darse solo la apariencia de norma pero sin que exista jurídicamente— que, de acuerdo con la ley, son consideradas válidas y, por tanto, legales en tanto no se anulen a causa de su ilegalidad mediante el procedimiento prescrito legalmente. En la ley se contiene no solo el precepto de que la sentencia y el acto administrativo han de ser generados en cierta forma y han de tener ciertos contenidos, también se contiene el precepto de que una norma que haya sido creada de forma diferente, o que tenga un contenido distinto al establecido, debe conservar su validez mientras no se la anule por el procedimiento establecido a causa de ser contradictoria con el primer precepto. En caso de agotamiento del procedimiento o de ausencia de previsión de un procedimiento determinado, la norma inferior adquirirá «fuerza de derecho» en su relación con la superior, lo que quiere decir que seguirá siendo válida aun a pesar de que su contenido sea contradictorio con esta última, y esto será así precisamente por el principio referente a la «fuerza de derecho» establecido por la norma superior. No es posible entender el sentido de la norma superior determinante de la creación y el contenido de la norma inferior sin que se tenga en cuenta la disposición añadida que la misma norma superior establece para cuando la primera disposición resulte violada. La previsión que la norma superior ejerce sobre la inferior —asimismo en la relación entre la ley general y el acto jurisdiccional y administrativo concreto— tiene, en consecuencia, carácter de precepto alternativo. Si la norma individual se adecua a la primera alternativa, será plenamente válida, y si se adecua a la segunda será una norma defectuosa y, por tanto, podrá ser anulada a causa de dicha carencia. No cabe una tercera posibilidad ya que una norma no anulable solo puede ser una norma definitivamente válida o una norma nula, esto es, no una norma sino una apariencia de norma. Gracias al carácter alternativo de la norma superior, que prevé a la inferior, queda excluida la posibilidad de que la inferior se encuentre en auténtica contradicción lógica con la superior; pues la contradicción con la primera disposición alternativa en que se divide la norma superior completa no implica contradicción con esta última, por estar compuesta por dos disposiciones alternativas. Además, solo se hace manifiesta la contradicción de la norma inferior con la primera de las dos disposiciones alternativas que comprende la norma superior en el momento en que la establezca la instancia competente, siendo jurídicamente irrelevante cualquier otra opinión sobre una supuesta contradicción. En la esfera jurídica, sin embargo, la «contradicción» solo produce efecto cuando se deroga la norma contradictoria. Por consiguiente, lo que se denomina «antinormatividad» de una norma que, por el motivo que sea, se supone válida no es verdaderamente otra

cosa —dejando de lado que la norma plantee la responsabilidad personal del órgano— que la posibilidad de suprimirla debido a ciertas causas; lo que se traduce o bien en su anulabilidad a través de otro acto jurídico o bien en su nulidad, su negación como norma para el conocimiento jurídico, su disolución como apariencia de norma jurídica válida. En suma, la «norma antinormativa» será o anulable o nula. En el primer caso se tratará de una norma válida y conforme con la norma superior hasta el momento en que sea anulada. En el segundo no se tratará propiamente de una norma. El conocimiento normativo no tolera la contradicción entre dos normas pertenecientes al mismo sistema normativo. Corresponde al derecho mismo resolver los posibles conflictos entre normas válidas de diferente jerarquía. La unidad característica de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico no se pone en cuestión por las contradicciones lógicas.

## VI

## LA INTERPRETACIÓN

## 32. LA INTERPRETACIÓN: CUÁNDO ES PERTINENTE Y CUÁL ES SU OBJETO

De la idea de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico se derivan consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta constituye un procedimiento intelectual vinculado al proceso creativo del derecho en el tránsito progresivo desde un nivel superior a otro inferior previsto por el primero. En el caso más normal, el de la interpretación de la ley, se impone contestar a la pregunta de cómo, partiendo de la norma general de la ley, se obtiene, en su aplicación al caso, la correspondiente norma individual que es la sentencia o el acto administrativo. Hay, además, interpretación de la constitución en la medida en que hay que aplicarla —sea por el procedimiento legislativo, por la promulgación de reglamentos de urgencia o por cualesquiera actos previstos directamente por ella—, lo que implica llevarla a ejecución en los niveles inferiores. Y asimismo hay interpretación de las normas individuales, esto es, de las sentencias de los jueces, de las resoluciones administrativas, de los negocios jurídicos, etc., en definitiva, de todas las normas que precisen de ejecución, toda vez que el proceso de creación y ejecución del derecho discurre de un nivel al siguiente nivel jerárquicamente inferior.

## 33. RELATIVA INDETERMINACIÓN DEL NIVEL JURÍDICO INFERIOR RESPECTO DEL SUPERIOR

La relación entre el nivel superior y el inferior en un ordenamiento jurídico, como la que existe entre la constitución y la ley o entre esta y la sentencia judicial, es una relación de determinación o vinculación; como

ya se ha expuesto, la norma de nivel superior regula el acto por el que se crea la norma de nivel inferior (o bien, si ese es el caso, el acto de ejecución) y establece no solo el procedimiento en virtud del cual se genera la norma inferior sino también, eventualmente, el contenido de la misma.

Ahora bien, dicha determinación no es nunca completa. Es imposible que la norma superior concrete absolutamente todos los aspectos del acto que la aplica. Siempre quedará un cierto espacio, a veces amplio y a veces menos amplio, para la discrecionalidad, de manera que la norma superior será solo —en relación con el acto de creación normativa o de ejecución que la aplica— un marco que es necesario completar por medio de dicho acto. Incluso una orden que regule aspectos muy concretos tendrá que dejar en manos de quien haya de ejecutarla la determinación de ciertos detalles. Si el órgano A emite el mandato de que el órgano B arreste al individuo C, el órgano B tendrá que decidir a su criterio cuándo, dónde y cómo quiere dar cumplimiento a esa orden de arresto; decisiones estas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto el órgano que dio la orden de arresto y que en gran medida no ha podido prever.

#### 34. INDETERMINACIÓN INTENCIONADA DEL NIVEL INFERIOR

De lo expuesto se deduce que todo acto jurídico —sea un acto de creación de derecho o un acto de pura ejecución— realizado en aplicación de una norma solo en parte está determinado por dicha norma y, por tanto, está también en parte indeterminado. Esta indeterminación puede referirse lo mismo al hecho condicionante que a la consecuencia jurídica condicionada, o sea, tanto al porqué como al qué del acto que la norma prevé. La indeterminación puede ser abiertamente intencionada, lo que significa que en tal caso esa indeterminación forma parte de la intención del órgano que ha impuesto la norma superior. Por eso, cuando se emite una norma general se hace siempre —teniendo en cuenta su naturaleza— al amparo de la suposición de que la norma individual que se cree como ejecución de aquella dará continuidad al proceso de determinación del sentido en los sucesivos niveles normativos. Lo mismo sucede en caso de delegación. Una ley de sanidad conmina con ciertas sanciones a que, debido a la irrupción de una epidemia, los habitantes de una ciudad adopten ciertas medidas de prevención destinadas a evitar la propagación de la enfermedad. Se habilita a las autoridades administrativas a que tomen diversas medidas en función de las distintas enferme-

dades. La ley penal prevé, para determinado delito, una pena pecuniaria o una pena privativa de libertad, dejando a la discrecionalidad del juez la decisión en el caso concreto a favor de una u otra y asimismo la fijación del grado de la sanción, para lo cual establece un límite superior y otro inferior.

#### 35. INDETERMINACIÓN NO INTENCIONADA DEL NIVEL JERÁRQUICO INFERIOR

La indeterminación del acto jurídico puede ser también una consecuencia no intencional de la propia naturaleza de la norma que el acto en cuestión debe ejecutar. Esto puede suceder, en primer lugar, debido a la pluralidad de significados que puede tener una palabra o la sucesión de palabras en que la norma viene expresada; el significado de la norma no será unívoco, de modo que quien tenga que aplicarla se encontrará entre diversas significaciones posibles. La misma situación tendrá lugar siempre que el encargado de aplicar la norma crea posible suponer alguna discrepancia entre el tenor literal de la norma y la voluntad de la autoridad que la ha emitido de modo que quede sin decidirse cómo concretar cuál sea dicha voluntad. Si se considera que se dan discrepancias habrá que hacer posible la indagación de la voluntad acudiendo a fuentes distintas a la expresión literal de la norma. La jurisprudencia tradicional reconoce generalmente que entra dentro de lo posible que la llamada «voluntad del legislador» o la intención de las partes en un negocio jurídico no estén en consonancia con las palabras emitidas al promulgarse la ley o al celebrar el negocio. La discrepancia entre la voluntad y la declaración puede ser total o parcial. Es parcial siempre que la voluntad del legislador o la intención de las partes estén en consonancia cuando menos con una de las diversas interpretaciones que es posible atribuir a la literalidad de la norma. Por último, la indeterminación del acto jurídico que hay que realizar en base a una norma puede ser también consecuencia del hecho de existir dos normas con pretensión de validez simultánea (por ejemplo, por estar ambas en la misma ley) pero que, sin embargo, se contradicen recíprocamente de manera total o parcial (antes se ha tratado la cuestión de cómo se mantiene la unidad del ordenamiento jurídico en caso de conflicto entre una norma superior y otra inferior, o sea, en caso de que se plantee el problema de una norma «antinormativa»).

36. LA NORMA COMO MARCO ABIERTO  
A VARIAS POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN

En todos estos casos de indeterminación —intencional o no intencional— del nivel normativo inferior, se ofrecen a la ejecución varias posibilidades. El acto jurídico de aplicación puede configurarse de tal modo que resulte adecuado a uno u otro de los significados lingüísticos de la norma, a la voluntad —determinable en algún modo— de la autoridad que la ha emitido, al tenor literal de las palabras emitidas por esta, a una u otra de las dos normas mutuamente contradictorias, o a ninguna de estas dos normas por entenderse que se derogan recíprocamente. En todos estos supuestos la norma que hay que aplicar constituye un marco dentro del cual se ofrecen varias posibilidades de ejecución que son conformes con la norma siempre que se mantengan dentro de dicho marco, esto es, si lo completan en alguno de los sentidos posibles.

Entendiendo por «interpretación» la fijación del sentido de la norma aplicable, el resultado de esa actividad es simplemente la determinación del marco que representa la mencionada norma y, por consiguiente, el conocimiento de las diversas posibilidades que se dan dentro de dicho marco. En consecuencia, la interpretación de una ley no tiene por qué conducir necesariamente a que se considere como correcta una única decisión, sino que posiblemente conducirá a varias, todas ellas con el mismo valor en la medida en que se ajusten a la norma aplicable pero, sin embargo, tan solo una de ellas se convertirá en derecho positivo por medio del acto que dicte la sentencia judicial. Que una sentencia judicial se fundamenta en la ley, significa en verdad tan solo que se mantiene dentro del marco que la ley representa, no significa que dicha sentencia sea *la* norma individual; es tan solo *una* de las normas individuales posibles dentro del marco de la norma general.

A pesar de todo esto, la jurisprudencia tradicional cree que de la interpretación se puede obtener no solo la fijación del marco para el futuro acto prescrito sino que también espera de ella que cumpla otra tarea, a la que propende a considerar como la principal. Esta tarea consiste en que la interpretación desarrolle un método que permita completar de un modo correcto el mencionado marco. La doctrina dominante de la interpretación pretende hacer creer que la ley, cuando se aplica al caso, puede proporcionar siempre *una* única decisión correcta y que la «corrección» jurídico-positiva de la decisión se fundamenta en la propia ley. Esta doctrina se representa el proceso interpretativo como si se tratase de un acto intelectual de clarificación o de comprensión, como si el intérprete solo tuviera que poner en marcha su intelecto, y no su volun-

tad, y como si mediante una actividad de mera intelección fuera posible seleccionar —de entre las varias posibilidades— una que sea conforme al derecho positivo, o sea, una que sea correcta en el sentido del derecho positivo.

## 37. LOS DENOMINADOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Hay que subrayar, sin embargo, que desde una perspectiva centrada en el derecho positivo no existe un criterio sobre cuya base una de las posibilidades aplicativas en el marco de la norma aplicable sea preferible a las demás. No existe un método —calificable de jurídico-positivo— que permita señalar como «correcta» a una de entre las diversas significaciones lingüísticas que tenga una norma (aceptando, por supuesto, que son varios los sentidos posibles de la norma, lo que sucede también en virtud de las conexiones que dicha norma tenga con las demás disposiciones de la ley y del ordenamiento jurídico). A pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional, hasta el día de hoy no se ha conseguido una solución objetiva que resuelva el conflicto entre la voluntad y la expresión lingüística (la declaración) eligiendo entre una u otra. Desde el punto de vista del derecho positivo tiene absolutamente el mismo valor atenerse a la supuesta voluntad del legislador, desatendiendo el tenor literal, que atenerse estrictamente a la expresión literal sin preocuparse de la voluntad del legislador, problemática la mayor parte de las veces. En el supuesto de que dos normas simultáneamente válidas se contradigan mutuamente, las tres posibilidades lógicas de aplicación del derecho antes mencionadas se sitúan en un plano de igualdad. Constituye un esfuerzo inútil querer encontrar el fundamento que permita considerar una de ellas como «jurídica», con exclusión del resto. Los habituales medios de interpretación del argumento *a contrario* y de la analogía carecen en absoluto de valor, lo que se desprende del hecho de que ambos argumentos conducen a resultados opuestos, no habiendo un criterio en virtud del cual se pueda decidir cuándo haya que aplicar uno u otro. Por su parte, el principio de ponderación de intereses no es más que una formulación más del problema, pero en modo alguno una solución al mismo, ya que no suministra una pauta objetiva que permita proceder a la comparación entre los diversos intereses opuestos ni a cómo decidir los conflictos que se den entre esos intereses. Esa pauta no puede obtenerse ni de la norma que se interpreta, ni de la ley que la contiene, ni del conjunto del ordenamiento jurídico, tal como supone la doctrina de la denominada ponderación de los intereses. La razón de ello está en que la necesidad

de la «interpretación» se desprende del hecho de que la norma aplicable y el sistema de las normas dejan abiertas varias posibilidades, lo que significa que no contienen una decisión sobre cuál sea, en el juego de intereses presentes, el que tiene mayor valor. La decisión sobre ello, la ordenación jerárquica de los intereses, es una tarea que queda más bien encomendada a un nuevo acto de creación normativa —por ejemplo, a la sentencia del juez—.

### 38. LA INTERPRETACIÓN COMO ACTO DE CONOCIMIENTO O COMO ACTO DE VOLUNTAD

El pensamiento que subyace a la doctrina tradicional de la interpretación es que la norma superior no suministra la determinación del acto aplicativo prescrito por ella, pero puede obtenerse de algún modo gracias al conocimiento del derecho vigente. Es este un pensamiento absolutamente contradictorio y constituye un autoengaño que se da de bruces con la idea de la posibilidad misma de toda interpretación. La cuestión de cuál de entre las posibles en el marco de la norma sea la «correcta» no es en absoluto una cuestión dirigida al conocimiento del derecho positivo. No es una cuestión de teoría del derecho sino de política jurídica. Conseguir, a partir de la ley, la sentencia judicial o el acto administrativo correctos, es una tarea que es esencialmente la misma que la consistente en promulgar la ley correcta dentro del marco de la constitución. No hay posibilidad de obtener leyes correctas por medio tan solo de la mera interpretación de la constitución, como tampoco es posible conseguir sentencias correctas por medio de la interpretación de la ley. Ciertamente hay una diferencia entre ambos supuestos, pero se trata solo de una diferencia cuantitativa y no cualitativa; consiste en que, desde una perspectiva material, la vinculación del legislador es mucho menor que la del juez, siendo el primero mucho más libre que el segundo a la hora de crear derecho. Ahora bien, el juez también crea derecho y asimismo es relativamente libre en el desempeño de su función. Justamente por eso, la función consistente en obtener la norma individual por el procedimiento de ejecutar la ley, permitiendo así llenar de contenido el marco de la norma general, es una función de la voluntad. Los comentarios «científicos» en los que se apoya la actividad aplicativa de la ley son de naturaleza absolutamente político-jurídica. Constituyen propuestas que hay que consultar de cara a la actividad legislativa, intentos de influir en la función creadora del derecho que es propia de los tribunales y de las autoridades administrativas. En la medida en que la actividad cog-

noscitiva puede tener su lugar en la aplicación de la ley —además de la necesaria determinación del marco dentro del cual ha de mantenerse el acto aplicativo—, dicha actividad no consiste en el conocimiento del derecho positivo, sino en el conocimiento de otras normas que pueden confluir en el proceso de creación jurídica, tales como las normas de la moral, de la justicia, juicios sociales de valor designados habitualmente con expresiones como «bien del pueblo», «interés estatal», «progreso», etc. Desde la perspectiva del derecho positivo es imposible afirmar nada sobre su validez o sobre cómo concretar su contenido. Desde este punto de vista, semejantes disposiciones solo pueden ser caracterizadas de esta manera negativa: se trata de disposiciones que no proceden del derecho positivo. En su relación con este, la realización del acto jurídico es libre, queda a la libre discreción de la instancia llamada a realizarlo, a menos que sea el propio derecho positivo el que delegue en alguna norma metajurídica como la moral, la justicia, etc., en cuyo caso estas últimas se transforman en normas jurídico-positivas.

### 39. LA ILUSIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La concepción que defiende que la interpretación consiste en conocimiento del derecho positivo y que, por tanto, es un procedimiento para obtener nuevas normas partiendo de las ya vigentes, constituye el fundamento de la denominada jurisprudencia de conceptos, la cual también es rechazada por la teoría pura del derecho. La teoría pura destruye la opinión que defiende que es posible producir nuevas normas jurídicas por la vía cognoscitiva. Esta opinión tiene su origen en la necesidad de concebir el derecho como un ordenamiento consolidado regulador de todos los aspectos del comportamiento humano y especialmente de la actividad de los órganos aplicadores, ante todo la de los tribunales, de tal manera que la función de estos y, por tanto, también la interpretación son consideradas como tareas de descubrimiento de normas ya existentes de antemano. En esto consiste la ilusión de la seguridad jurídica, que la concepción tradicional del derecho —consciente o inconscientemente— se esfuerza por mantener en pie.

### 40. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

A la interpretación se le atribuye un papel especial en la integración de las lagunas legales. Ahora bien, no existen auténticas lagunas. A esta expresión se le da el sentido de que no es posible decidir un conflicto jurí-

dico de acuerdo a las normas vigentes al no poder aplicar la ley, debido, como se suele decir, a que esta carece de un precepto que se refiera a la cuestión planteada. Todo conflicto jurídico consiste en que una parte plantea una pretensión contra otra. La decisión será favorable o contraria a la pretensión, y dependerá de que la ley —esto es, la norma válida y aplicable al caso— imponga o no el deber jurídico pretendido. No hay una tercera posibilidad. Siempre será posible adoptar una decisión, y siempre lo será tomando a la ley como fundamento, esto es, aplicándola. El ordenamiento jurídico también es aplicado cuando la decisión rechaza la pretensión, ya que, al obligar a los individuos a observar determinadas conductas, garantiza asimismo la libertad para quienes no se ven afectados por los deberes jurídicos. Frente a quien reclama de otro individuo una conducta no impuesta por el ordenamiento vigente, este reconoce y garantiza a dicho individuo el «derecho» a no realizarla —entendiendo aquí el término «derecho» en el sentido de libertad jurídicamente garantizada—. El ordenamiento jurídico no contiene solo la norma según la cual es obligatorio realizar determinada conducta —al establecer la negación de esa conducta como condición de una específica consecuencia jurídica—, también contiene la norma que proclama que los individuos son libres de hacer o de no hacer todo aquello a lo que no están jurídicamente obligados. Es esta norma negativa la que es aplicable siempre que se decide desestimar una pretensión dirigida a que se realice una conducta que no constituye un deber.

A pesar de todo, se sigue hablando de la existencia de lagunas en ciertos casos, lo cual no significa —como la expresión erróneamente sugiere— que se considere que es lógicamente imposible llegar a una decisión por carecer de una norma aplicable. Significa solo que la instancia competente para aplicar el derecho estima que la decisión lógicamente posible, favorable o contraria a la pretensión, es muy inadecuada o muy injusta; tanto, que dicha instancia se inclina a favor de la hipótesis de que el legislador no pensó en absoluto en ese supuesto y que, si hubiera pensado en él, lo habría regulado de manera diferente a como ha de decidirse si se aplica estrictamente la ley. Esta hipótesis puede ser acertada o no. La mayoría de las veces no es posible probarla. Es además estéril si se atiende al deber constitucional de aplicar la norma que de hecho el legislador ha promulgado, y no la que supuestamente habría promulgado. También hay que aplicar la ley que sea mala desde la perspectiva del órgano aplicador; esto es así sin que sea preciso aludir a que lo que uno tiene por malo el otro lo da por bueno. La denominada «laguna» no es en definitiva otra cosa que la diferencia que se da entre el derecho positivo y un orden jurídico contemplado por alguien como mejor, como

más justo o más correcto. Al confrontar dicho orden con el derecho positivo se detecta en este una carencia y de ese modo se sostiene que existe algo que puede ser una laguna. Ahora bien, desde el momento en que se comprende la naturaleza de las lagunas se hace evidente que no pueden resolverse por medio de la interpretación. Esta no tendría entonces la función de hacer aplicable la norma que hay que interpretar sino que, por el contrario, tendría la función de descartar dicha norma como aplicable poniendo en su lugar otra norma mejor, más correcta, más justa. En otras palabras, su función sería la de emitir la norma que se desea aplicar. Bajo la apariencia de que se ha integrado o completado la norma original, esta resulta derogada y sustituida por otra en el proceso de aplicación del derecho. Se recurre especialmente a esta ficción cuando por cualquier motivo es difícil o imposible modificar legalmente normas de carácter general. Por ejemplo, porque se trate de derecho consuetudinario inmodificable por un procedimiento racional, o porque se tenga a las leyes vigentes como de origen sagrado o divino, o porque por cualquier otra circunstancia sea difícil o imposible poner en marcha el aparato legislativo.

#### 41. LAS DENOMINADAS LAGUNAS TÉCNICAS

Junto a las lagunas en sentido propio se suele distinguir también las lagunas técnicas, que son aquellas cuya existencia e integración por vía interpretativa se admite incluso por parte de quienes, desde una perspectiva positivista, niegan la existencia de lagunas auténticas. Se presentan siempre que el legislador no regule algo que tendría que haber regulado para hacer posible técnicamente la aplicación de la ley. En contra de esto hay que afirmar que la denominada laguna técnica es o bien una laguna en el sentido originario del término —esto es, la diferencia entre el derecho positivo y el derecho al que se aspira— o bien una indeterminación cuyo origen se encuentra en el carácter de la norma como un arco abierto a distintas posibilidades. Por ejemplo, se está ante el primer supuesto cuando la ley al regular el contenido obligatorio de la compraventa no haya —como suele decirse— previsto nada sobre quién deberá soportar el riesgo en caso de que se destruya la cosa vendida antes de la entrega sin culpa de ninguno de los contratantes. Ahora bien, no es cierto que el legislador no haya previsto «nada» a ese respecto; la verdad es que no ha previsto que el vendedor pueda liberarse de la obligación de entrega de la mercancía o en su caso de la obligación de entregar su equivalente en sustitución de la

cosa; la previsión de estos extremos la considerará deseable quien afirme la existencia de una «laguna», pero no hay por qué pensar necesariamente así para conseguir que sea aplicable la ley. En efecto, puesto que la ley no exceptúa al vendedor de la entrega de la cosa, es evidente que está estableciendo que el vendedor soporte el riesgo. El segundo supuesto de laguna tiene lugar cuando, por ejemplo, la ley ordena que se cree un determinado órgano mediante votación, pero no regula el procedimiento para llevar a efecto dicha votación. Obviamente, esto significa que cualquier forma de votación —proporcional o mayoritaria, pública o secreta, etc.— será legal. El órgano habilitado para proceder a esa votación podrá determinar a su discreción el procedimiento para realizarla. De este modo, la concreción del procedimiento se traslada a una norma de nivel inferior. Otro ejemplo. Una ley prevé que un determinado órgano colegiado tiene que convocarse por su presidente para poder ejercer sus funciones y también prevé que el órgano colegiado elegirá a su presidente, pero no dice nada en absoluto sobre cómo ha de convocarse cuando aún no hay presidente. Si de esa norma no se deriva el sentido de que, no habiendo aún presidente, es legal cualquier forma de reunir al órgano colegiado, sino que se interpreta que el órgano tiene que convocarse necesariamente por su presidente aun cuando no lo haya, es evidente que no habrá manera de que pueda funcionar de acuerdo con la ley. Pero tampoco se podrá hablar entonces de la existencia de una «laguna». Pues la ley quiere que el órgano deba convocarse por su presidente aún cuando todavía no haya presidente. Si no hubiese prescrito nada a ese respecto, la reunión sería legal de cualquier forma que se hubiera producido. La ley regula algo que en sí mismo carece de sentido, cosa que no puede excluirse, pues las leyes son obra humana. Las normas, desde luego, pueden tener contenidos que no tengan sentido, y en tal caso no será posible que la interpretación se lo confiera ya que por medios interpretativos no es posible extraer de norma alguna lo que previamente no se halle contenido en ella.

#### 42. LA TEORÍA DEL LEGISLADOR REFERENTE A LAS LAGUNAS

A tenor de lo expuesto, desde el punto de vista teórico no existen lagunas en la ley. No obstante, el legislador —movido por una concepción errónea— puede presuponer la existencia de «lagunas». Ahora bien, en ese caso las «lagunas» serán algo diferente a lo que el legislador considera. El legislador puede adoptar ciertas medidas —y de hecho no es infrecuente que lo haga— para aquellos casos en los que sea imposible

derivar una decisión a partir de la ley. Así lo ha hecho el párrafo 6.º del código civil austriaco y el párrafo 1.º del código suizo. Este último señala al juez que, en caso de laguna, debe decidir como decidiría si fuera él el legislador, lo que significa la autorización para que el juez decida, no según la ley, sino de acuerdo a su criterio en todos los casos en que considere inaceptable la aplicación de la ley. El buen legislador no se puede permitir la renuncia a corregir la ley siempre que sea necesario y que se den determinadas circunstancias. Cuenta de antemano que habrá supuestos fácticos que no ha previsto y que no ha podido prever. Además, las normas que establece, por su carácter general, no regulan sino los casos más frecuentes. Precisamente por estos motivos al legislador no le es posible referirse a todos los casos en los que quiere que en su lugar haga aparición el órgano aplicador pues, en caso contrario, podría prescindir de que este órgano le sustituyera. No le queda otro remedio que ceder esta decisión a quien tenga que aplicar la ley con el inevitable peligro de que, al hacerlo como delegado por el legislador, también decida casos respecto de los cuales este hubiese querido que se aplicara la ley tal como él la promulgó. Como es natural, con todo esto se pone en entredicho el principio de legalidad en la aplicación de las normas generales —dictadas para ser aplicadas por los tribunales y las autoridades administrativas— y asimismo se pone en cuestión la validez de dichas normas desplazándose el peso principal, en la tarea de crear el derecho, del legislador general al aplicador individual. A fin de limitar este peligro lo más posible, la autorización que permite excluir la ley se formula de manera tal que el aplicador de la misma no llegue a ser consciente del extraordinario poder que de hecho se le otorga. Conviene que esté convencido de que únicamente le está permitido inaplicar la ley en los casos en que no deba aplicarla a causa de no ofrecer aquella ninguna posibilidad de aplicación. Conviene que esté convencido de que únicamente es libre en aquellos casos en que le está permitido actuar como legislador, pero sin que pueda decidir por sí mismo cuáles sean los casos en que haya de ser así. Por medio de la ficción de la existencia de una «laguna» se le oculta que, en realidad, es libre también en este segundo aspecto. La fórmula —consciente o inconscientemente falsa— produce el efecto pretendido por el legislador de que el aplicador haga un uso infrecuente de la libertad conferida para inaplicar la ley al caso; pues solo en el supuesto de grave divergencia entre la ley y lo que le dicta su propia conciencia jurídica le parecerá que se encuentra ante una verdadera laguna, es decir, ante un caso que el legislador no quiso regular, de tal modo que faltaría la premisa lógica de la deducción que conlleva todo

acto de aplicación del derecho, acto que consiste en el paso de lo general a lo particular. Por tanto, lo que se denomina «laguna de la ley» constituye una fórmula típicamente ideológica. Cuando la aplicación de la ley —a juicio de quien ha de aplicarla— es inconveniente desde el punto de vista político, se la presenta como una imposibilidad de naturaleza lógico-jurídica.

## VII

## LOS MÉTODOS DE CREACIÓN DEL DERECHO

## 43. FORMA DE DERECHO Y FORMA DE ESTADO

La teoría de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico concibe el derecho en movimiento, en un proceso permanentemente renovado de autogeneración. Es una teoría dinámica del derecho, a diferencia de la teoría estática, la cual busca concebir el derecho, su validez, su ámbito de validez, etc., como un ordenamiento ya creado, sin tener en cuenta el proceso de su producción. Como centro nuclear de los problemas propios de la dinámica jurídica está la cuestión de los distintos métodos de creación del derecho, esto es, la cuestión de las formas del derecho. Sabemos que la función esencial de la norma jurídica consiste en obligar al sujeto a realizar una determinada conducta —por medio de la conexión de la conducta opuesta a la debida con un acto coactivo, la llamada consecuencia jurídica del ilícito—; de esto se desprende que el punto de vista decisivo desde el que se ha de enjuiciar la creación de la norma jurídica es si el individuo obligado por ella ha tomado parte, o no, en dicha creación. En otras palabras, la cuestión está en si la obligatoriedad surge con el concurso de su voluntad o sin este concurso, e incluso eventualmente en contra de su voluntad. Se trata de la cuestión que es habitual caracterizar como la contraposición entre autonomía y heteronomía, y que la teoría del derecho utiliza especialmente en el ámbito del derecho público. En él aparece la distinción entre democracia y autocracia, o entre república y monarquía, que proporciona la división usual de las formas de Estado. Ahora bien, lo que se concibe como forma de Estado no es sino un caso concreto de forma de derecho. Toda forma de Estado es una forma de derecho, lo que significa que es un método de producción jurídica al más alto nivel del ordenamiento, esto es, en el marco de la cons-

titución. Con el concepto de forma de Estado se está señalando el método de producción de normas generales regulado en la constitución. Si con la forma de Estado se hace alusión únicamente a la constitución en cuanto forma de actividad legislativa, esto es, de creación de normas jurídicas generales, identificando de esta manera —bajo el concepto de forma estatal— al Estado y a la constitución entendida como norma que regula la creación de normas generales, entonces es que se está siguiendo la idea usual del derecho concibiéndolo como un sistema de normas generales sin que se tenga en cuenta que su individualización, o sea, el paso de la norma abstracta a la concreta, también tiene lugar en el marco del ordenamiento jurídico. La postura que identifica forma de Estado y constitución corresponde por completo al prejuicio que considera que el derecho se circunscribe a la ley. En contra de esta postura hay que sostener que el problema de la forma de Estado concebido como la cuestión del método de creación jurídica ha de plantearse no solo al nivel de la constitución sino en todos los niveles de la creación del derecho y especialmente en los diversos supuestos de imposición de normas individuales, como son el acto administrativo, la sentencia judicial y el negocio jurídico.

#### 44. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Como ejemplo especialmente característico de la sistemática de la ciencia jurídica moderna hay que mencionar la distinción entre derecho público y derecho privado. Es bien sabido que, hasta el presente, no ha sido posible conseguir una delimitación completamente satisfactoria de la mencionada dicotomía. Según la concepción más extendida, se reduce a ser una diferenciación entre las diversas relaciones jurídicas. El derecho privado supone la relación entre sujetos situados al mismo nivel, entre sujetos jurídicamente equivalentes, mientras que el derecho público implica la relación entre un sujeto subordinado y otro superior, por tanto entre dos sujetos uno de los cuales tiene más valor jurídico que el otro. La típica relación de derecho público es la existente entre el Estado y el súbdito. Las relaciones de derecho privado son las relaciones jurídicas por antonomasia, son relaciones «de derecho» en el sentido propio y estricto del término, y a ellas se contraponen las relaciones jurídico-públicas en cuanto relaciones de «poder» o de «dominio». La distinción entre derecho privado y derecho público tiene también la tendencia a adoptar el significado de la contraposición entre el derecho y el poder no jurídico o solo semijurídico, y en especial el de la dualidad entre el derecho y el Estado. Si se considera más de cerca en qué puede consistir realmente el mayor valor

que se atribuye a ciertos sujetos, resulta que se trata de una diferenciación que atañe a los diversos hechos creadores de derecho. La diferencia decisiva es la misma que subyace a la división de las formas de Estado. El mayor valor jurídico que en relación con los súbditos corresponde al Estado o a sus órganos consiste en que el ordenamiento jurídico otorga a los individuos calificados de órganos estatales, o por lo menos a algunos de ellos, llamados autoridades, la capacidad de obligar a los súbditos mediante una manifestación unilateral de voluntad (mandato). Ejemplo típico de relación jurídico-pública es la orden administrativa, que es una norma individual dictada por un órgano administrativo por medio de la cual se obliga jurídicamente al destinatario de la norma a una conducta acorde con dicha orden. Por otro lado, está el negocio jurídico como relación típicamente jurídico-privada, especialmente el contrato, o sea, la norma individual creada contractualmente por medio de la cual los contratantes quedan jurídicamente obligados a una conducta recíproca. Mientras que en este último supuesto los sujetos obligados participan en la creación de la norma que les obliga, y en eso consiste precisamente la esencia de la creación jurídica contractual, en el caso de la orden administrativa de derecho público el sujeto obligado no participa en absoluto en la creación de la norma que le obliga. Es el caso prototípico de creación normativa autocrática, mientras que el contrato jurídico-privado representa un método explícitamente democrático de creación de derecho. Acierta, pues, plenamente la doctrina tradicional cuando a la esfera que es propia del negocio jurídico la designa como esfera de la autonomía privada.

#### 45. EL SIGNIFICADO IDEOLÓGICO DEL DUALISMO DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Si se entiende que la diferencia decisiva entre derecho privado y derecho público consiste en la diferencia entre dos métodos de creación jurídica y si se concibe que los actos públicos del Estado ostentan la condición de juridicidad, al igual que los negocios jurídicos, y si, ante todo, se sostiene que la manifestación de voluntad constitutiva del hecho generador de derecho es tan solo, en ambos supuestos, la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, y que tanto en la orden gubernativa como en el negocio jurídico privado se realiza la individualización de la norma general —allí de una ley administrativa, aquí del código civil—, si se entiende todo eso así, entonces no podrá parecer en modo alguno paradójico que la teoría pura del derecho —desde su punto de vista

universalista dirigido en todo momento al ordenamiento jurídico y a la llamada voluntad estatal— contemple en el negocio jurídico y en la orden administrativa un acto del Estado, o sea, un hecho creador de derecho imputable a la unidad del ordenamiento jurídico. La teoría pura del derecho relativiza de esta manera la mencionada oposición —convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional— entre derecho privado y derecho público, transformándola de ser una distinción extrasistemática —es decir, entre derecho y no-derecho, entre derecho y Estado— en una distinción intrasistemática. La teoría pura del derecho demuestra así su índole científica ya que es capaz de disolver la ideología vinculada al carácter absoluto de la mencionada contraposición. Al pensarse esta como una oposición absoluta entre poder y derecho o, al menos, entre poder estatal y derecho, se genera la impresión de que en el área del derecho público —y en especial en el marco, particularmente significativo, del derecho constitucional y del derecho administrativo— el principio de juridicidad no tiene validez en el mismo sentido ni con la misma intensidad con que es válido en el campo del derecho privado, campo este que es considerado como —por decirlo así— el ámbito característico del derecho. En el derecho público, a diferencia del derecho privado, dominaría no tanto el derecho estricto sino el interés del Estado, el bien público, que es deber alcanzar cualesquiera que sean las circunstancias. Por eso, la relación entre norma general y órgano de ejecución sería diferente en el área del derecho público y en la del derecho privado. Mientras que en esta última consistiría en la obligada aplicación de la ley a los casos, en la primera consistiría en la libre realización de los fines del Estado simplemente en el marco de la ley. La investigación crítica muestra, no obstante, que la distinción analizada carece de base en el derecho positivo en la medida en que pretenda significar algo más que el hecho de que la actividad de los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos por regla general se encuentra sometida a las leyes en un grado inferior a como lo está la actividad de los tribunales y que a estos les otorga el derecho positivo un margen menor de discrecionalidad. Además, esta doctrina que subraya que entre derecho público y privado existe una diferencia esencial se enreda en la contradicción que supone afirmar que la libertad frente al derecho —reclamada para el ámbito del «derecho» público en cuanto que esfera vital del Estado— constituye su principio jurídico, su propiedad específica como derecho público. En el mejor de los casos, por tanto, puede hablarse de la existencia de dos áreas jurídicas configuradas técnicamente de distinta manera, pero no de que se dé una esencial contraposición entre el Estado y el derecho. Desde el punto de vista lógico el dualismo es totalmente insostenible. No tienen una significación teó-

rica, sino ideológica. Elaborado en el marco de la doctrina constitucional su función es asegurar al gobierno y al aparato de la administración que le está subordinado una libertad que —por decirlo así— deriva de la naturaleza de las cosas; una libertad no respecto al derecho —lo cual sería en último término imposible—, sino respecto a la ley, respecto a las normas generales promulgadas con la participación esencial de la representación popular. Y se sostiene esa libertad no solo en el sentido de que un extenso sometimiento de los órganos de gobierno y de la administración a la ley sea contrario a la esencia de su función, sino asimismo en el sentido de que allí donde se produzca debe, llegado el caso, declarársele susceptible de ser ignorado. Esta tendencia puede ser constatada —dada la habitual tensión entre el ejecutivo y el legislativo— no solo en las monarquías constitucionales sino asimismo en las repúblicas democráticas.

Por otra parte, dar por absoluta la dualidad entre derecho público y derecho privado produce la impresión de que el ámbito propio del poder político se extiende únicamente al campo del derecho público —sobre todo, al derecho constitucional y administrativo—, quedando excluida totalmente el área del derecho privado. Antes se ha mostrado cómo la separación entre lo «político» y lo «privado» no se da en el marco del derecho subjetivo. Los derechos privados son derechos políticos en el mismo sentido que los que es costumbre denominar así; ambos tipos, aunque de forma diversa, participan en la formación de la voluntad del Estado, esto es, en el ámbito de la dominación política. La diferencia básica que se establece entre la esfera jurídica pública —esto es, política— y la esfera jurídica privada —esto es, apolítica— tiene el cometido de dificultar la comprensión de un hecho, consistente en que el derecho «privado» generado en los contratos es un escenario del poder político en medida no menor que el derecho público creado por la actividad legislativa y administrativa. Desde la perspectiva de la función desempeñada por esa parte del ordenamiento jurídico en el conjunto del derecho, lo que se denomina derecho privado constituye la forma jurídica especial de producción y distribución de bienes característica del orden económico capitalista; por tanto, se trata de una función eminentemente política. Una ordenación socialista de la economía requeriría otra forma de derecho, no la autónomo-democrática como la que representa el derecho privado, sino —hay que suponer— la heterónomo-autocrática; una forma jurídica a la que estaría muy próximo nuestro actual derecho administrativo. Aquí no se entra en la cuestión de si dicha forma jurídica sería una forma de regulación más satisfactoria o más justa. La teoría pura del derecho ni pretende dar respuesta a esta pregunta ni puede darla.

## VIII

### DERECHO Y ESTADO

#### 46. EL TRADICIONAL DUALISMO ENTRE DERECHO Y ESTADO

En la contraposición entre derecho público y privado, defendida por la doctrina jurídica tradicional, se pone ya de relieve del modo más patente el fuerte dualismo que domina la ciencia jurídica moderna y, en consecuencia, todo nuestro pensamiento social: el dualismo entre Estado y derecho. La teoría tradicional del derecho y del Estado mantiene que este constituye una entidad diferente y contrapuesta al derecho, sosteniendo sin embargo simultáneamente que se trata de una entidad jurídica. Esta doble tesis la sustenta sobre la base de que concibe al Estado como sujeto de deberes jurídicos y derechos subjetivos —esto es, como persona— y al mismo tiempo le atribuye una existencia independiente del ordenamiento jurídico.

Al igual que la ciencia del derecho privado defendió originariamente que la personalidad jurídica del individuo es anterior al derecho objetivo —esto es, al ordenamiento jurídico— tanto desde el punto de vista lógico como cronológico, así la teoría jurídica del Estado sostiene que este, como entidad colectiva —como sujeto dotado de voluntad y con capacidad para actuar— existe con independencia del derecho e incluso con carácter previo. El Estado desempeña su misión histórica —así se enseña— creando el derecho, «su» derecho, el ordenamiento jurídico objetivo, para a continuación sin embargo someterse a él —o sea, para obligarse y autorizarse a sí mismo en virtud de su propio derecho—. De este modo, el Estado es concebido como un ente metajurídico, una especie de *makroanthropos* u organismo social y, por consiguiente, como algo que es presupuesto al derecho. Pero, al mismo tiempo, supone la existencia previa del derecho al estar sometido a él por ser un sujeto ju-

rídico con deberes y derechos subjetivos. Se trata de la tristemente célebre teoría de las dos caras estatales y de la autoobligación del Estado, teoría mantenida con pertinaz constancia frente a todas las objeciones, por mucho que puedan ser evidentes las contradicciones en que incurre y por las que constantemente es objeto de reproche.

#### 47. LA FUNCIÓN IDEOLÓGICA DEL DUALISMO DERECHO Y ESTADO

La teoría tradicional del derecho y del Estado se muestra incapaz de renunciar a esa concepción, no puede renunciar al dualismo entre Estado y derecho que en ella se manifiesta, pues ese dualismo cumple una función ideológica de importancia extraordinaria que difícilmente se puede sobrevalorar. Al Estado se le piensa como una persona distinta al derecho, de ese modo el derecho sirve de justificación al Estado, el cual crea el derecho y, a la vez, se encuentra sometido a este. El derecho solo puede justificar al Estado si se le presupone como un orden sustancialmente diferente del segundo, como algo opuesto a la naturaleza originaria estatal —esto es, al poder— y que, en consecuencia, en algún sentido constituye un orden correcto o justo. Así, de ser el Estado un mero hecho de poder se transforma en Estado de derecho y se justifica a sí mismo por crear el derecho. En la medida en que se vuelve ineficaz la legitimación metafísico-religiosa del Estado, la teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado. A esta «teoría» del Estado no le supone quiebra alguna la contradicción en que incurre al mantener simultáneamente, por una parte, que el Estado es persona jurídica, por tanto, objeto del conocimiento jurídico, objeto de la teoría del Estado, y por otra, que el Estado es poder —cualidad esta que enfatiza con intensidad máxima— y, consiguientemente, algo que en su esencia es diferente al derecho y por tanto no puede entenderse desde el punto de vista jurídico. Para las teorías ideológicas las contradicciones que conllevan no constituyen una dificultad seria, ya que su propósito no es profundizar en el conocimiento sino determinar la voluntad. No tratan tanto de comprender la naturaleza del Estado cuanto más bien de fortalecer su autoridad.

#### 48. LA IDENTIDAD ENTRE DERECHO Y ESTADO

##### a) *El Estado como ordenamiento jurídico*

El conocimiento no ideológico del Estado —y por ello libre de metafísica y de mística— no puede captar su ser más que concibiendo dicha

formación social como un orden de la conducta humana. Una investigación más detenida muestra que el Estado es un orden social coactivo y asimismo que este orden coactivo se identifica con el ordenamiento jurídico, puesto que en ambos se prevén los mismos actos coactivos, además de que una misma comunidad no puede estar constituida por dos ordenamientos diferentes. El Estado, pues, es el ordenamiento jurídico. Ahora bien, no todo ordenamiento jurídico es susceptible, sin más, de recibir el nombre de «Estado»; solo lo será en el caso de que el ordenamiento cree órganos que ejerzan sus actuaciones en la creación y ejecución de las normas que lo forman de acuerdo a criterios de funcionamiento inspirados en la división del trabajo. Se denomina Estado al ordenamiento jurídico que ha alcanzado cierto grado de centralización.

En una comunidad jurídica primitiva, de carácter preestatal, la creación de normas jurídicas generales se produce de manera consuetudinaria, esto es, mediante la práctica habitual de los miembros que componen la comunidad. No existen tribunales centralizados que se encarguen de imponer normas individuales y de ejecutarlas por medios coactivos. La decisión sobre si se ha cometido un hecho ilícito y la realización de la consecuencia jurídica quedan en manos de los individuos cuyos intereses —que son los intereses que protege el ordenamiento jurídico— han sido lesionados. Es el hijo quien, a causa del homicidio sufrido por su padre, ha de ejercer su venganza sobre el homicida y la familia de este; corresponde al mismo acreedor coaccionar al deudor moroso para satisfacer el crédito, por ejemplo tomando algo de este en prenda. Estas son las formas primitivas de la pena y de la ejecución forzosa, impuestas por los propios miembros de la comunidad que, al hacerlo, actúan como órganos del ordenamiento jurídico —el cual les faculta para ese fin— y de la propia comunidad constituida por el ordenamiento. En virtud de la autorización ordinamental los actos coactivos mencionados se imputan a la comunidad, es esta la que reacciona con ellos contra los actos ilícitos cometidos, y solo por esta razón no constituyen nuevos actos ilícitos. Gracias a una evolución que se prolonga mucho a lo largo del tiempo, y como una consecuencia de la división social del trabajo, llegan a tomar forma órganos centralizados. Hay que subrayar el hecho de que los órganos jurisdiccionales se forman mucho antes que los legislativos. Ahora bien, por decisivo que este proceso pueda parecer desde un punto de vista técnico-jurídico, tan solo hay una diferencia de índole cuantitativa, y no cualitativa, entre un ordenamiento jurídico descentralizado y otro centralizado, entre una comunidad jurídica primitiva y una comunidad jurídica estatal.

Mientras no existe un orden jurídico superior al estatal, el Estado es el ordenamiento jurídico supremo, la comunidad jurídica soberana.

Esto quiere decir en concreto que si bien es un hecho que el ámbito de validez territorial y material de dicho ordenamiento está delimitado, ya que sus actos coactivos se ven constreñidos a un espacio y a unos objetos determinados, y por tanto no rige en todas partes ni alcanza a todas las relaciones humanas, sin embargo tiene la capacidad —no limitada por un ordenamiento jurídico superior— de extender su validez tanto territorial como material. A esta capacidad se la suele denominar supremacía competencial (o competencia suprema). Pero, desde el momento en que el orden jurídico internacional se eleva por encima de los ordenamientos estatales, no es posible concebir ya el Estado como soberano, sino tan solo como ordenamiento jurídico relativamente supremo, al estar sometido al derecho internacional y ser inmediatamente inferior a este. Al igual que sucede en el caso de la comunidad jurídica preestatal, y por la misma causa de falta de centralización suficiente, tampoco es posible considerar como Estado a la comunidad supraestatal constituida por el ordenamiento jurídico internacional.

#### *b) El Estado como problema de imputación jurídica*

El Estado es un ordenamiento jurídico que —en su calificación precisa— se diferencia de otros ordenamientos jurídicos cuantitativamente, pero no cualitativamente. Esto es algo que se demuestra en cada una de sus manifestaciones, en cada acto estatal. Todos los actos estatales se presentan como actos jurídicos, como actos de creación o de ejecución de normas de derecho. Una acción humana es acto del Estado siempre que sea calificada como tal por una norma jurídica. El problema del Estado, visto desde el ángulo de los actos estatales en que aquel como fenómeno jurídico se descompone, se resuelve en un problema de imputación. Problema que se concreta en la cuestión de por qué una determinada acción humana —y todo acto estatal no es en principio otra cosa— se imputa no al individuo actuante sino a un sujeto que, por decirlo así, es pensado como estando detrás de él. El único criterio posible para dicha imputación es la norma jurídica. Solo si y en la medida en que el hecho en que consiste una acción humana es determinado específicamente en una norma jurídica, podrá ser referido el mencionado hecho a la unidad del ordenamiento jurídico que contiene la norma que lo califica. El Estado como sujeto de actos estatales, esto es, el Estado entendido como persona, es solo la personificación de dicho ordenamiento, el cual a su vez es el orden coactivo que como tal solo puede ser concebido como ordenamiento del Estado. La imputación a la persona del Estado hace que sea acto estatal el hecho que se le imputa y califica como órgano

estatal al individuo que lo realiza. Por tanto, la persona jurídica estatal tiene el mismo carácter que cualquier otra persona jurídica. Al igual que toda persona jurídica, es, como expresión de unidad, un ordenamiento jurídico, un punto de imputación que el conocimiento humano —apremiado por su inclinación a intuir lo concreto— se suele inclinar con demasiada frecuencia a representárselo hipostáticamente, a hacerlo algo real, llegando así a concebir el Estado como una realidad existente tras el ordenamiento jurídico y de naturaleza diferente a la de este.

*c) El Estado como aparato burocrático formado por órganos funcionariales*

Tan pronto como el ordenamiento jurídico supera la fase de total descentralización y se forman —con criterios de división del trabajo— órganos especializados para crear y ejecutar normas de derecho —y en especial para ejecutar actos coactivos— surge, de entre la masa de miembros que componen el Estado, de los sometidos a las normas, un grupo de individuos —calificados específicamente de órganos— que adquiere singular relieve. La centralización nunca es completa pues siempre quedan descentralizadas funciones de creación y ejecución del derecho. Su esencia consiste en establecer con carácter general como deber jurídico la función propia de los órganos —cuya actuación está guiada por la división del trabajo—, lo cual significa que se sanciona el acto ilícito con una específica consecuencia jurídica —la sanción disciplinaria—, y asimismo significa que esas funciones se van haciendo profesionales y remuneradas. La función del órgano del Estado se organiza con criterios de división del trabajo, y el órgano —como titular de una función jurídica centralizada— se transforma en funcionario público. Esta evolución va ligada al tránsito de la economía natural a la economía dineraria y supone la formación de un fisco estatal, esto es, de un patrimonio central cuya organización y empleo —así como sus ganancias y pérdidas— se regulan específicamente por el derecho y con cuyos fondos se remunera a los órganos estatales integrados por funcionarios y también se satisfacen los costes derivados de su actividad. También corresponde al Estado, representado por los órganos funcionariales, la actividad que desde tiempo atrás viene denominándose administración estatal directa, consistente en la consecución de los fines que el Estado se propone de una manera directa. Decir que no es un particular quien construye una escuela o gestiona un ferrocarril, sino que es el Estado, es algo cuya base está en la especial calificación de los individuos que desempeñan esas funciones. Al aparato formado por los órganos funcionariales del Estado va ligada la

transformación del Estado jurisdiccional en Estado administrativo. No puede desconocerse, sin embargo, que también el Estado administrativo constituye un ordenamiento coactivo. Se denomina Estado administrativo a aquel Estado cuyos órganos funcionariales persiguen directamente los fines que este se propone en el sentido de que pretenden conseguir por medios directos la situación social deseada. No se limitan a crear y ejecutar normas que obliguen a los súbditos —no funcionarios— a la realización de conductas socialmente deseables, de manera que determinados órganos —funcionarios—, en caso de infracción de las normas, reaccionen contra los infractores imponiéndoles un acto coactivo. La administración estatal directa se realiza jurídicamente del mismo modo que las conductas socialmente deseables de los sometidos al derecho; los órganos estatales —los funcionarios— se encuentran sometidos a determinados deberes jurídicos, lo que significa que el ordenamiento ordena a otros órganos del Estado que reaccionen contra los órganos infractores de aquellos deberes por medio de actos coercitivos. El Estado como aparato coactivo abarca, por consiguiente, al Estado entendido como aparato administrativo.

Paralelamente a la formación del sistema orgánico funcional —organizado siguiendo pautas de división del trabajo— aparece el concepto de órgano estatal en sentido estricto. Es un órgano integrado por funcionarios, dotado de calificación jurídica específica y que se contrapone al concepto de súbdito que se aplica al mero particular. Por regla general, el uso lingüístico restringe la denominación de «órgano estatal» al que está integrado por funcionarios. El individuo que no tiene la condición de funcionario crea normas jurídicamente vinculantes por medio de actos negociales, para lo cual el ordenamiento jurídico ha delegado en él. Aunque en ese aspecto su función sea la misma que la de un funcionario de la administración pública que dicta un reglamento, no recibe la denominación de «órgano del Estado». Sin embargo, es preciso subrayar que los usos lingüísticos no son consecuentes, pues tanto el particular votante en las elecciones como el diputado electo y el parlamento formado por los diputados son, sin duda alguna, «órganos estatales», y sin embargo no tienen la calificación de funcionarios. Es así de simple, ya que desempeñan una función jurídica. En suma, se impone manejar el concepto primario de órgano.

Al concepto de órgano entendido en el sentido estricto de funcionario le corresponde un concepto estrecho y especial de Estado como conjunto de órganos funcionariales. Este concepto se usa con gran frecuencia y expresa la idea, un tanto ingenua, de que el Estado constituye una organización reducida y sólida dentro del Estado entendido en un

sentido más amplio que abarca a todos los súbditos. Desde la perspectiva de un exacto análisis estructural el concepto de Estado-órgano (como órgano-persona), concepto ciertamente intuitivo debido a su carácter personificador pero justo por eso incorrecto, hay que sustituirlo por el de órgano-función. Dentro del hecho de la función orgánica, la especial calificación del individuo que desempeña la función, del denominado titular del órgano —personificado en el concepto de órgano estatal—, constituye únicamente uno de los puntos que forman el mencionado hecho. Si el órgano estatal es sustituido por la función estatal, entonces el Estado —considerado como el conjunto de los órganos estatales, como el aparato burocrático— pasa a ser pensado como un sistema de funciones jurídicas concretas, que son las que tienen que cumplir los individuos calificados específicamente como funcionarios estatales por el ordenamiento jurídico. Además de estas hay otras funciones que son desempeñadas por órganos no funcionariales, como es el caso de la legislación. El Estado, así entendido, es el conjunto de hechos calificados jurídicamente en cierta manera y por tanto, en definitiva, el sistema de normas calificadoras de esos hechos. En suma, es un ordenamiento jurídico parcial que se perfila en su singularidad, de forma más o menos arbitraria, a partir del todo que forma el conjunto del ordenamiento jurídico estatal.

*d) La teoría del Estado como teoría del derecho*

La concepción según la cual el Estado es un ordenamiento jurídico halla también su confirmación en el hecho de que los problemas que tradicionalmente son tratados en la perspectiva de la teoría general del Estado son problemas de teoría del derecho, en cuanto que se refieren a la validez y a la creación del ordenamiento jurídico. Los que reciben la denominación de «elementos» del Estado, a saber: el poder, el territorio y el pueblo, no son otra cosa sino, respectivamente, la validez del ordenamiento estatal en sí mismo considerado, el ámbito de validez espacial y el ámbito de validez personal de dicho ordenamiento. Un caso peculiar de la cuestión que se refiere al ámbito territorial de validez de las normas del ordenamiento estatal es el que afecta a la naturaleza de las formaciones jurídicas resultantes de la división territorial del Estado, o sea, los problemas relativos a la centralización y a la descentralización, bajo cuyo prisma pueden abordarse cuestiones tales como la descentralización administrativa, los organismos autónomos, las regiones, los fragmentos de Estado, etc., y asimismo, como un aspecto especialmente relevante, las formas de uniones entre Estados. La doctrina de los tres poderes o de las tres funciones del Estado tiene como objeto los distintos niveles je-

rárquicos de creación del ordenamiento jurídico. Los órganos del Estado son concebidos como hechos de producción y ejecución del derecho, y las formas de Estado no son cosa distinta que los diversos métodos de creación del ordenamiento jurídico —creación a la que se alude con la metáfora de la «voluntad estatal»—.

*e) El poder del Estado como eficacia del ordenamiento jurídico*

Al Estado como ordenamiento se lo reconoce en el orden coactivo del derecho. Al Estado como persona se lo reconoce en la personificación de la unidad que forma el ordenamiento. Pues bien, de modo similar, a lo que es usual denominar Estado como poder, o «poder estatal», se lo reconoce en la eficacia del ordenamiento jurídico. Dicho poder estatal solo se manifiesta en la fuerza motivadora que proviene de las nociones que manejan las normas jurídicas —que forman el ordenamiento estatal— en sus respectivos contenidos. Las manifestaciones puramente externas en las que es habitual reconocer el poder del Estado, tales como las prisiones y las fortalezas, los patíbulos y las armas automáticas, son —si se las considera en sí mismas— objetos que carecen de vida. Únicamente se transforman en instrumentos del poder estatal en la medida en que los hombres se sirvan de ellos con el sentido que les otorgue un determinado ordenamiento jurídico, en la medida en que la representación mental que posean del ordenamiento —o sea, la creencia de que se haya de actuar conforme a él— determine sus conductas.

Aceptando todo esto, queda disuelto el dualismo entre Estado y derecho. Dualismo que sería entonces una de esas duplicaciones que surgen siempre que el conocimiento construye una hipóstasis sobre la unidad del objeto que él mismo ha constituido —siendo el concepto de persona una expresión de esa unidad—. El dualismo entre Estado-persona y ordenamiento jurídico, contemplado en la perspectiva de la teoría del conocimiento, es paralelo al dualismo —igualmente contradictorio— entre Dios y mundo. La ideología política en la teoría del Estado hace su aparición como una derivación y un sucedáneo de la ideología teológico-religiosa, y coincide con esta en todos los puntos esenciales. Ahora bien, si se tiene clara la identidad entre Estado y derecho, si se comprende que el derecho —el positivo— no es el derecho identificado con la justicia sino el orden coactivo mismo, y que de esta manera el Estado se muestra a un tipo de conocimiento que no se esconde detrás de imágenes antropomórficas, sino que —a través del velo de la personificación— penetra en las relaciones reales de los humanos, entonces habrá que concluir que es imposible que el Estado pueda encontrar su justificación por medio

del derecho —a no ser que este término se emplee primero en el sentido de derecho positivo y luego en el sentido de derecho correcto, de justicia—. Se revela, pues, como absolutamente inapropiada la tentativa de legitimar el Estado como Estado de derecho, ya que todo Estado es necesariamente un «Estado de derecho» en la medida en que con esta expresión se entiende un Estado que «tiene» ordenamiento jurídico. No hay ningún Estado que carezca de ordenamiento jurídico —o que aún no lo tenga—, por la sencilla razón de que un Estado no es sino un ordenamiento jurídico. Esta afirmación no supone en modo alguno un juicio de valor de naturaleza política. Naturalmente, este concepto de Estado de derecho no hay que confundirlo con un concepto de Estado que implique un ordenamiento jurídico dotado de ciertas instituciones, y que contenga determinados contenidos relativos a las libertades públicas, a las garantías de sometimiento de los órganos estatales al derecho y a los métodos democráticos de creación jurídica. Considerar como «verdadero» ordenamiento jurídico tan solo a un sistema normativo que posea los caracteres mencionados constituye un prejuicio de índole ius-naturalista. Desde la perspectiva de un positivismo jurídico consecuente el derecho, y lo mismo el Estado, no puede ser considerado de otro modo que como un orden coactivo de la conducta humana, sin que con ello se quiera decir nada sobre su valor moral o sobre su justicia. Así pues, al Estado hay que concebirlo en términos jurídicos, ni más ni menos que al derecho mismo. Este, como realidad espiritual, es orden y por tanto objeto del conocimiento jurídico-normativo. Como acto a la vez físico y psíquico —motivado y motivador—, es poder, poder jurídico, y como tal objeto de conocimiento para la psicología social y para la sociología.

#### *f) Disolución de la ideología de la legitimidad*

La disolución del dualismo de Estado y derecho —efectuada aquí desde el punto de vista de la crítica del método— supone la destrucción radical de una de las ideologías más eficaces de la legitimidad. Esa es la razón de la apasionada resistencia que la teoría tradicional del derecho y del Estado opone a la tesis de la identidad entre Estado y derecho que defiende la teoría pura.

La teoría pura del derecho no rechaza la idea de legitimar el Estado por medio del derecho debido a que considere que sea imposible la legitimación del Estado. Lo que niega es la posibilidad de que la ciencia jurídica proporcione la justificación del Estado a través del derecho o —lo que viene a ser lo mismo— la justificación del derecho por medio del

Estado. Especialmente, se niega a aceptar que la ciencia jurídica tenga por misión justificar cualquier cosa. Justificación quiere decir valoración. Las valoraciones —por ser siempre subjetivas— pertenecen a la ética y a la política, y no al conocimiento objetivo. La ciencia del derecho, en cuanto que pretenda ser tan solo ciencia y no política, ha de ponerse exclusivamente al servicio del conocimiento objetivo.

## IX

## ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL

## 49. LA NATURALEZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

a) *Los niveles de jerarquía en el derecho internacional;  
su norma fundamental*

El derecho internacional se compone de normas que en su origen han sido creadas por vía consuetudinaria a través de actos estatales —más en concreto, a través de actos de órganos competentes a tal efecto de acuerdo con los ordenamientos jurídicos de los Estados—. La finalidad de esas normas es regular las relaciones entre Estados. Son normas de derecho internacional general, que imponen deberes y conceden derechos a todos los Estados. De ellas destaca con especial significación la que usualmente se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*. Esta norma habilita a los sujetos de la comunidad internacional para regular por medio de tratados su conducta —esto es, la conducta de sus órganos y de sus súbditos—. El procedimiento consiste en crear normas por la manifestación del acuerdo de voluntades de órganos competentes pertenecientes a dos o más Estados, normas en virtud de las cuales se imponen deberes y se conceden derechos a los Estados contratantes. El derecho creado por los tratados que está vigente hoy tiene simplemente carácter de derecho internacional particular. Sus normas no poseen validez para todos los Estados, sino para dos de ellos o para una pluralidad mayor o menor de Estados. Tanto en un caso como en otro constituyen entre ellos simplemente comunidades parciales. A este respecto hay que subrayar que el derecho internacional creado por tratados —o derecho internacional particular— y el derecho internacional consuetudinario —o derecho internacional general— no pueden ser considerados como grupos de nor-

mas coordinados. La norma de uno de ellos es fundamento del otro, por lo cual la relación que se da entre ambos es una relación de jerarquía —esto es, una relación de nivel superior a inferior—. Y si se contemplan también las normas creadas por tribunales internacionales y por otros órganos similares, en la estructura del derecho internacional aparece un tercer escalón. La función de los órganos de este tipo —creadores de normas internacionales— se basa en los tratados, o sea, en normas que forman parte del segundo escalón del derecho internacional. Dado que dichas normas —el derecho internacional creado por tratados— se fundamentan a su vez en una disposición de derecho internacional general —de carácter consuetudinario— del nivel jerárquicamente superior, como norma fundamental del derecho internacional —y consiguientemente de los ordenamientos estatales— tiene que valer una norma impuesta por la costumbre que ha ido surgiendo como hecho generador de derecho del comportamiento que los Estados han mantenido entre sí. El hecho de que el derecho internacional haya surgido posteriormente a los ordenamientos estatales no constituye un obstáculo para que estos encuentren en aquel su fundamento de validez. También la familia es una comunidad jurídica anterior al Estado centralizado, comprensivo de varias familias y, sin embargo, hoy día es el derecho estatal el que es fundamento de la validez del orden jurídico familiar. Así también la validez del orden jurídico de un Estado miembro se basa en la constitución del Estado federal por mucho que en la perspectiva temporal dicha constitución haya surgido posteriormente a los Estados, que primero eran independientes y más tarde se reunieron formando un Estado federal. No hay que confundir las relaciones de tipo histórico con las que pertenecen a la lógica de las normas.

b) *El derecho internacional como ordenamiento jurídico primitivo*

El derecho internacional ostenta el mismo carácter que el derecho de los Estados. Es, igual que este derecho, un ordenamiento coactivo. Exactamente lo mismo que en el caso del ordenamiento jurídico del Estado, la proposición jurídica internacional consiste en un vínculo entre el supuesto fáctico —considerado dañino por la comunidad— como condición y un acto coactivo como consecuencia. Las consecuencias jurídicas de los actos ilícitos que son específicas del derecho internacional son la represalia y la guerra. No obstante, el derecho internacional constituye aún un ordenamiento jurídico de naturaleza primitiva. Se encuentra al comienzo de una evolución que el ordenamiento jurídico del Estado ya dejó atrás. Todavía da muestras de un alto grado de descentralización,

al menos en el ámbito del derecho internacional general y, por tanto, también en la comunidad internacional. No posee aún órganos que funcionen con criterios de división del trabajo en la creación y ejecución de normas jurídicas. La formación de normas generales tiene lugar por vía consuetudinaria o por medio de tratados, lo que quiere decir que son los propios miembros de la comunidad jurídica —y no un específico órgano legislativo— los que realizan dichas tareas. Y así sucede también con la aplicación de las normas a los casos concretos. Es el Estado que se crea perjudicado en sus intereses a quien corresponde decidir si se ha producido un hecho ilícito del que otro Estado sea responsable. Y en el supuesto de que este niegue haber cometido el acto ilícito, no existe una instancia objetiva que pueda decidir el conflicto de acuerdo a un procedimiento regulado por el derecho. De tal modo que será el Estado perjudicado el facultado para reaccionar contra el infractor mediante el acto coactivo previsto por el derecho internacional general, con la represalia o con la guerra. Es la técnica de autodefensa, que está también en el origen del ordenamiento jurídico de los Estados. De acuerdo con esa técnica, domina el principio de responsabilidad colectiva y de responsabilidad por el resultado, no el principio de responsabilidad individual y de culpabilidad. La consecuencia jurídica va dirigida no solo contra los individuos que han actuado como órganos del Estado al realizar el acto ilícito de manera intencional o imprudente, sino también contra otros individuos que no han participado en absoluto en dicho acto e incluso que no han tenido la posibilidad de impedirlo. La represalia y la guerra no afectan a los órganos estatales infractores del derecho internacional por su acción u omisión imputables al Estado, sino a la masa de individuos que componen el pueblo y asimismo a un órgano concreto, el ejército; esto, en la medida en que sea factible distinguir —dadas las actuales técnicas bélicas— entre el ejército y el pueblo.

*c) Deberes y derechos establecidos por el derecho internacional por medios meramente indirectos*

El derecho internacional impone deberes y concede derechos a los Estados. Esto no significa —como se admite de forma mayoritaria— que no imponga deberes o conceda derechos a los individuos. Si se tiene en cuenta que el derecho en su esencia es regulación de la conducta humana, habrá que aceptar que tanto el deber jurídico como el derecho subjetivo no pueden tener otro contenido que no sea dicha conducta (incluidos otros hechos en cuanto estén en conexión con ella). Ahora bien, la conducta mencionada no puede ser otra cosa que conducta de individuos.

Afirmar que el derecho internacional obliga y autoriza a los Estados significa simplemente que obliga y autoriza a individuos, no de un modo inmediato —como hace el ordenamiento jurídico del Estado—, sino mediato, esto es, por intermediación del derecho estatal (del cual el término «Estado» constituye su expresión personificadora). La imposición de deberes jurídicos y la concesión de derechos a los Estados por parte del derecho internacional poseen el mismo carácter que la imposición de deberes y la concesión de facultades a una persona jurídica por parte del ordenamiento jurídico del Estado. El Estado es una persona jurídica y las normas de derecho internacional que establecen los deberes y facultades de los Estados son normas incompletas, son normas que precisan ser completadas. Esas normas tan solo determinan el elemento material pero no el elemento personal de la conducta humana, que forma necesariamente parte de esta. Establecen únicamente lo que debe hacerse u omitirse pero no quién deber hacerlo u omitirlo, es decir, qué individuo humano ha de llevar a cabo la acción u omisión prescrita. El derecho internacional traslada al ordenamiento jurídico del Estado la determinación de ese individuo. En esta delegación se manifiesta con toda claridad el sentido jurídico que tiene la característica del derecho internacional consistente en que este «solo obliga y autoriza a los Estados» o en que solo «los Estados son los sujetos del derecho internacional». Queda así de manifiesto que el derecho internacional impone deberes y concede derechos a los individuos de un modo indirecto, y lo hace por intermediación del ordenamiento jurídico del Estado.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la regulación meramente indirecta de la conducta del individuo por parte del derecho internacional constituye solo la regla general. Tanto en el ámbito del derecho internacional general —de naturaleza consuetudinaria— como en el del derecho internacional particular creado por los tratados se producen, en este aspecto, relevantes excepciones, casos en los que la norma internacional obliga o autoriza directamente señalando no solo lo que debe hacerse u omitirse sino también a quién le corresponde actuar de acuerdo con la conducta prescrita —ordenada o prohibida— por el derecho internacional; casos, pues, en los que se señala directamente a los individuos como sujetos del ordenamiento jurídico internacional. Paralelamente a como el derecho internacional se adentra en materias que hasta ahora se han reservado a la regulación del derecho estatal, tiene que verse reforzada su tendencia al establecimiento directo de deberes y derechos de los individuos. En esa misma medida, según esto, se sustituye la responsabilidad colectiva, y por el resultado, por la responsabilidad a causa de la culpabilidad individual. Y en conjunción con todo esto se

genera la formación de órganos centralizados de creación y ejecución de normas jurídicas, formación que a día de hoy solo es apreciable en el seno de comunidades internacionales concretas. La mencionada centralización afecta, en primer término, a la jurisprudencia de los tribunales, exactamente igual a como sucedió en la evolución del ordenamiento jurídico del Estado, y tiene por meta la implantación de una jurisdicción internacional.

#### 50. LA UNIDAD FORMADA POR EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESTATAL

##### a) *La unidad de objeto como postulado epistemológico*

El movimiento técnico-jurídico descrito tiene, en último término, la tendencia a desdibujar la línea fronteriza entre el derecho internacional y el derecho estatal, de modo que —como meta última de la evolución real del derecho en su creciente centralización— haga aparición la unidad organizativa de la comunidad jurídica mundial dotada de carácter universal, esto es, la formación de un Estado mundial. Sin embargo, hoy no cabe hablar de la existencia de algo parecido. Solo hay la unidad cognoscitiva de todo el derecho, lo que significa que es posible concebir como formando un solo sistema unitario de normas al derecho internacional conjuntamente con los ordenamientos jurídicos estatales, de igual manera a como es usual considerar como una unidad el ordenamiento jurídico del Estado.

A esta idea se opone la concepción tradicional, inclinada a ver el derecho internacional y el derecho estatal como dos sistemas normativos diferentes e independientes entre sí, aislados el uno respecto del otro por basarse en dos normas fundamentales distintas. La construcción dualista —a la que es más apropiado calificar de «pluralista» en atención a que existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales— es, sin embargo, insostenible en una perspectiva puramente lógica desde el momento en que se afirma que tanto las normas del derecho internacional como las de los ordenamientos estatales han de tenerse por normas simultáneamente válidas, además de tener que ser consideradas como normas jurídicas. En esta manera de ver las cosas —de la que participa también la doctrina dualista— está ya contenida la exigencia epistemológica de contemplar todo el derecho como un único sistema, es decir, de contemplar todo el derecho desde una misma perspectiva como un todo cerrado en sí mismo. El conocimiento jurídico busca entender como derecho el

material que le es ofrecido como derecho internacional y el material que se le ofrece como derecho estatal, lo que significa que se propone entender todo ese material bajo la categoría de la norma jurídica válida; por eso, se plantea la tarea de exponer su objeto como una unidad, al igual que en su ámbito lo hace la ciencia de la naturaleza. El criterio negativo que preside dicha unidad es la ausencia de contradicciones, un principio lógico que también es válido en el ámbito del conocimiento de las normas. No es posible sostener la validez de una norma con el contenido *a* y simultáneamente sostener la validez de otra norma con el contenido *no-a*. Sí se puede afirmar —y será necesario afirmarlo a la vista de los hechos— que normas de contenidos recíprocamente excluyentes han sido dictadas en efecto y asimismo que han sido objeto por parte de sus destinatarios de representación mental y también de obediencia o desobediencia. Un enunciado semejante —al estar referido a hechos naturales— no contiene ninguna contradicción lógica, al igual que tampoco es contradictoria la constatación de la eficacia de dos fuerzas actuantes en dirección contrapuesta. Lo que no puede sostenerse es que dos normas cuyos contenidos sean excluyentes desde el punto de vista lógico sean válidas simultáneamente, pues esto equivaldría a decir que *a* y *no-a* deben ser a la vez, del mismo modo que no es posible afirmar que *a* es y *no-a* es al mismo tiempo. Siempre que al conocimiento jurídico se le presentan normas de derecho contradictorias por su contenido respectivo, dicho conocimiento se ocupa de resolver la contradicción mediante una interpretación que le permita transformarla en mera apariencia de contradicción. En caso de que fracase, descartará el material objeto de interpretación como carente de sentido y, por tanto, inexistente en la esfera del derecho, la cual precisamente es una esfera de sentido. Al decir esto, tan solo se está dejando constancia de una tendencia de hecho que es inmanente al conocimiento jurídico. Anteriormente ya se ha descrito este procedimiento, cuando se expuso el problema de la interpretación.

##### b) *La recíproca relación entre dos sistemas normativos*

Puesto que para el jurista el derecho internacional —al igual que el ordenamiento jurídico del Estado— es un conjunto de normas válidas u obligatorias, y no —o no solamente— un conglomerado de hechos naturales, no puede sino concebir estos conjuntos de normas en un sistema libre de contradicciones. En principio, esto es posible de dos maneras. Dos conjuntos de normas, aparentemente diferentes, forman un sistema unitario o bien porque uno de ellos muestra estar subordinado al otro por tener en este su fundamento de validez y, por tanto, su norma

—relativamente— fundamental, esto es, la determinación fundamental de su creación, o bien porque ambos ordenamientos aparecen como coordinados, situados al mismo nivel, lo que significa que sus ámbitos de validez están separados el uno del otro. Esta segunda solución presupone la existencia de un tercer ordenamiento que prevea la creación de los otros dos, que delimite sus respectivos ámbitos de validez y que de esta manera sea capaz de coordinarlos. La determinación del ámbito de validez es —como se puede desprender de lo ya expuesto— la determinación por la norma superior de un elemento del contenido de la norma inferior. El procedimiento de creación puede determinarse de modo directo o indirecto según que la norma superior establezca el procedimiento para crear la inferior o se limite a introducir la autoridad competente para —según su criterio— generar normas válidas en un determinado ámbito. En este último caso se habla de delegación; y la unidad con la que queda vinculado el ordenamiento superior con el inferior ostenta el carácter de una conexión de delegación. De todo esto se desprende que la relación entre el ordenamiento superior con los diversos ordenamientos inferiores en los que delega es la misma relación que existe entre un ordenamiento total y los ordenamientos parciales que están integrados en él. Puesto que la norma —relativamente— fundamental del ordenamiento inferior es parte integrante del superior, aquel puede ser pensado como formando parte del ordenamiento total. La norma fundamental del ordenamiento superior —como escalón superior del ordenamiento global— constituye el supremo fundamento de validez de todas las normas y asimismo de los ordenamientos inferiores.

Si el derecho internacional y el derecho estatal forman un sistema unitario, habrá que construir la relación entre ambos de alguna de las dos formas aquí explicadas.

### c) *Construcción monista o dualista*

Contra la construcción monista, la cual para la teoría pura constituye simplemente una consecuencia epistemológica, se plantea la objeción de que tanto el derecho internacional como el ordenamiento jurídico estatal son recíprocamente independientes, desprendiéndose su independencia de la posibilidad de contradicciones irresolubles entre sus respectivos contenidos. Si esta aseveración fuera válida no sería ya posible calificar el derecho del Estado y el derecho internacional como sistemas normativos simultáneamente válidos, ni tampoco los ordenamientos jurídicos de dos Estados coexistentes. Y tampoco sería posible aceptar que la moral y el derecho positivo —de hecho completamente independiente de aque-

lla— tuvieran validez simultánea. De la misma manera a como el jurista —al operar con disposiciones de derecho positivo en tanto que normas válidas— se abstrae de la moral cuando esta entra en contradicción con aquel, así la construcción dualista tendría que limitarse a considerar únicamente un solo sistema de normas jurídicas, por ejemplo el ordenamiento jurídico del Estado propio —cuya unidad presupondría como algo natural—, como el único sistema de normas jurídicas válidas; y, por el contrario, tendría que no considerar como incluidos en la categoría de norma válida los demás ordenamientos estatales y en especial el derecho internacional —o, siendo más precisos, el material así denominado—, sino que los consideraría tan solo como realidades fácticas y por tanto no propiamente como derecho, no en su normatividad, cualidad esta que quedaría reservada para el ordenamiento jurídico del Estado propio. Esta es precisamente la perspectiva típica del hombre primitivo, el cual, con la mayor naturalidad, tan solo admite su propia comunidad como comunidad jurídica válida y tan solo contempla como jurídico a su propio ordenamiento, y consecuentemente trata de «bárbaros» carentes de derecho a los individuos que no pertenecen a su comunidad, y al orden en que viven —si es que se encuentran sometidos a alguno— no lo tienen como verdadero «derecho» sino como algo que no es de la misma especie ni posee el mismo valor que su derecho propio. Obviamente, es esta una concepción para la que tampoco es posible la existencia de un auténtico derecho internacional.

Hoy en día aún no ha sido superada de modo pleno. Se perpetúa, en cierto grado, en la idea de que únicamente es «derecho» el ordenamiento estatal propio, el cual es derecho en el pleno y auténtico sentido del término. Constituye asimismo el punto de partida —generalmente inconsciente— de la teoría dualista.

### d) *La primacía del ordenamiento jurídico estatal*

Al ser prácticamente inaceptable la negación directa del carácter normativo del derecho internacional y de los demás ordenamientos estatales distintos al propio, la construcción dualista tiene que recurrir a una ficción con la finalidad de fundamentar la naturaleza jurídica de los conjuntos normativos externos al ordenamiento jurídico del Estado propio. Se trata de la doctrina que sostiene que, para que el derecho internacional sea vinculante para el Estado propio y para que los demás Estados sean considerados por este como comunidades de derecho, tienen que ser «reconocidos» como tales por el derecho estatal propio. De este modo, el fundamento de validez del derecho internacional así como el de los orde-

namientos jurídicos de los demás Estados se desplaza al ordenamiento jurídico del Estado propio, a la «voluntad» de este Estado en cuanto supremo ser jurídico en la esfera social. El derecho internacional, por consiguiente, solo será válido en la medida en que un Estado lo reconozca como vinculante; no será ya considerado como un ordenamiento supraestatal ni tampoco como un ordenamiento independiente respecto del ordenamiento del Estado propio y aislado de este, sino que, en la medida en que sea considerado como derecho será una parte del ordenamiento jurídico del Estado propio, la parte aceptada por este como el «derecho exterior del Estado», es decir, como el conjunto de las normas del ordenamiento jurídico estatal que regulan el comportamiento del Estado en sus relaciones con otros Estados y que son objeto de recepción por la vía del «reconocimiento». Asimismo, la existencia jurídica del resto de Estados se fundamentará en el reconocimiento por parte del Estado propio, y por ende será preciso pensar el ordenamiento jurídico de este como expandido sobre los demás ordenamientos estatales. Es como si el ordenamiento jurídico del Estado propio hubiese delegado en los demás Estados, más en concreto, en las respectivas autoridades creadoras de derecho en su ámbito respectivo. Este es el sentido técnico-jurídico de la doctrina que sostiene que, desde la perspectiva del Estado propio, para que otro tenga validez como Estado, o sea, como ordenamiento jurídico vinculante en su ámbito, tiene que ser reconocido por aquel. La teoría del reconocimiento establece una conexión de delegación entre el ordenamiento jurídico del Estado que constituye el punto de partida de la construcción y los ordenamientos jurídicos de los demás Estados. Pero así se reafirma de nuevo la unidad de la imagen jurídica del mundo, y ello sucede merced a una tendencia inmanente al conocimiento jurídico que se abre paso incluso contra la voluntad de quienes defienden dicha teoría, si bien no sobre la base de la primacía del derecho internacional sino sobre la base del primado del ordenamiento jurídico del Estado.

La construcción dualista —por la vía de la teoría del reconocimiento, indispensable para ella— se ve arrastrada a su propia superación, al tener que concebir como normas jurídicas válidas no solo las del ordenamiento del Estado propio, sino también las de los demás Estados y en especial las del derecho internacional. Los propugnadores de esta construcción no han pensado hasta el fondo sus consecuencias, entre las cuales hay que tener en cuenta con claridad la referente a la intencionalidad política que está en su trasfondo y que no es otra que preservar la idea de la soberanía estatal, o sea, la idea de que el Estado representa una comunidad jurídica absolutamente suprema. Como es natural, la soberanía solo puede corresponder al Estado propio, que constituirá así el

punto de partida de toda la construcción, pues la soberanía de un Estado —en su significación genuina— es incompatible con la de cualquier otro Estado.

Al dogma de la soberanía del Estado, conjuntamente con la primacía —derivada de dicho dogma— del ordenamiento jurídico del Estado propio, le encaja a la perfección una concepción subjetivista que, en última instancia, cae en el solipsismo y que concibe el individuo, el yo, como centro del mundo y, por tanto, como voluntad y representación del yo. A este radical subjetivismo estatal se opone la primacía del derecho internacional como expresión de la concepción objetivista del derecho y del mundo.

#### e) *La negación del derecho internacional*

El subjetivismo, para comprender el mundo, parte del propio yo y lo extiende al universo. Sin embargo, no puede alcanzar al mundo objetivo por encima de ese yo soberano, es incapaz de concebir otro sujeto, un no-yo que se presente con la misma pretensión de ser soberano, un tú que quiera ser también un tú como un ser equivalente al del propio yo. Esto es lo que sucede en la construcción monista en que el dualismo se transforma. Por su tendencia a mantener el dogma de la soberanía por la vía de la teoría del reconocimiento, acaba en la primacía del ordenamiento jurídico del Estado propio, totalmente incompatible con la idea de una pluralidad de Estados ordenados en pie de igualdad y delimitados jurídicamente en sus respectivos ámbitos de validez. En suma, la primacía del ordenamiento jurídico del Estado no solo significa la negación de la soberanía de todos los demás Estados —y, por tanto, de su existencia jurídica como Estados en el sentido del dogma de la soberanía—, sino también la negación del derecho internacional.

El derecho internacional experimenta su total desnaturalización al introducirse la idea de que ha de ser incorporado al ordenamiento jurídico del Estado. Pues al quedar circunscrito a los límites propios de un determinado ordenamiento jurídico estatal, se inhabilita para cumplir su principal función, consistente en la coordinación de todos los Estados. El conjunto de normas reguladoras de los comportamientos del Estado hacia el exterior —esto es, el derecho internacional transformado en derecho estatal externo— tiene su fundamento de validez en la constitución del Estado receptor del derecho internacional. Por tanto, la validez del derecho internacional podrá ser rechazada de acuerdo con las reglas de dicha constitución o, en caso de que fuese necesario, adoptando la correspondiente reforma constitucional. Entonces también se podrá anu-

lar el reconocimiento que de otros Estados se haya hecho de acuerdo con las disposiciones del derecho estatal externo y asimismo se podrá negar la naturaleza jurídica de sus respectivos ordenamientos por estar fundamentada únicamente en el citado reconocimiento. La teoría de la primacía del derecho estatal en última instancia conduce a lo que es su punto de partida originario y que puede expresarse en los siguientes términos: solo el ordenamiento jurídico del Estado propio es válido como derecho.

Dada la naturaleza ideológica del derecho, la significación de ciertos hechos —como ya ha quedado expuesto— es el resultado de una interpretación posible, presupuesta la norma fundamental, pero de ningún modo es el resultado de una interpretación necesaria. No se puede negar la posibilidad teórica del punto de vista consistente en que únicamente se interprete como derecho el ordenamiento del Estado propio y todo lo que, desde él, se acepte como derecho. Sin embargo, si se piensa que es preciso evitar las consecuencias que se derivan de la primacía del ordenamiento jurídico del Estado propio, se impone como algo indispensable la idea de la primacía del ordenamiento jurídico internacional.

f) *Solución a la «contradicción» entre el derecho internacional y el derecho estatal*

Ya en la ficción a la que por necesidad recurre la construcción dualista —y que consiste en que para el derecho estatal la validez del derecho internacional está basada en su reconocimiento por el primero— se encuentra la refutación a la principal objeción formulada contra la construcción monista de la relación entre el derecho internacional y el estatal, objeción que subraya la posibilidad de que entre ambos se den contradicciones insolubles. Hay que preguntarse cómo es posible que se produzcan esas contradicciones tratándose de la misma «voluntad» que en un caso reconoce el derecho internacional y en el otro se representa a sí misma como ordenamiento jurídico del Estado, toda vez que la llamada «voluntad» estatal es solo la expresión antropomórfica del deber (*Sollen*) propio de las normas. Además, el hecho al que se califica como una «contradicción» entre el derecho internacional y el derecho estatal no tiene nada que ver con lo que es una contradicción lógica. Este hecho es solo un caso especial del conflicto —tratado anteriormente— entre una norma jerárquicamente superior y otra inferior. Lo que se califica como contradicción entre el derecho internacional y el derecho del Estado —por ejemplo, el hecho de que una ley estatal esté en contradicción con un tratado que el Estado ha celebrado con otro Estado, sin que por ello se vea afectada la

validez de la norma estatal ni tampoco la de la norma internacional— tiene su análogo perfecto dentro del ordenamiento jurídico estatal sin que por esa razón se ponga en duda su unidad. La ley inconstitucional es válida y mantiene su condición de ley sin que por ello haya que considerar a la constitución derogada o modificada. La sentencia contraria a la ley es una norma válida y se mantiene en vigor hasta que sea revocada por otra sentencia. Antes se ha aclarado ya que la «antinormatividad» de una norma no implica contradicción lógica entre la norma inferior y la superior, sino solo la anulabilidad de la inferior o bien la punibilidad del órgano responsable. A este respecto hay que tener en cuenta que la imposición de una norma «antinormativa» puede constituir un supuesto ilícito al que el ordenamiento jurídico conecte específicos actos coactivos como consecuencia jurídica. De lo expuesto anteriormente se deduce que el hecho ilícito como tal tampoco está en contradicción lógica con la norma que lo estatuye. Por tanto, no existe ninguna dificultad lógica en que un acto —calificado como infracción del derecho— pueda producir normas jurídicas válidas. El acto que impone una norma puede estar conectado a una consecuencia jurídica y, sin embargo, la norma ser válida. Válida no solo en el sentido de que siga siendo válida hasta que sea derogada por un acto jurídico, sino incluso en el sentido de que no pueda ser derogada alegando su deficiencia.

Precisamente esto es lo que sucede en la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal. El sentido que tiene que el derecho internacional obliga al Estado a realizar cualesquiera actos —y en especial los que consisten en dictar normas con determinados contenidos— se reduce a que el acto contrario —o el acto que impone una norma estatal de contenidos opuestos— constituye la condición a la que el derecho internacional conecta una sanción específica que se concreta en la represalia o en la guerra. La norma del ordenamiento jurídico del Estado que ha sido creada con «infracción» del derecho internacional sigue siendo válida, y lo es también desde la perspectiva del derecho internacional. La razón de esto radica en que el ordenamiento jurídico internacional no tiene previsto el procedimiento a través del cual pueda anularse una norma que sea «contraria» a él. Esta posibilidad se da únicamente en el ámbito del derecho internacional particular. La relación existente entre el derecho internacional y la norma del ordenamiento estatal, calificada como contraria al primero, es la misma relación que la existente entre la constitución del Estado que prevé el contenido de leyes futuras —por ejemplo, en su catálogo de derechos fundamentales— y una ley que vulnere esos derechos y en consecuencia sea inconstitucional; siendo esto así en la suposición de que la constitución —como sucede la mayoría de

las veces— no establezca un procedimiento para derogar leyes en razón de su inconstitucionalidad, sino que se limite a la posibilidad de hacer personalmente responsables a determinados órganos por haber aprobado la ley inconstitucional. El derecho internacional determina los contenidos del ordenamiento estatal exactamente igual a como determina el contenido de leyes futuras una constitución que no haya instituido una jurisdicción constitucional, a saber: en un sentido alternativo. No se excluye la posibilidad de un contenido diferente al prescrito y precisamente porque dicho contenido no está excluido, hay que entender que está autorizado, si bien en segundo término. Su descalificación se produce porque se califica de ilícito al acto impositivo de las normas, sin perjuicio de que las normas así generadas sean válidas. Ni el acto ilícito ni la norma que dicho acto ha creado —y que es calificada como «contraria al derecho internacional»— están en contradicción lógica con este. En consecuencia, no existe obstáculo alguno para que se acepte la unidad entre el derecho internacional y el derecho estatal.

g) *La primacía del ordenamiento jurídico internacional*

La unidad entre el derecho internacional y el derecho estatal se puede constatar no solo en el sentido negativo de ausencia de contradicción lógica entre ambos conjuntos normativos, sino asimismo en un sentido positivo. Así es siempre que se acepta —lo que sucede por regla general y en especial también por parte de los defensores de la construcción dualista— que los Estados o, expresándolo sin personificaciones, los ordenamientos jurídicos estatales están coordinados mutuamente y delimitados jurídicamente en sus respectivos ámbitos de validez, en particular en el territorial. Esto solo es posible si se presupone, por encima de los ordenamientos jurídicos de los Estados, un ordenamiento jurídico que los coordine y los delimite jurídicamente, ordenamiento que solo puede ser —y de hecho es— el derecho internacional, ya que son las normas del derecho internacional positivo las que desempeñan esa función.

Como ya se ha dicho, un principio jurídico del derecho internacional general, y que es reconocido tanto en la teoría como en la práctica, establece (expresado en la manera usual) lo siguiente: ha de tenerse por legítimo en el sentido del derecho internacional a todo gobierno que consiga el poder a través de una revolución o de un golpe de Estado siempre que esté en condiciones de obtener una obediencia estable a sus normas. Esto significa que un orden coactivo directamente sometido al derecho internacional vale como legítimo, esto es, como ordenamiento jurídico obligatorio o, dicho con otras palabras, significa que la comuni-

dad constituida por dicho ordenamiento como Estado en el sentido del derecho internacional es válida en el ámbito en que dicho ordenamiento tenga general implantación. Este principio de efectividad constituye un principio jurídico fundamental del derecho internacional positivo y en su aplicación a los ordenamientos jurídicos de los Estados significa que el derecho internacional delega en ellos. Cuando se establece un poder capaz de crear normas y su ordenamiento consigue una eficacia estable en un determinado ámbito se produce el surgimiento jurídico-positivo de una autoridad jurídica, lo que se debe a que esta cualidad le ha sido conferida por el derecho internacional o, lo que viene a ser lo mismo, se debe a que este ha otorgado a aquel el poder para que imponga el derecho. El derecho internacional determina tanto el ámbito de validez temporal como el ámbito de validez espacial del ordenamiento jurídico del Estado que así se ha constituido. El territorio del Estado —el espacio de validez del ordenamiento jurídico estatal— se extiende, en virtud del derecho internacional, hasta allí donde dicho ordenamiento sea eficaz. El derecho internacional garantiza dicho ámbito territorial de validez conectando los supuestos de injerencia, en la esfera por él protegida, a específicas consecuencias jurídicas. La delimitación mencionada —prescindiendo de ciertas excepciones— consiste esencialmente en que al Estado se le permite manifestarse como aparato coactivo tan solo en su propio territorio, esto es, en el espacio que le garantiza el derecho internacional; o expresado de una manera no figurativa, el ordenamiento jurídico estatal solo está habilitado para imponer sus específicos actos coactivos en el espacio de validez que le ha delimitado el derecho internacional; para que no haya violación del derecho internacional solo puede realizar dichos actos dentro de dicho espacio. Se hace así jurídicamente posible la coexistencia espacial de la pluralidad de Estados, esto es, de los distintos órdenes coactivos existentes. El derecho internacional no solo delimita la contigüidad espacial; también delimita la sucesión en el tiempo, o sea, el ámbito temporal de validez de los diferentes ordenamientos jurídicos estatales. El comienzo y el fin de la validez jurídica de un ordenamiento jurídico estatal se rigen por el principio jurídico de efectividad. El nacimiento y la extinción del Estado son contemplados, desde este punto de vista, como fenómenos jurídicos similares a la constitución y disolución de una persona jurídica en el marco del derecho estatal interno. Ahora bien, el derecho internacional tiene asimismo un importante papel en relación con el ámbito material de validez del ordenamiento jurídico del Estado. Debido a que sus normas —en especial las generadas por tratados— pueden abarcar todos los objetos posibles y, por tanto, también los que hasta el momento hayan regulado los ordenamientos jurí-

dicos estatales, el derecho internacional se encuentra en disposición de limitar el ámbito material de estos últimos. Los Estados seguirán siendo competentes, bajo el derecho internacional, para regular prácticamente todo pero conservarán sus competencias tan solo en la medida en que el derecho internacional no se apropie de una materia y la sustraiga de la regulación libre por parte del ordenamiento jurídico estatal. Dando por supuesto el derecho internacional como ordenamiento jurídico supraestatal, el Estado deja de tener la supremacía competencial. Tiene vocación de totalidad pero está limitado por el derecho internacional, lo que quiere decir que no se encuentra constreñido por este de antemano a regular solo determinadas materias, tal como es el caso de otros ordenamientos o comunidades sometidos directamente al derecho internacional y que se han constituido por medio de un tratado.

*b) El Estado como órgano de la comunidad jurídica internacional*

El concepto de Estado se determina ahora tomando como punto de partida el ordenamiento jurídico internacional. Es un ordenamiento parcial relativamente centralizado, sometido directamente al derecho internacional, el cual delimita su ámbito territorial y temporal de validez y cuya pretensión de totalidad en lo que respecta al ámbito material de validez tan solo se ve restringida por la reserva que para sí mismo pueda hacer el derecho internacional.

Si se adopta la usual representación personificadora, es posible designar dicho ordenamiento parcial, esto es, el Estado, como órgano de la comunidad jurídica internacional. Solo como tal órgano participa el Estado en la creación de derecho internacional. Esta concepción es de especial importancia para la creación de derecho internacional a través de tratados, vía que en el parecer de muchos autores constituye la única posible para modificar y desarrollar el derecho internacional vigente. Siguiendo ese parecer, fingen como si existiese un tratado tácito en la generación consuetudinaria del derecho, gracias a la cual ha surgido el derecho internacional general; opinan así con el objetivo de mantener en pie la soberanía del Estado y poder reconducir la validez del derecho internacional a la libre voluntad estatal. Esta construcción, sin embargo, está basada en un autoengaño. Si se considera que el tratado es un hecho generador de derecho y que las normas que crea imponen deberes y conceden derechos no solo a uno de los Estados sino a los dos Estados partícipes en la celebración del tratado por medio del cual se coordinan, lo que de verdad significa es que dichas normas —si bien de modo indirecto— imponen deberes y conceden derechos a los órganos y a los súbditos de dichos Estados, y

entonces es preciso que se presuponga una norma que instituya a los tratados como hechos en virtud de los cuales se genera derecho. Esta norma no puede ser una norma del ordenamiento jurídico de un Estado, solo puede ser un elemento integrante de un ordenamiento jurídico superior situado por encima de los ordenamientos jurídicos estatales, y por encima de todo que los coordine a todos ellos. No es posible obligar o facultar a otro Estado, o sea, a sus órganos y a sus súbditos, gracias a una norma de un ordenamiento jurídico estatal —o, dicho figuradamente, gracias a la voluntad de un Estado—. Al ser todos los Estados iguales en jerarquía, cada uno de ellos solo podrá imponer deberes y conceder derechos a sus propios súbditos. Las competencias de un Estado no se extienden más allá del ámbito de validez propio del ordenamiento jurídico de dicho Estado. Y puesto que no es posible sumar las competencias de dos Estados como si fueran magnitudes aritméticas, los Estados por sí mismos —sin un ordenamiento jurídico superior que en ellos delegue— no están en condiciones de crear normas válidas en el ámbito de ambos Estados, como es el caso precisamente de las normas creadas por tratados internacionales. Tan solo desde la perspectiva del derecho internacional general es posible concebir teóricamente la generación de normas internacionales, pues es dicho derecho el que regula la creación jurídica, calificando en especial a los tratados de método de creación de derecho y, por tanto, obligando a los Estados a que se comporten de acuerdo a lo establecido en los tratados. Desde este prisma, los representantes de los Estados que intervengan en la celebración de un tratado forman un órgano compuesto pero unitario. No es un órgano común a los Estados contratantes sino un órgano perteneciente a la comunidad de Estados constituida por el derecho internacional general. El derecho internacional delega en el ordenamiento estatal a fin de que el Estado designe al individuo que ha de expresar su voluntad en nombre del propio Estado, y por este motivo los representantes estatales —que actúan en la celebración del tratado como órganos parciales del órgano conjunto que crea las normas que forman el tratado— son en primer término órganos de la comunidad jurídica internacional y tan solo en segundo término órganos de su propio Estado. En consecuencia, no son propiamente los Estados —como es costumbre subrayar bajo la influencia del dogma de la soberanía— sino la comunidad de Estados o, mejor dicho, la comunidad jurídica internacional la que crea nuevo derecho a través de los tratados; de la misma manera a como es el Estado el que crea su propio derecho por medio de sus propios órganos.

«El Estado como órgano del derecho internacional» es tan solo una expresión metafórica aplicable al ordenamiento jurídico estatal, el cual está —en relación con el derecho internacional y por intermediación

de este con todos los demás ordenamientos jurídicos estatales— en una conexión de delegación de poderes cuya estructura ya ha sido descrita aquí.

Esta conexión de delegación de poderes es la que produce en un sentido absolutamente positivo la unidad del sistema jurídico universal. Es una unidad meramente cognoscitiva —lo que, para evitar malentendidos, hay que subrayar una y otra vez con insistencia—, y no una unidad organizativa. El Estado como ser jurídico queda liberado, en su estructura, del carácter absoluto en que lo había encerrado rígidamente el dogma de la soberanía. La teoría pura del derecho relativiza al Estado. Lo concibe como un escalón jurídico intermedio y defiende así la idea de que, tomando como punto de partida a la comunidad internacional universal —integrante de todos los Estados—, a través de la sucesión continua de formaciones jurídicas que se van integrando unas en otras, se llega a las comunidades jurídicas que vertebran el Estado.

*i) La teoría pura del derecho y la evolución del derecho mundial*

La disolución teórica experimentada por el dogma de la soberanía, ese instrumento capital que la ideología imperialista esgrime contra el derecho internacional, constituye uno de los resultados más esenciales de la teoría pura del derecho. Aunque en absoluto se haya llegado a ese resultado con intención política, puede tener efectos políticos al sortear un obstáculo que se ha opuesto de un modo casi insuperable al desarrollo técnico del derecho internacional, a toda tentativa de conseguir una centralización de gran alcance del ordenamiento jurídico internacional. La teoría pura del derecho contradice el razonamiento que proclama que esa evolución sea incompatible con el derecho internacional así como con la esencia del Estado, es decir, con todo aquello que expresa el concepto de soberanía. Desenmascara definitivamente el intento de proporcionar con dicho concepto una apariencia de argumento lógico —imposible de rebatir, dada su naturaleza— a lo que no es sino un argumento político, al que en consecuencia se le puede oponer argumentos de la misma especie. De esta forma, facilita una evolución político-jurídica que ha sido frenada por falsas ideas, si bien no justifica ni postula dicha evolución. Pues como teoría que es, su postura frente a ella es totalmente indiferente.

La constatación de este posible efecto no ocasiona quebranto alguno a la teoría pura del derecho. Las ciencias naturales exactas —y solo ellas— también han hecho posible el progreso de la técnica sin que se lo

hayan propuesto, e incluso precisamente por no aspirar a otra cosa que al puro conocimiento. En este sentido, es posible afirmar que la teoría pura del derecho, al asegurar la unidad cognoscitiva del derecho gracias a la relativización del concepto de Estado, establece un presupuesto en modo alguno irrelevante de la unidad organizativa de un ordenamiento jurídico mundial y centralizado.

## ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i> .....	7
<i>Presentación</i> : Gregorio Robles .....	9
1. Hans Kelsen: breves rasgos biográficos .....	9
2. La teoría pura del derecho .....	16
2.1. El postulado de «pureza metódica» .....	16
2.2. La norma jurídica .....	20
2.3. El ordenamiento jurídico y la norma fundamental .....	21
2.4. Validez y eficacia .....	23
2.5. Los conceptos jurídicos como conceptos normativos .....	23
2.6. La superación de los dualismos tradicionales .....	26
2.7. La interpretación .....	28
3. El libro <i>Teoría pura del derecho</i> .....	28
4. La presente edición .....	30

### TEORÍA PURA DEL DERECHO (1934)

PRÓLOGO .....	35
I. DERECHO Y NATURALEZA .....	41
1. La «pureza» .....	41
2. Hecho natural (acto) y significado .....	42
3. La autointerpretación del material social (el sentido objetivo y el sentido subjetivo) .....	42
4. La norma como esquema interpretativo .....	43
5. La norma como acto y como contenido dotado de sentido .....	44
6. Validez y ámbito de validez de la norma .....	45
7. El conocimiento normativo del derecho y la sociología jurídica .....	46

II. DERECHO Y MORAL .....	48
8. Derecho y justicia .....	48
9. La tendencia antiideológica de la teoría pura del derecho .....	51
III. EL CONCEPTO DE DERECHO Y LA TEORÍA DE LA PROPOSICIÓN JURÍDICA .....	53
10. Teoría del derecho natural y positivismo jurídico .....	53
11. El «deber» ( <i>Sollen</i> ) como categoría del derecho .....	54
a) El deber como idea trascendente .....	54
b) El deber ( <i>Sollen</i> ) como categoría trascendental .....	55
c) El retorno al derecho natural y a la metafísica .....	57
12. El derecho como norma coactiva .....	57
13. El concepto de acto ilícito .....	58
14. El derecho como técnica social .....	59
a) La eficacia del ordenamiento jurídico .....	59
b) La norma secundaria .....	60
c) Los motivos de obediencia al derecho .....	61
15. La negación del deber ( <i>Sollen</i> ) .....	62
16. El sentido normativo del derecho .....	63
17. Deber y ser del derecho .....	65
IV. EL DUALISMO DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y SU SUPERACIÓN .....	67
18. El origen iusnaturalista del dualismo de derecho objetivo y derecho subjetivo .....	67
19. El concepto de derecho subjetivo .....	68
20. El concepto de sujeto de derecho o persona .....	69
21. El significado ideológico de los conceptos «derecho subjetivo» y «sujeto de derecho» .....	69
22. El concepto de relación jurídica .....	70
23. El concepto de deber jurídico .....	71
24. La reducción del derecho subjetivo al objetivo .....	72
a) La norma jurídica como deber jurídico .....	72
b) La norma jurídica como facultad (derecho subjetivo) .....	73
c) El derecho subjetivo (facultad) como participación en la creación del derecho .....	74
25. La disolución del concepto de persona .....	75
a) La persona «física» .....	76
b) La persona «jurídica» .....	77
c) Establecimiento directo e indirecto de deberes y derechos de los individuos .....	78
d) La imputación central .....	78
e) La limitación de la responsabilidad .....	79

f) El significado ideológico de la antinomia individuo-comunidad .....	80
26. El carácter universalista de la teoría pura del derecho .....	80
V. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU ESTRUCTURA JERÁRQUICA .....	82
27. El ordenamiento como sistema de normas .....	82
28. El ordenamiento jurídico como cadena de creación del derecho .....	83
29. El significado de la norma fundamental .....	85
30. La norma fundamental del ordenamiento jurídico estatal .....	86
a) El contenido de la norma fundamental .....	86
b) Validez y eficacia del ordenamiento jurídico (derecho y poder) .....	87
c) El derecho internacional y la norma fundamental del ordenamiento jurídico del Estado .....	88
d) Validez y eficacia de la norma jurídica individual .....	89
31. La estructura jerárquica del ordenamiento jurídico .....	90
a) La constitución .....	90
b) La legislación; el concepto de fuente del derecho .....	91
c) La jurisprudencia de los jueces .....	93
d) Justicia y administración .....	94
e) Negocio jurídico y acto de ejecución .....	95
f) Relatividad de la contraposición entre creación y aplicación del derecho .....	96
g) La posición del derecho internacional en la estructura jerárquica .....	96
h) El conflicto entre normas de diferentes niveles jerárquicos .....	97
VI. LA INTERPRETACIÓN .....	101
32. La interpretación: cuándo es pertinente y cuál es su objeto .....	101
33. Relativa indeterminación del nivel jurídico inferior respecto del superior .....	101
34. Indeterminación intencionada del nivel inferior .....	102
35. Indeterminación no intencionada del nivel jerárquico inferior .....	103
36. La norma como marco abierto a varias posibilidades de ejecución .....	104
37. Los denominados métodos interpretativos .....	105
38. La interpretación como acto de conocimiento o como acto de voluntad .....	106
39. La ilusión de la seguridad jurídica .....	107
40. El problema de las lagunas .....	107

41. Las denominadas lagunas técnicas .....	109
42. La teoría del legislador referente a las lagunas .....	110
VII. LOS MÉTODOS DE CREACIÓN DEL DERECHO .....	113
43. Forma de derecho y forma de Estado .....	113
44. Derecho público y derecho privado .....	114
45. El significado ideológico del dualismo derecho público y derecho privado .....	115
VIII. DERECHO Y ESTADO .....	118
46. El tradicional dualismo entre derecho y Estado .....	118
47. La función ideológica del dualismo derecho y Estado .....	119
48. La identidad entre derecho y Estado .....	119
a) El Estado como ordenamiento jurídico .....	119
b) El Estado como problema de imputación jurídica .....	121
c) El Estado como aparato burocrático formado por órganos funcionariales .....	122
d) La teoría del Estado como teoría del derecho .....	124
e) El poder del Estado como eficacia del ordenamiento jurídico .....	125
f) Disolución de la ideología de la legitimidad .....	126
IX. ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL .....	128
49. La naturaleza del derecho internacional .....	128
a) Los niveles de jerarquía en el derecho internacional; su norma fundamental .....	128
b) El derecho internacional como ordenamiento jurídico primitivo .....	129
c) Deberes y derechos establecidos por el derecho internacional por medios meramente indirectos .....	130
50. La unidad formada por el derecho internacional y el derecho estatal .....	132
a) La unidad de objeto como postulado epistemológico ....	132
b) La recíproca relación entre dos sistemas normativos ....	133
c) Construcción monista o dualista .....	134
d) La primacía del ordenamiento jurídico estatal .....	135
e) La negación del derecho internacional .....	137
f) Solución a la «contradicción» entre el derecho internacional y el derecho estatal .....	138
g) La primacía del ordenamiento jurídico internacional .....	140
h) El Estado como órgano de la comunidad jurídica internacional .....	142
i) La teoría pura del derecho y la evolución del derecho mundial .....	144
Índice general .....	147

### Hans Kelsen (1881-1973)

Nacido en Praga en el seno de una familia de origen judío, cursa sus estudios en Viena. Fruto de la intensa actividad investigadora desarrollada para el doctorado y la habilitación es su libro *Problemas capitales de la teoría del derecho y del Estado tratados a partir de la teoría de la norma jurídica* (1911), que anticipa lo que habría de ser el método «jurídico» o «normativo» por él propuesto. En 1919 obtiene la cátedra de Derecho constitucional y administrativo de la Universidad de Viena y participa en la redacción de la nueva constitución austriaca, proclamada en 1920. En 1921 es nombrado magistrado vitalicio del Tribunal Constitucional austriaco. Como síntesis global de su pensamiento publica en 1925 su *Teoría general del Estado*.

Llamado a la Universidad de Colonia en calidad de catedrático de Derecho internacional, es destituido en 1933 y se traslada a Ginebra, donde permanece hasta 1940, año en que emigra a los Estados Unidos. Trabaja en la Universidad de Harvard como *research associate*. En esta misma universidad imparte docencia en calidad de *lecturer*, como también en el Wellesley College y en la Universidad de California (Berkeley). En 1945 esta última le nombra catedrático para impartir docencia e investigar en «derecho internacional, teoría general del derecho y orígenes de las instituciones jurídicas». El mismo año ve la luz la tercera exposición general de la concepción jurídica de Kelsen, su *General Theory of Law and State*, y él es nombrado «asesor legal» de la Comisión de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra. Muere en Orinda (cerca de Berkeley).

De Hans Kelsen ha sido publicado en esta misma Editorial *La paz por medio del derecho* (2008).