

# Hans Kelsen

## Introducción a la Teoría Pura del Derecho



EDICIÓN AUTORIZADA POR EL  
HANS KELSEN-INSTITUT



**INTRODUCCION A LA TEORIA  
PURA DEL DERECHO**

HANS KELSEN

# **INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA PURA DEL DERECHO**

Presentación  
de  
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

Nota liminar  
de  
EMILIO O. RABASA

Bio-bibliografía de Hans Kelsen  
por  
JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

3ra. edición revisada y corregida

1ra. edición: UNAM, México, D.F., 1960.

2da. edición: Lima, 1993.

3ra. edición: Lima, 2001.

1ra. reimpresión: México, 2002.

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

© 2002 - Hans Kelsen - Institut.

© 2002 - Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

© 2002 - Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Representante: Domingo García Belaunde

Av. José Gálvez Barrenechea 200 (Corpac)

Lima 27 - PERU

## ÍNDICE

Presentación a la segunda edición peruana de Domingo García Belaunde .....	5
Presentación a la primera edición peruana de Domingo García Belaunde .....	9
Nota liminar a la segunda edición peruana de Emilio O. Rabasa .....	13

### Introducción a la Teoría Pura del Derecho

1. El Derecho: norma o hecho; el “ser” y el “deber ser” .....	19
2. El Derecho, un orden coercitivo: Los conceptos de sanción, delito, obligación, responsabilidad, derecho; actos coercitivos que no son sanciones .....	23
3. Causalidad e imputación .....	31
4. Norma jurídica y enunciación descriptiva del derecho ....	35
5. Conflicto de normas. Derogación .....	39
a) Conflicto de normas de la misma jerarquía o nivel .....	41

b)	Conflictos de normas de diferentes jerarquías o niveles .....	44
6.	Valididad y eficacia del Derecho .....	49
a)	Norma y hecho: norma, la significación de un hecho .....	49
b)	La eficacia como una condición de validez .....	50
7.	Derecho y Estado .....	53
a)	El Estado como una comunidad u orden normativo .....	53
b)	El Estado como persona .....	55
c)	El Estado como un orden jurídico centralizado .....	57
8.	Derecho y Moral. Derecho y Justicia .....	59
9.	Positivismo jurídico y doctrina del Derecho natural .....	63
a)	La Teoría Pura del Derecho, una teoría del positivismo jurídico .....	63
b)	La razón para la validez del Derecho de acuerdo con la doctrina del Derecho natural .....	64
c)	Derecho natural como un Derecho inmanente en la naturaleza .....	65
d)	La naturaleza del hombre como fuente de Derecho natural .....	68
e)	Conflictos entre Derecho natural y positivo .....	70
10.	La razón de validez del Derecho positivo de acuerdo con el positivismo jurídico .....	73
a)	La estructura jerárquica del orden jurídico .....	73
b)	La norma fundamental .....	75

11.	La relación entre Derecho nacional e internacional .....	81
a)	La construcción dualista y la monista .....	81
b)	La naturaleza del Derecho internacional .....	82
c)	La necesidad de la construcción monista .....	83
d)	La supremacía del Derecho nacional .....	84
e)	La supremacía del Derecho internacional .....	87
f)	La norma fundamental del Derecho internacional .....	88
g)	La soberanía estatal y la relación entre el Derecho nacional y el internacional .....	90
h)	El Derecho nacional en sus sentidos restringido y lato .....	93
i)	Uso indebido de las dos construcciones monistas .....	95
12.	Doctrina jurídica y concepción del mundo .....	101

### Apéndices

I.	Bio-bibliografía de Hans Kelsen, por José F. Palomino Manchego .....	111
II.	Un libro de Kelsen, por Gerardo Eto Cruz .....	143
III.	Sobre los hombros de Kelsen, por Agustín Squella Narducci .....	149

*Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, se terminó de imprimir el 15 de octubre de 2002 en Formación Gráfica S. A. de C.V. En la edición se utilizó papel bond de 57 x 87 de 37 kgs. para las páginas interiores y cartulina couché de 162 kgs. para los forros; consta de 1,000 ejemplares.

# PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN PERUANA

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

La primera edición peruana de este folleto se realizó en 1993, gracias al apoyo editorial que nos brindara ALFREDO ALPISTE. En esa época se publicó el texto, acompañado por una bio-bibliografía de HANS KELSEN, preparada por mi buen amigo y antiguo colaborador, JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO.

Como señalé en aquella oportunidad, el texto kelseniano había sido publicado originalmente por la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1960, con un pequeño prólogo y en traducción de EMILIO O. RABASA.

Pero curiosamente, la obra no había vuelto a ser editada desde 1960. Es cierto que existían abundantes reimpresiones, tanto en México como en otros países de América Latina, pero que carecían de las autorizaciones del caso. Fue por eso que, por sugerencia del doctor MIGUEL ACOSTA ROMERO, entonces director de la Facultad de Derecho de la UNAM, me

dirigí a Viena para recabar la autorización correspondiente. Y fue así como salió nuestra edición de 1993, con el auspicio del *Instituto Hans Kelsen* de Viena y de su director, el Prof. ROBERT WALTER.

Pero después sucedieron varias cosas. Y es que en uno de mis viajes a México, conocí personalmente a EMILIO O. RABASA, gracias a la feliz intermediación de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. Y fue de esa manera como entramos en comunicación, para hacer una segunda edición de la misma obra. Sin embargo, mi opinión era darle alguna característica propia a esta nueva edición, motivo por el cual pedí al propio RABASA que preparase una semblanza de KELSEN, a quien él invitó a México en 1960 y a quien atendió durante los días de su estancia en la capital mexicana. De más está decir que RABASA no sólo confirmó el deseo de que usásemos su espléndida traducción, sino que él mismo escribiría para esta edición una pequeña semblanza, lo que efectivamente ha hecho, y que el lector podrá apreciar debidamente.

A lo anterior se añade que la bibliografía de JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO ha sido nuevamente revisada y puesta al día, y se han incorporado además dos textos que dan cuenta de la edición de esta obra y del éxito que tuvo. Uno, a nivel externo, de AGUSTÍN SQUELLA, otro a nivel interno, de GERARDO ETO CRUZ. Con lo cual se da una adecuada idea del reconocimiento que tuvo esta publicación en 1993.

Finalmente debo decir algo en relación con este texto. Y es que el original fue escrito por el propio KELSEN en inglés, y como tal enviado al doctor RABASA para su traducción, que es la que finalmente fue publicada. Pero el original, en cuanto tal, según nos confesó con pena el propio RABASA, se le

había extraviado. Sin embargo, y aun careciendo de un original, es fácil poder constatar, por quienes conocen la obra kelseniana, que la traducción refleja fielmente el pensamiento del célebre jurista. Así lo ha entendido el *Instituto Hans Kelsen* de Viena, que ha autorizado gentilmente esta segunda edición.

No empece, y con el ánimo de presentar lo mejor posible este texto, lo he revisado nuevamente y le he introducido muy pequeñas correcciones de carácter ortográfico, pues se advierte que ha habido descuidos de imprenta, muy propios de esa época, en que se trabajaba con linotipos. En esta labor me ayudó, sobre todo en la parte dedicada al Derecho Internacional, NICOLÁS DE PIÉROLA Y BALTA, con sus muy agudas observaciones y comentarios, poco antes de su sensible fallecimiento.

La edición original de la presente edición, como he señalado, data de 1960, y corrió a cargo de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ahora hemos querido agradecer la colaboración de la UNAM y su disponibilidad para difundir esta obra, por lo que, de común acuerdo con el Instituto de Investigaciones Jurídicas y su director DIEGO VALADÉS, participan con nosotros en esta nueva edición, dirigida principalmente a los estudiosos y a los estudiantes de Derecho de las universidades del país.

Lima, julio de 2001.

# PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN PERUANA

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

En marzo de 1960, HANS KELSEN (1881-1973) ampliamente conocido en el mundo jurídico, fue invitado oficial del gobierno mexicano, y en cuanto tal asistió y dictó diversas conferencias en la Universidad Nacional Autónoma de México. La visita de KELSEN fue, como era de esperarse, tumultuosa, debido a su inmenso prestigio de jurista, y a su vez, creador de la célebre *Teoría Pura del Derecho*. Años antes, en 1949, había dado unas conferencias en la Universidad Nacional de Buenos Aires, que también tuvieron gran resonancia, aun cuando con calor polémico. Poco después de la visita a México, el eminentе jurista envió al doctor EMILIO O. RABASA, un manuscrito en inglés, que contenía una "Introducción" a su célebre *Teoría Pura del Derecho*, que ofrecía de esta suerte en apretada síntesis, una panorámica de su pensamiento. El texto, traducido del inglés por el doctor RABASA, fue editado con el auspicio de la Facultad

de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, y se agotó rápidamente. Años después, en la misma ciudad de México, la Editora Nacional S.A., reprodujo la edición sin contar con ninguna autorización, y dicha edición circuló ampliamente en sucesivas reimpresiones que han tenido resonancia, incluso más allá de sus fronteras (lo cual indica, sin lugar a dudas, la utilidad del texto).

Como se sabe, dentro de su largo producción jurídica, que envuelve numerosas disciplinas, KELSEN puso especial énfasis en lo que podría llamarse la difusión y divulgación de su pensamiento, a tal extremo que en rigor, la primera obra de vulgarización la hizo en 1934, en un breve libro que tituló precisamente *La Teoría Pura del Derecho* (primera edición alemana), y del cual se hizo en Buenos Aires una traducción al castellano en 1941, a cargo de JORGE G. TEJERINA. Posteriormente, esa edición fue actualizada y revisada por el mismo KELSEN en una versión en idioma francés, pero publicada en Suiza en 1953, a la que generalmente se le conoce como edición francesa.

Finalmente, KELSEN entregó a las prensas en 1960 lo que sería la versión definitiva de su *Teoría Pura del Derecho*, que al igual que la primera, la publicó en idioma alemán, en Viena. La de 1953 la consideró sólo como una versión revisada y corregida, pero no como edición reelaborada, como es la de 1960. De esta última existe también una traducción castellana publicada en México en 1979, siempre patrocinada por la Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas y a cargo de ROBERTO J. VERNENGO. Pero al margen de esto, existen numerosos resúmenes hechos por el propio KELSEN, uno de los cuales es éste, escrito directamente en inglés, y traducido al castellano espe-

cialmente para el público mexicano. Si bien el texto parece que ha circulado, parcialmente en otros idiomas, se ha publicado completo en castellano sólo en las ediciones mexicanas, o en las reimpresiones hechas sobre la base de aquéllas. Por tal motivo, y a raíz de haber dictado el curso de Filosofía del Derecho en la Universidad de Lima, es que comprendí la necesidad de contar con un texto de fácil acceso al pensamiento kelseniano, y pensé que era útil su reproducción en Lima.

Para tales efectos, me puse en contacto, en primer lugar, con el editor primigenio, o sea, la Facultad de Derecho de la UNAM, la cual a través de su Director de entonces, el Dr. MIGUEL ACOSTA ROMERO me manifestó que ellos habían editado el libro en una sola oportunidad, y que en el actualidad, fallecido su autor, los derechos correspondían a sus herederos. Después de algunas indagaciones en la Universidad de California, me dirigí al *Instituto Hans Kelsen*, cuya sede está en Viena, titular actual de los derechos de autor, que al conocer mi idea de editar la obra a precio reducido para el público universitario, me ha autorizado para realizar la presente edición. Mi agradecimiento, pues, al profesor ROBERT WALTER, Director del *Instituto Hans Kelsen*, por la gentil autorización otorgada.

Igualmente, al Dr. JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO quien ha preparado especialmente para esta edición, una Bio-bibliografía de KELSEN, y al Sr. ALFREDO ALPISTE B., quien ha asumido la labor editorial con verdadero sentido académico, para poner la obra al alcance de nuestra juventud estudiosa.

Lima, abril de 1993.

## NOTA LIMINAR A LA SEGUNDA EDICIÓN PERUANA

### HANS KELSEN: ALGUNOS APUNTAMIENTOS HUMANOS

EMILIO O. RABASA

El celeberrimo filósofo del Derecho HANS KELSEN fue invitado por el suscrito para impartir una serie de conferencias que sintetizaran su muy conocida *Teoría Pura del Derecho*. Como una introducción a la misma, no sin pocas dificultades, el gran maestro finalmente aceptó y el 30 de marzo de 1960, exactamente a las 7:00 p.m. se presentó en la Facultad de Derecho de Ciudad Universitaria.

La visita resultó realmente inolvidable y fue atendido y recibido por las más altas autoridades universitarias y gubernamentales de México. Esto ya ha sido narrado en el breve prólogo que hice para la publicación de sus notas, también por mí traducidas, en una publicación que apareció por esos años.

Desde hace ya algún tiempo, el jurista y profesor peruano DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, gentilmente me ha solicitado algunos recuerdos, breves pinceladas del emérito jurista KELSEN. En otras palabras, su aspecto humano. En cumplimiento de esa amable petición de GARCÍA BELAUNDE, siguen las siguientes rápidas y ligeras líneas.

KELSEN tendría 1.60 m. de altura, portaba anteojos, barba cuidada y una incipiente calvicie. Vestía y se comportaba con parquedad. No conocía -por el contrario- aborrecía las vanidades sociales. El Derecho, su fundamento, proyección, interpretación pura, fueron la esencia, pasión y fin de su vida.

Habiéndose previsto la primera conferencia en el Aula PALLARES de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en Ciudad Universitaria, fue totalmente insuficiente, por lo que tuvimos que trasladarnos al Auditorio más amplio de la Facultad de Medicina en donde fue rodeado y aplaudido por una gran multitud, compuesta tanto de maestros legendarios, entre otros, el maestro MARIO DE LA CUEVA, como por estudiantes, hoy en día, muchos de ellos, juristas de renombre. A este vibrante recibimiento, Kelsen, me manifestó que el auditorio de las últimas conferencias sería el verdaderamente importante, ya que en las primeras había curiosidad por su figura y presentación, en tanto que en aquéllas, sus enseñanzas, constituyan lo auténtico.

Recuerdo que desde la Torre de Humanidades de la Ciudad Universitaria, a donde habíamos acudido por insistencia de KELSEN de dialogar con el eminentísimo maestro mexicano, también filósofo del Derecho, Dr. EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, tuve oportunidad de explicarle desde las alturas de esa Torre

de Humanidades la disposición de las diferentes escuelas y facultades que circundan el Campus Universitario.

Desde nuestro punto de observación lo más próximo era la Facultad de Filosofía, seguida por la Facultad de Derecho y luego la de Economía. Ese orden arquitectónico, comentó KELSEN, corresponde a la realidad: la Filosofía como sustento, el Derecho como norma y la Economía como realización concreta.

Contratado a un precio irrisorio por conferencia, enfermó y no pudo impartir las cuatro propuestas. Con su acostumbrada honestidad intelectual y académica, me dejó, casi a manera de apuntes, todas las notas que agotarían sus cuatro conferencias. Esto motivó que yo las tradujera y efectuara el prólogo de la edición que salió en 1960.

México, D.F. diciembre de 1994.

## EL DERECHO: NORMA O HECHO EL “SER” Y EL “DEBER SER”

La Teoría Pura del Derecho, como su nombre lo indica, es una teoría del Derecho. La forma por la que se elabora una teoría está determinada por su objeto. A fin de captar lo peculiar de una teoría del Derecho, debemos conocer la naturaleza de su objeto: en consecuencia, una teoría del Derecho debe, antes que nada, contestar a la pregunta: ¿Qué es el Derecho?

Aun cuando la Teoría del Derecho, o como es comúnmente llamada en la literatura angloamericana, “*Jurisprudence*”, es una de las ciencias más viejas, no hay una definición universalmente aceptada sobre el concepto de Derecho. Existen dos puntos de vista diferentes en relación con esta materia. De acuerdo con el uno, el Derecho es un *hecho*, una conducta determinada de los hombres, que tiene lugar o se realiza en el tiempo y en el espacio y puede ser percibida por nuestros sentidos. Las relaciones jurídicas son relación de hechos de la vida, especialmente las relaciones

económicas, como lo sostiene la doctrina marxista. Los hechos son el objeto de las ciencias naturales: la Física, la Química, la Biología, la Psicología, la Sociología. En consecuencia, de acuerdo con este punto de vista de Derecho, la doctrina o ciencia del Derecho no se diferencia esencialmente de estas ciencias naturales. A semejanza de estas ciencias la doctrina jurídica describe su objeto con enunciados o declaraciones en el sentido de que algo es o no es, es decir, mediante enunciados o manifestaciones de ser. De acuerdo con el otro punto de vista, el Derecho no es un hecho, sino una norma. En virtud de que el término "norma" es utilizado para caracterizar al objeto de la ciencia del Derecho, significa: que algo *debe* ser o debe ser realizado, aun cuando en realidad no sea o no haya sido realizado. Una norma tiene el carácter de una orden o mandamiento y comúnmente se expresa lingüísticamente en forma imperativa como, por ejemplo, los Diez Mandamientos de Dios dados en el Monte Sinaí conforme a la Biblia: "Honrarás a tu padre y a tu madre", "No matarás", y así sucesivamente. Sin embargo, una norma puede no sólo tener el significado de una orden, sino también el significado de una autorización; por medio de una norma una persona puede conferir en otra persona el poder o la facultad de expedir o dictar mandamientos u órdenes. Dios autorizó a Moisés para dictar órdenes o expedir mandamientos al pueblo judío, Dios confirió en él la autoridad de un legislador. La Constitución de un Estado faculta a un determinado individuo o a un grupo de individuos a expedir códigos o leyes, o sea, normas generales; y esos códigos o leyes autorizan a los tribunales y a las dependencias administrativas a expedir normas individuales, es decir, resoluciones judiciales o decisiones administrativas. Finalmente, una norma puede tener el carácter de un permiso, esto es, para decirlo

en otras palabras, por medio de una norma puede permitírselle a una persona realizar algo que, sin este permiso, sería prohibido. Por ejemplo: una norma general prohíbe matar, pero una norma especial limita a la primera cuando otorga permiso a matar en legítima defensa.

En este sentido, el permiso viene a ser la función positiva de una norma que restringe a una norma prohibitiva. Debe ser distinguido del permiso en un sentido meramente negativo. En este sentido, una cierta conducta es permitida si no existe una norma prohibiendo la conducta contraria, de acuerdo con el principio: lo que no está prohibido está permitido. Estas son las tres funciones normativas: orden o mandamiento, autorización, permiso positivo. Si decimos: el significado de norma es que algo *deba* hacerse, el término “debe” comprende estas tres funciones; señala las funciones normativas.

El significado específico de la afirmación de que algo *debe* ser o debe ser realizado, sólo puede explicarse refiriéndose a la diferencia que existe entre esta afirmación y la aseveración de que algo *es* o es realizado. De esta diferencia, la diferencia entre “ser” y “deber ser” nos percatamos directa e inmediatamente. El dualismo lógico del “ser” y “el deber ser”, presenta la imposibilidad de inferir de la afirmación que de algo *es* o es realizado, la afirmación de que algo deberá ser o deberá realizarse y a la inversa.

Nos percatamos especialmente del “deber ser” como algo diferente del “ser”, si el primero, el “deber ser”, es el significado de un acto de un individuo intencionalmente dirigido a la conducta de otro individuo. Si, por ejemplo, A ordena a B hacer algo, describimos el *acto* con la expresión: A ordena que B haga algo. Esta es una afirmación de *ser*. Pero el *signifi-*

cado del acto sólo puede ser descrito por la afirmación: que B *debe* hacer algo, no por una afirmación de ser como: B hace o hará lo que le ordene A, porque en realidad, B puede no hacer lo que A le ordena. Que B debe hacer algo, es el significado subjetivo del acto de ordenar; el significado que este acto tiene desde el punto de vista del individuo que ordena. Pero no es necesariamente también el significado objetivo del acto de ordenar, esto es, el significado que tiene el acto desde el punto de vista del ordenado o destinatario de la orden, así como de una tercera persona que no participe. Si un asaltante me ordena entregarle una cierta cantidad de dinero, creo que no debiera hacer lo que me ordena, que no estoy obligado a acatar esta orden, que, si no obedezco, mi conducta será tachada de indebida y que lo considerará así una tercera persona. Que B debe hacer algo es también el significado objetivo del acto de ordenar, si este acto es autorizado, si el individuo que expide la orden está facultado por una autoridad superior, por una autoridad jurídica o moral competente para expedir la orden de referencia. Esto parece implicar un *regressus in infinitum*. Veremos más adelante cómo este retorno tiene su fin. Si no es solamente el sentido subjetivo del acto, sino también el objetivo de que algo deba hacerse, a este significado se le llama norma. Es importante distinguir claramente entre la descripción del acto cuyo significado es una norma y la descripción de una norma que es el significado del acto. El uno es un enunciado de *ser*, el otro un enunciado de *deber ser*.

## EL DERECHO, UN ORDEN COERCITIVO: LOS CONCEPTOS DE SANCIÓN, DELITO, OBLIGACIÓN, RESPONSABILIDAD, DERECHO; ACTOS COERCITIVOS QUE NO SON SANCIONES

Conforme a la Teoría Pura del Derecho, el Derecho es norma o, más exactamente, un conjunto de normas, un orden normativo. Es un orden social porque regula la conducta mutua de los hombres, por ejemplo, la conducta de un hombre en relación con otro. Pero el Derecho no es el único orden social. La moral, también, es un orden social normativo y existen normas sociales aceptadas dentro de grupos sociales que regulan formas específicas de comportamiento, sin tener un carácter moral o legal, tales como las normas relativas a la cortesía, al vestir, a los modales de mesa y similares. Así surge la cuestión relativa a la diferencia específica entre el Derecho y otros órdenes sociales. La diferencia consiste en que el Derecho es un orden coercitivo. Significa que el Derecho ordena una determinada conducta humana al proveerla de un acto coercitivo como una reacción contra la conducta

contraria. Estos actos son “coercitivos” en tanto que deben realizarse o ejecutarse aun en contra de la voluntad del individuo a quien van dirigidos y, en caso de resistencia, inclusive podrá emplearse la fuerza física. En este sentido, el término coerción no debe confundirse con la coerción en el sentido psicológico de la palabra, es decir, con el hecho de que la idea que los hombres tienen del Derecho es un motivo suficiente o efectivo para obligarlos a comportarse de acuerdo con la ley. En lo que se refiere a esta coerción, el Derecho no difiere de otros órdenes sociales. El orden moral también puede y, en verdad, ejerce coerción en el sentido psicológico de la palabra sobre aquellos cuyo comportamiento regula.

Los actos coercitivos establecidos por el Derecho como reacciones contra una determinada conducta humana reciben el nombre de *sanciones*. Las sanciones principales del Derecho nacional moderno son el castigo y la ejecución. Consisten en la privación forzosa de la vida, la libertad, el bienestar económico y otros bienes. Resolveremos más tarde la cuestión relativa a si el Derecho Internacional también provee de sanciones y, en consecuencia, puede ser considerado como Derecho en el mismo sentido que el Derecho nacional.

La conducta, que constituye la condición o supuesto para la sanción, recibe el nombre de ilegal o delictuosa. Lo delictuoso no es, como el término inglés “*illegal*” y, especialmente, la palabra alemana “*Unrecht*” indican, una negación del Derecho, sino una condición necesaria a la sanción. Adviéntase que ambas, la condición y la sanción, están determinadas por el Derecho. El delito está jurídicamente por el Derecho. El delito está jurídicamente prohibido, la conducta contraria jurídicamente ordenada o, lo que significa lo mismo, constituye el contenido de una *obligación jurídica*. El

Derecho Penal establece que si un hombre comete el delito de homicidio debe ser castigado. En consecuencia, el homicidio es una condición para el castigo; como tal, es un delito y está prohibido. El no cometer homicidio es el contenido de una obligación jurídica. El Derecho Civil previene que si un hombre no paga su deuda, su propiedad estará sujeta a un procedimiento ejecutivo. La falta de pago de deudas es la condición de una sanción, en consecuencia, un delito civil. En esta forma el Derecho ordena que las deudas deben pagarse y convierte el pago de las deudas en una obligación jurídica. La afirmación de que un hombre está jurídicamente obligado a conducirse en determinada forma, no significa otra cosa que, en caso de la conducta contraria, deberá imponérsele una sanción como una reacción contra esta conducta. Al cometer un delito un hombre "viola" el Derecho, como decimos al emplear una indebida metáfora, pero esto no significa que el Derecho sufra un perjuicio. Por el contrario, es precisamente para este caso para lo que se ha establecido el Derecho. Al no cometer un delito un hombre cumple con el Derecho. Ordenando o ejecutando la sanción, otro hombre, aquel que actúa como órgano del Derecho, aplica la ley.

Si un individuo está jurídicamente obligado a comportarse de cierta manera en relación con otro, el segundo tiene un *derecho* a la conducta del primero. El derecho de uno no es otra cosa que un reflejo de la obligación del otro. La obligación está implícita en el derecho. Describiendo la obligación estamos describiendo el derecho. Este concepto del derecho subjetivo es superfluo. El derecho de A de obtener una cierta conducta de B constituye más que un mero reflejo de la obligación de B, cuando A tenga el poder jurídico de iniciar, mediante una acción determinada, un procedimiento jurídi-

co conducente a la creación de una norma individual. Mediante esta norma individual se ordena la sanción establecida por el Derecho, como una reacción contra el incumplimiento de la obligación por parte de B. Ejemplo: en este sentido, el acreedor tiene un derecho en relación con el deudor si la ley confiere al acreedor el poder jurídico de iniciar, por una acción, el procedimiento judicial que finalmente conduzca a una resolución judicial, es decir, a una norma individual por medio de la cual se ordene una ejecución civil sobre la propiedad del deudor que no pagó su deuda. Entonces, y sólo entonces, A tiene el derecho en el sentido estrictamente técnico de la palabra. El conferir este poder jurídico a un individuo significa que se le está autorizando a participar en la creación del Derecho. Este poder jurídico es del mismo tipo que el poder jurídico conferido por la Constitución a un individuo o grupo de individuos para crear normas jurídicas generales, como es el caso del Poder Legislativo. Este concepto de Derecho subjetivo es diferente del concepto de obligación, y, en consecuencia, no es superfluo.

La doctrina jurídica tradicional coloca al Derecho subjetivo en primer plano y a la obligación en el segundo y distingue entre derecho y obligación, por una parte, los cuales ambos son Derecho en sentido subjetivo, y por otra parte, Derecho en sentido objetivo, es decir, Derecho como norma. La Teoría Pura del Derecho, sin embargo, enseña que es precisamente a la inversa, que el establecimiento de la obligación es una necesaria función del Derecho, en tanto que el otorgamiento de derechos subjetivos, en el sentido técnico de la palabra, es solamente una posible, no una necesaria función del Derecho así la técnica específica de un orden jurídico que establece la propiedad individual como una institución prin-

cipal que sería un derecho subjetivo. La Teoría Pura del Derecho disuelve el dualismo tradicional de Derecho en el sentido subjetivo y Derecho en el sentido objetivo, al enseñar que lo que se llama Derecho en el sentido subjetivo, no es nada diferente del llamado derecho en el sentido objetivo, esto es, el Derecho como norma. Resulta, pues, que la obligación jurídica de comportarse de cierto modo, la cual, como decimos, es impuesta a un individuo por una norma que adscribe una sanción para la conducta contraria, no es otra cosa que esa misma norma, contemplada desde el punto de vista del sujeto obligado; e igualmente el llamado Derecho subjetivo, en el sentido técnico en que, como decimos, se confiere a un individuo por una norma que lo autoriza a participar en la creación del Derecho, no es otra cosa que esa misma norma contemplada desde el punto de vista de ese sujeto titular de tal poder. Si el Derecho es norma, el Derecho, en todos los sentidos de término, debe ser norma. Sólo en tanto que las normas determinan *mi propia* conducta como una obligación o derecho debe ser llamada "mi" derecho; y esto es precisamente lo que significa el término Derecho en sentido subjetivo.

Generalmente, la sanción se dirige al individuo que comete el delito, o –lo que significa lo mismo– al que no cumple con su obligación, es decir, contra el delincuente. Esto significa que este individuo es *responsable* de su propia conducta. Pero la sanción puede ser dirigida también contra otro individuo que guarda una cierta relación con el delincuente, una relación determinada por el Derecho. Entonces el individuo a quien se dirige la sanción no es responsable de su conducta, sino de la conducta de otro. La sanción puede ser dirigida única y exclusivamente contra el individuo que ha cometido el delito, es decir, contra el delincuente; entonces

hablamos de responsabilidad individual. Si la sanción no, o no solamente, se dirige contra el delincuente, sino contra individuos que son miembros de un determinado grupo (familia, tribu, Estado) a que pertenece el delincuente, hablamos de responsabilidad colectiva. Un caso típico de responsabilidad colectiva es la venganza de sangre llevada a cabo conforme al Derecho primitivo. Si un hombre comete homicidio, los miembros del grupo a que pertenece la víctima, están autorizados por la ley a matar, no sólo al asesino, sino también a miembros del grupo al que éste pertenece, aun cuando ellos no hubieren participado en el homicidio.

Puesto que el Derecho es un orden social, la conducta humana es regulada por normas jurídicas en atención a los efectos que pueda tener sobre otros individuos. El Derecho atribuye una sanción a una cierta conducta, porque, acertada o desacertadamente, el legislador presupone que esta conducta pueda tener un efecto dañino en la sociedad. Este efecto puede ser previsto, o previsto y deseado, por el delincuente, o también puede ser el efecto imprevisto y no intencionado de su conducta. En el primer caso, hablamos de responsabilidad basada en culpa; en el segundo, de responsabilidad absoluta. Si el efecto dañino no es previsto ni intencionado en realidad pero, bajo circunstancias normales podría, empleando la prudencia necesaria, ser previsto y evitado, entonces hablamos de negligencia.

Al atribuir una sanción a una conducta de este tipo, la ley obliga a los hombres a ser cuidadosos, a fin de que efectos normalmente perjudiciales de su conducta puedan ser evitados. La negligencia es la omisión de este cuidado. No tiene ninguna connotación psicológica, a diferencia con un delito

cometido por un hombre que prevé, o prevé y desea, los efectos perjudiciales de su conducta. Es más un tipo de responsabilidad absoluta que un tipo de culpabilidad. Así, pues, deben distinguirse la obligación jurídica de la responsabilidad jurídica que, aun cuando relacionadas entre sí, son dos conceptos jurídicamente diferentes.

La sanción puede ser condicionada no sólo por el delito sino por otros hechos. Por ejemplo: la ejecución civil arriba mencionada, impuesta en la propiedad del deudor, está condicionada no sólo por el hecho de que el deudor no paga su deuda, sino también por el hecho de que un contrato de mutuo ha sido firmado entre las dos personas interesadas. En consecuencia, es necesario diferenciar entre el delito y otras condiciones de la sanción. El delito es la conducta del individuo que está determinada por el hecho de que la sanción, como una reacción contra su conducta, está dirigida contra él o contra individuos relacionados con él, en alguna forma establecida por la ley.

El Derecho moderno está provisto de actos coercitivos no solamente como una reacción contra una determinada conducta de un cierto individuo, contra delitos como homicidio, robo o similares, sino también como una reacción contra otros hechos que son considerados por la autoridad jurídica como perjudiciales a la sociedad.

El Derecho puede estatuir que dementes peligrosos o personas que sufren una enfermedad contagiosa, forzosamente deban ser internados en un asilo u hospital; que personas cuya raza, convicciones religiosas o políticas son, debida o indebidamente, consideradas como indeseables, deban ser internadas en campos de concentración; que los edificios de-

ban ser destruidos a fin de localizar un incendio; que, si así lo requiere el interés público, una persona deba ser privada de su propiedad aun en contra de su voluntad, y transferida al Estado, por medio de la llamada expropiación; y otros actos semejantes. Estos actos coercitivos no son sanciones en el sentido propio de la palabra, porque no constituyen reacciones en contra de una determinada conducta de un cierto individuo, y los hechos, que son condiciones de estos actos coercitivos, no constituyen delitos.

### 3

## CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN

Ya que el Derecho es un orden coercitivo en el sentido de que está provisto de actos coercitivos, puede ser descrito por la Ciencia del Derecho mediante fórmulas que señalen que, bajo ciertas condiciones, determinadas por la ley, ciertos actos coercitivos, también determinadas por la ley, deban tener lugar. Estas fórmulas aportadas por la Ciencia del Derecho para describir ciertas normas jurídicas de un orden jurídico definido, no deben confundirse con aquellas normas expedidas por la autoridad jurídica que establecen una determinada conducta humana; diferencia que analizaremos más adelante. Las fórmulas por las que la Ciencia del Derecho describe al Derecho son juicios hipotéticos análogos a los juicios hipotéticos por medio de los cuales la ciencia de la naturaleza describe a la naturaleza, las llamadas leyes de la naturaleza, como, por ejemplo, un cuerpo metálico expuesto al calor se distiende. En estos enunciados, la condición es la causa, la consecuencia es el efecto, y la relación entre estos dos elementos es la *causalidad*. La diferencia entre estos juicios hipotéticos y aquéllos por lo que la Ciencia del Derecho

describe su objeto, consiste en que los primeros son enunciados de ser, los últimos son enunciados de deber ser, y de que la relación entre la condición y la consecuencia, expresada por los enunciados que describen al Derecho, no es de causalidad, sino el principio para el que la Teoría Pura del Derecho ha sugerido la palabra *imputación*. El delito no es la causa de la sanción, y la sanción no es el efecto del delito. La sanción es imputada al delito o, para decirlo mejor, la condición jurídica no es la causa de la consecuencia jurídica y, por tanto, la consecuencia jurídica no es el efecto de la condición jurídica. La consecuencia jurídica, esto es, el acto coercitivo, es imputado a la condición jurídica, que es o un delito u otro hecho o situación indeseables. El principio de imputación difiere del principio de causalidad, en tanto que el primera-mente mencionado, en el caso de imputación, la relación entre condición y consecuencia se establece por la aplicación de una norma, y esto significa que se efectúa por un acto volitivo humano, en tanto que en el segundo caso, en el caso de la causalidad, la relación entre la condición y la consecuencia es independiente de cualquier acto o volición humana o sobre-humana. La imputación es un nexo normativo, no causal.

La imputación es una operación mental que no está restringida al pensamiento jurídico. Es el fundamento principal de cualquier cognición cuyo objeto es un orden normativo de la conducta humana o de una sociedad constituida por orden normativo. Juega un papel decisivo en el pensamiento primitivo. El hombre primitivo no interpreta la naturaleza de acuerdo con el principio de causalidad, sino conforme al principio de imputación. Interpreta su relación con los animales y con los objetos inanimados de acuerdo con la ley que determina sus relaciones con otros hombres, el principio de retribución.

Esta es la norma: si tu conducta es mala, debes ser castigado; si tu conducta es buena, debes ser recompensado. El hombre primitivo concibe a la naturaleza no como un orden causal, sino como uno normativo establecido por una voluntad sobrehumana. Si un fenómeno despierta su curiosidad no pregunta cuál es su causa, sino quién es el responsable, quién debe ser castigado o premiado. Concibe a la naturaleza como formando parte de una sociedad. Es probable que el principio de causalidad tenga su origen en el principio de retribución. Estaba en la filosofía de la naturaleza de los antiguos griegos que el concepto de causalidad surgió de la idea de retribución. Un síntoma característico de esta idea es el hecho de que el término griego empleado para significar *causa* αἴτια, quiere decir originalmente *culpabilidad*. Que en un cierto hecho es la causa de otro hecho que es su efecto, fue una relación que originalmente se concibió bajo la idea de retribución: un hecho debe ser culpado o elogiado por otro hecho, un hecho es responsable de otro hecho. Concebir a la naturaleza como un sistema impersonal de leyes causales es el resultado de una evolución intelectual en cuyo desarrollo el hombre se emancipa de la idea de que la naturaleza es gobernada por una voluntad sobrehumana. Todo esto lo he demostrado con más detalle en mi libro *Society and Nature* (\*).

Al distinguir el principio de imputación del principio de causalidad podemos distinguir a las ciencias sociales norma-

---

(\*) *Sociedad y naturaleza*, trad. del inglés por Jaime Perriaux, Depalma, Buenos Aires, 1945. (N. del E.)

tivas, tales como la Ética y la Ciencia Jurídica, que describen su objeto conforme al principio de imputación, de las ciencias naturales, como la Física, la Biología, la Química y similares, que describen su objeto conforme al principio de causalidad.

## NORMA JURÍDICA Y ENUNCIACIÓN DESCRIPTIVA DEL DERECHO

Ya que el objeto de la Ciencia Jurídica son las normas, y el significado de las normas es que algo deba hacerse, que los hombres deben comportarse en determinada forma, la Ciencia Jurídica, según se ha descrito, no puede describir su objeto, como las ciencias naturales describen el suyo, por enunciados de ser, sino únicamente por enunciados de deber ser. A la pregunta de que cuál es la ley aplicable en determinada materia, por ejemplo, en relación con robo y homicidio, la contestación de la Ciencia del Derecho no es de que si un hombre roba o comete homicidio es o será castigado, sino de que deberá ser castigado. Esto en virtud de que la ley que la Ciencia del Derecho tiene que señalar, existe, o sea, es válida, también en el caso de que un ladrón u homicida no sea en verdad castigado, porque en realidad escapó a su castigo. Si en un tratado sobre el Derecho Penal del Estado de California existiera un enunciado en el sentido de que si un hombre roba o comete homicidio, él es o será castigado en California, semejante enunciado sería falso porque, desgraciadamente,

hay en California algunos casos en los que, excepcionalmente un ladrón o un homicida no son castigados. Pero la ley es (y así debe quedar establecido por la Ciencia del Derecho que describe la ley) que un ladrón o un homicida *en todos los casos y sin excepción* deberán ser castigados.

Cuando la autoridad competente emplea, en la norma que ella expida, el término “debe ser” como, por ejemplo, un ladrón debe ser castigado o un embargo debe ser trabado en la propiedad del deudor que no ha solventado su deuda, este término empleado por el legislador tiene un significado preceptivo. Como orden o mandamiento la norma no es ni verdadera ni falsa, sino válida o no válida. Sin embargo, el mismo término tiene un sentido *descriptivo* cuando es empleado por la Ciencia del Derecho en un enunciado que afirma la existencia, la validez, de una norma jurídica. Este enunciado puede ser verdadero o falso. Si, por ejemplo, en un libro de texto sobre el Derecho Civil de un determinado Estado, al describir la ley concerniente a la reparación del daño, el autor afirma que si un hombre que ha prometido a una mujer casarse con ella, no cumple su ofrecimiento, está obligado a reparar el daño y si no lo hiciere, un embargo deberá trabarse en su propiedad, esta afirmación sería falsa, si la ley que está describiendo no contiene semejante norma, lo que significa que de acuerdo con esta ley una promesa de matrimonio no obliga jurídicamente. Sólo la autoridad competente puede *preceptuar u ordenar*; la Ciencia del Derecho sólo puede describir lo que la autoridad *preceptúe u ordene*.

En consecuencia, es aconsejable diferenciar, también desde el punto de vista de la terminología, la norma de deber ser expedida por la autoridad legal, del enunciado de deber

ser por medio del cual la Ciencia del Derecho describe esta norma como válida. El idioma alemán ofrece dos términos para expresar esta diferencia: *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechssatz* (proposición jurídica), aun cuando la mayoría de los juristas germanos no hacen uso adecuado de esta oportunidad lingüística y emplean los dos términos como sinónimos. En el lenguaje inglés podemos hablar de *legal norm* (\*) para señalar la función de la autoridad legal, y de *rule of law in a descriptive sense* (\*\*), para designar la función de la Ciencia del Derecho. La diferencia fundamental entre estas dos funciones, la función de *preceptuar* y la función de *describir*, la función de la *autoridad legal* y la función de la *Ciencia Jurídica*, es la diferencia que existe entre un Código Penal y un tratado científico de Derecho Penal, y la que se expresa en esta diferenciación terminológica.

---

(\*) Norma jurídica. (N. del T.)

(\*\*) Enunciado descriptiva del Derecho. (N. del T.)

## 5

## CONFLICTO DE NORMAS. DEROGACIÓN

Ya que el Derecho es obra de los hombres, las normas jurídicas son creadas por actos de la voluntad humana, las mismas relaciones humanas pueden ser reguladas en diferentes órdenes jurídicos o en el mismo orden jurídico en distintos tiempos y en diferentes modos. En esa virtud son posibles los conflictos de normas jurídicas. Dos normas jurídicas entran en conflicto si la aplicación de la una es incompatible con la aplicación de la otra, esto es, si la aplicación de la una no es posible sin la violación de la otra. Pero existe un principio jurídico por medio del cual estos conflictos se solucionan. Es el principio de la *derogación*.

La derogación significa la anulación de una norma jurídica por otra norma jurídica. Así como el Derecho regula su propia creación (es función de la Constitución de un Estado determinar las condiciones bajo las que las normas jurídicas adquieren vigencia al autorizar a órganos legislativos, judiciales y administrativos a crear normas e instituir a la costumbre como un hecho generador de la ley), el Derecho también regu-

la su propia destrucción: una norma jurídica puede anular la validez, y esto significa la existencia, de otra norma jurídica.

En primer término, hay que subrayarlo, genuinamente no existe un conflicto entre dos normas jurídicas, una de las cuales prohíba una cierta conducta en tanto que la otra ordena esa conducta. Esto en virtud de que, según ya se dijo, la ley prohíbe una cierta conducta al adjudicar una sanción a esta conducta, y ordena una determinada conducta, al atribuir a la conducta contraria una sanción. Es verdad que las dos normas jurídicas imponen sobre el mismo individuo dos obligaciones jurídicas incompatibles entre sí. Sin embargo, si es aceptada la definición del Derecho como un orden coercitivo y si, consecuentemente, el estar jurídicamente obligado a comportarse en determinada forma no significa otra cosa que, en el caso de comportamiento contrario, deberá aplicarse una sanción y que la obligación jurídica para conducirse en determinada forma es la norma que atribuye una sanción a la conducta contraria, habremos de reconocer que no existe en este caso conflicto de normas jurídicas. Lo anterior debido a que la norma que dispone que bajo el supuesto de una cierta conducta deberá aplicarse una sanción, no entra en conflicto con la norma que estatuye que bajo el supuesto de una conducta opuesta, también deberá aplicarse una sanción. Las dos normas son compatibles entre sí en tanto que ambas pueden ser aplicadas. Pero existe una discrepancia teleológica entre ellas, en virtud de que el propósito de la una es evitar un determinado comportamiento y el propósito de la otra es el evitar el comportamiento contrario. Esto constituye una situación altamente indeseable, por lo que la ley, generalmente, establece un procedimiento por medio del cual, una o la otra de las dos normas puede ser anulada. Pero si no se estableciera di-

cho procedimiento, lo que no es muy probable, ambas normas podrían ser consideradas como válidas, ambas podrían aplicarse, sin que la aplicación de la una constituye la violación de la otra.

a) *Conflictos de normas de la misma jerarquía o nivel*

Existe un verdadero conflicto de dos normas jurídicas, si una estatuye que, bajo condiciones determinadas, deberá aplicarse un determinado acto coercitivo, y la otra establece que, bajo estas mismas condiciones, este acto coercitivo no deberá aplicarse. Este conflicto de normas puede presentarse en la relación con dos normas de la misma jerarquía, o según parece, entre dos normas de superior e inferior jerarquías. Si dos normas de la misma jerarquía, en conflicto, son promulgadas en diferente tiempo, se aplica el principio *lex posterior derogat priori*, lo que expresa o tácitamente es aceptado por la autoridad legal. Esto significa que la norma promulgada más recientemente anula a la norma promulgada con mayor antigüedad. Pero puede ser que la norma con mayor antigüedad de vigencia anule a la más reciente, conforme al principio *lex prior derogat posteriori*. Si, por ejemplo, un orden jurídico contiene normas que, aun cuando en realidad fueron creadas por la costumbre, se suponen expedidas por los dioses y entran en conflicto con normas expedidas por el hombre, estas últimas se suponen nulas e inválidas. Es, sin embargo, posible que dos normas en conflicto de la misma jerarquía sean promulgadas al mismo tiempo. Un código puede, por ejemplo, contener una norma en el sentido de que bajo determinadas circunstancias una sanción deba aplicarse a un determinado individuo, pero también una norma que estipule que bajo estas mismas circunstancias no deba aplicarse una

sanción. Este conflicto puede resolverse mediante una interpretación en el sentido de que el órgano encargado de aplicación de la ley puede escoger entre las dos normas, es decir, que la ley autoriza al órgano a aplicar en un caso concreto la una o la otra, no la una y la otra. Si esta interpretación no es posible, las dos normas se derogan entre sí. El acto del legislador expidiendo dos normas en conflicto para que sean válidas al mismo tiempo no tiene sentido alguno. En consecuencia, no existe un acto cuyo significado subjetivo pueda ser interpretado como su significado objetivo. El objeto a que se refieren las dos normas en conflicto debe estimarse como no regulado positivamente por el Derecho.

Ya que la sanción sólo se puede aplicar si se encuentra positivamente autorizada por la ley, el efecto de esta interpretación es igual al de la anulación de una norma autorizando una sanción, por una norma posterior que suprima o retire esa autorización. Así, la derogación mutua de dos normas en conflicto no crea una laguna del Derecho, en el sentido común del término, es decir, una situación en la que la ley no puede ser aplicada por el juez a un caso concreto en virtud de no existir una norma jurídica que se refiera a ese caso. En este sentido no existen lagunas del Derecho; la ley siempre puede ser aplicada por el juez. El asunto planteado en el caso de la ley civil o penal es siempre el de que si una persona contra la que se dirige un procedimiento jurídico ha violado una obligación estatuida por el Derecho Civil, según pretensión del actor, o se ha violado una obligación establecida por el Derecho Penal, según manifestó el Ministerio Público. La obligación para comportarse en determinada forma se encuentra establecida por la ley, al adjudicar a la conducta contraria un acto coercitivo como sanción. Por lo que se refiere a

la aplicación o ejecución de la ley, sólo existen dos posibilidades: o existe una norma jurídica que impone al demandado o acusado la obligación cuya violación ha sido reclamada por el actor o el Ministerio Público, o no existe esa norma. En el primer caso, el juez al aplicar la ley tiene que manifestar si el actor probó o no su acción, según si el demandado ha o no violado la obligación cuyo cumplimiento exige el actor; y el juez tiene que condenar o no al acusado, según si ha violado o no la obligación reclamada por el Ministerio Público. En el segundo caso, cuando no existe una norma jurídica que establezca la obligación de referencia, el juez, al aplicar la ley, debe declarar no probadas las acciones deducidas o absolver a la persona acusada. Esto conforme al principio jurídico: lo que no está legalmente prohibido, está legalmente permitido o, según se formula comúnmente: nadie puede ser obligado a realizar u omitir un determinado comportamiento si la ley no le impone la obligación de conducirse en esa forma. La ley le impone esa obligación únicamente cuando atribuye una sanción a la conducta contraria. Si no hay una norma jurídica que vincule a una determinada acción de un individuo o a la omisión de esa acción una sanción, el individuo es jurídicamente libre de realizar u omitir la acción; y el juez que, después de asegurar que no existe una norma jurídica que imponga al individuo de referencia la obligación de comportarse según solicitud del actor o el Ministerio Público, resuelva que el demandante no probó su acción o absuelva al condenado, está aplicando el Derecho. Pero su resolución y, consecuentemente, la ausencia de una norma jurídica que fije la obligación de referencia, pueden ser consideradas, desde un punto de vista o el otro, como insatisfactorias y el juez puede estar entonces autorizado por la ley para crear, como una

especie de legislador, con relación al caso sujeto a su atención, la norma cuya ausencia no satisface, dando lugar así a que acepte las acciones propuestas por el actor o a condenar al acusado. Pero al proceder así, lo que hace el juez no es propiamente llenar una laguna de la ley, por considerar que –sin su función legislativa– la ley no podría ser aplicada. Lo que hace es simplemente cambiar la ley aplicable, tan sólo en vista al caso de que se trate. Lo que se llama “una laguna” de la ley es, en verdad, la diferencia entre la ley realmente válida y una ley que se estima más satisfactoria. Pero tal diferencia puede existir –y realmente existe– no sólo en el caso de la ausencia de una norma que establece una determinada obligación, sino también en el caso de una norma existente que establece una cierta obligación pero que se estima no aplicable al caso. En esta hipótesis, no se supone que exista una “laguna”, aun cuando un caso no es esencialmente diferente del otro.

*b) Conflictos de normas de diferentes jerarquías o niveles*

Los conflictos pueden existir no solamente entre normas de la misma jerarquía, sino también pueden presentarse, o se supone la posibilidad de que existan, entre normas de diferente jerarquía, es decir entre una norma que determine la creación y, hasta cierto grado, el contenido de otra norma, y la otra, la norma inferior, que debe ser creada de conformidad con la primera, la norma superior. Una sentencia judicial puede entrar en conflicto con el código o ley que debe aplicarse en esa sentencia, y un código o una ley pueden contrariar o entrar en conflicto con la Constitución. Así, es común hablar de una resolución judicial antijurídica o de una ley o

código anticonstitucionales. Sin embargo, la Ciencia del Derecho al describir la ley, debe tomar en consideración que las llamadas resoluciones judiciales antijurídicas y las llamadas leyes o códigos anticonstitucionales son, de acuerdo con el Derecho, válidos siempre y cuando no hayan sido anulados por el acto de un órgano competente para resolver sobre su antijuridicidad o inconstitucionalidad de acuerdo con un procedimiento jurídico establecido por la ley. Si la resolución judicial y la ley o código son válidos de conformidad con la ley que les sirvió de fundamento, no pueden ser considerados como contrarios a la ley, deben ser estimados como autorizados por ella. Siempre y cuando sean válidos, no existe conflicto entre la resolución judicial y la ley o código, y entre la ley o código y la Constitución. Lo que se llama una resolución judicial “antijurídica” y entre la ley o código y la Constitución. Lo que se llama una resolución judicial “antijurídica” y una ley o código “anticonstitucionales” son una resolución judicial jurídica y una ley o código constitucionales, pero que pueden ser anulados por medio de un procedimiento especial. Por ejemplo: Una ley o un código contienen una disposición en el sentido de que si un hombre ejecuta algo que, en sí, constituye un delito punible, pero que si lo ejecuta o realiza en un estado mental excluyente de responsabilidad jurídica, no deberá imponérsele ningún castigo. A pesar de esta disposición, un tribunal condena a la pena de muerte a un hombre por haber cometido el delito de homicidio, esto es, expide una norma individual para el efecto de que el hombre sea colgado, aun cuando ha sido declarado un alienado o enfermo mental por un perito competente. Conforme a la ley bajo la que actuó el tribunal, su resolución es nula e inválida *ab initio*. Sólo puede ser anulada o revocada como consecuencia

de una apelación presentada ante otro tribunal por el acusado o su defensor. Si, por alguna razón, no se presenta esa apelación ante otro tribunal, la resolución del primer tribunal adquiere –de acuerdo con la ley– fuerza legal o categoría de cosa juzgada, es decir, se mantiene en vigor y es, en consecuencia, jurídica. Otro ejemplo: Una Constitución contiene una norma que establece el libre culto de todas las religiones, lo que significa, entre otras cosas, que ninguna persona debe ser castigada por el ejercicio del culto de una religión. Ahora bien, un código o ley prohíben el culto de una religión particular al establecer un castigo en el caso de ejercicio de ese culto. La Constitución puede autorizar a los tribunales a rehusarse a aplicar una ley o código que considere anticonstitucionales. Si un tribunal así lo hiciere en un caso concreto, suspendería la validez de la ley o código para este caso. Pero en tanto la ley o código no sean declarados anticonstitucionales por este tribunal, serán válidos para este caso. Pueden no ser considerados por otros tribunales como anticonstitucionales y, consecuentemente, pueden ser aplicados. Aun cuando la Constitución establezca un procedimiento especial por el que una ley o código, en virtud de su llamada anticonstitucionalidad, puedan ser anulados por un tribunal especial para todos los casos futuros, la ley o código son, de acuerdo con la Constitución, válidos hasta en tanto no sean anulados a través de ese procedimiento y deben considerarse como constitucionales, porque la razón de su validez es, y sólo puede ser, la Constitución. Lo que se llama un código o ley anticonstitucional o una resolución judicial antijurídica, es la posibilidad de que puedan ser anulados por medio de un procedimiento especial. En consecuencia, no existen verdaderos conflictos, ni entre normas jurídicas de

diferente jerarquía, ni entre normas jurídicas de la misma jerarquía. La Ciencia Jurídica puede abarcar o comprender la multitud de normas que forman un orden jurídico como una unidad epistemológica, puede describir este orden jurídico por enunciados que no se contradigan entre sí.

Lo anterior se aplica no sólo a un único Derecho nacional sino también, como veremos más adelante, al orden jurídico en su totalidad, el que comprende a todos los Derechos nacionales y al internacional. Así como la ciencia de la naturaleza concibe a la multitud de hechos como un todo con sentido, como un orden cósmico, así la Ciencia del Derecho concibe su objeto como un sistema que comprende o abarca todas las normas jurídicas válidas en un orden jurídico universal.

## VALIDEZ Y EFICACIA DEL DERECHO

### *a) Norma y hecho: norma, la significación de un hecho*

Aun cuando el Derecho es norma y no un hecho, no obstante existe una relación esencial entre norma y hecho. En primer lugar, la norma es el significado de un hecho, del hecho por medio del cual la norma se crea. El hecho por el que se establece una norma o, como decimos metafóricamente, por el que se crea una norma es el acto de un individuo o una serie de actos intencionalmente dirigidos a la conducta de otro. Si es una costumbre o un acto legislativo, el resultado es una norma general. Si es un acto judicial o administrativo, el resultado es una norma individual. El acto de crear la norma es un hecho que existe en el tiempo y en el espacio y puede ser percibido por nuestros sentidos. Este hecho puede ser descrito por un enunciado de *ser*. Pero este hecho es diferente de su resultado, es decir, de la norma, que es el objeto de la ciencia jurídica y que no puede ser descrito por un enunciado de *ser*, sino únicamente por un enunciado de *deber ser*. Es

cierto que la Ciencia Jurídica también se refiere al procedimiento por el cual se crean las normas jurídicas, pero sólo en cuanto este procedimiento está señalado o autorizado por normas jurídicas. Sólo estas normas que establecen o autorizan actos para la creación de normas son el objeto de la Ciencia Jurídica. La Ciencia Jurídica tiene que ver con el procedimiento legislativo sólo en tanto que este proceso se encuentra determinado o establecido en la Constitución y con el proceso judicial o administrativo sólo en razón de que este proceso se halle establecido en leyes o en reglas de Derecho consuetudinario. La Constitución, las leyes o códigos, el Derecho consuetudinario, son normas, y sólo en tanto que tales, el objeto de la Ciencia Jurídica.

*b) La eficacia como una condición de validez*

No constituye la única relación entre la norma y el hecho el que una norma jurídica a fin de que exista, es decir, para que sea válida, deba ser creada por un acto que es un hecho existente en el tiempo y en el espacio. Una norma puede o no puede ser obedecida y aplicada por una determinada conducta humana que efectivamente tiene lugar en el tiempo y en el espacio. Un orden jurídico como un todo, y las normas jurídicas particulares que constituyen este orden jurídico, se consideran válidas si son, en todos los ámbitos, obedecidas y aplicadas, o sea, si tienen eficacia. Pero su *validez* no debe confundirse con su *eficacia*. La validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que la ley es, en verdad, obedecida y aplicada. La eficacia es solamente una condición de la validez, no es igual a ella. Una norma jurídica puede ser válida antes de que se convierta en

efectiva. Si un tribunal aplica una ley, por la primera vez, inmediatamente después que ha sido adoptada por el órgano legislativo, consecuentemente antes que pudiera convertirse en efectiva, el tribunal aplica una ley válida. El tribunal sólo puede aplicar una ley si es válida; y es válida porque ha sido creada de conformidad con la Constitución. Pero la ley pierde su validez, si no ha cobrado efectividad o ha dejado de ser efectiva. Al hecho de que una norma jurídica advenga efectiva, debe añadirse el hecho de que es creada por un acto, a fin de que la norma jurídica se mantenga válida. Pero así como el acto, por el que se crea la norma, no es idéntico o igual a la norma —que es el significado o resultado de este acto— la eficacia de una norma jurídica no es idéntica a su validez.

## DERECHO Y ESTADO

### *a) El Estado como una comunidad u orden normativo*

Conforme a la teoría jurídica tradicional la eficacia de la ley, en lo que concierne al Derecho nacional, se desprende de su relación con el *Estado*. De acuerdo con este punto de vista el Derecho es eficaz o efectivo porque el Estado con su poder impone al Derecho. El Estado, como una comunidad determinada de hombres, y el Derecho, como un determinado orden normativo, son concebidos como dos cosas diferentes. El Estado existe independientemente del Derecho, y el Derecho puede existir sin el Estado, como el Derecho de una sociedad primitiva que no tiene el carácter de Estado. El *dualismo del Estado y del Derecho* juega un papel decisivo en la teoría tradicional del Derecho y del Estado. La Teoría Pura del Derecho, sin embargo, ha mostrado que este dualismo no tiene fundamento. Si por el término “Estado” se entiende una comunidad de hombres, debe admitirse que esta comunidad está constituida por un orden normativo que regula la conducta mutua de los hombres que, como se suele decir,

“pertenecen” o “forman” esta comunidad. Lo anterior en virtud de que pertenecen a esta comunidad sólo en tanto que están sujetos a un orden normativo, mientras su conducta está regulada por este orden. Que los hombres pertenezcan a una comunidad significa que estos hombres tienen algo en común que los une. Pero lo que tienen de común los hombres que pertenecen a la comunidad llamada Estado, no es otra cosa que el orden normativo que regula su conducta mutua. Pueden hablar diferentes lenguas, tener distintas religiones, pertenecer a varias razas, estar divididos en diferentes grupos con intereses distintos y antagónicos, especialmente dentro del moderno Estado-clase. Se ha sostenido que el hecho que unifica a los hombres que pertenecen a uno y al mismo Estado es una cierta interacción que consiste en que un individuo influye en otro y es, a su vez, influido por éste. Resulta obvio que todos los seres humanos, más aún, todos los fenómenos, guardan interacción. El puro concepto llano de la interacción, entonces, no puede emplearse para interpretar la unidad característica de cualquier fenómeno natural particular. A fin de aplicar la teoría de la interacción al Estado, debemos suponer que la interacción o reciprocidad toleran grados, y que la interacción entre individuos pertenecientes al mismo Estado es más intensa que la interacción entre individuos pertenecientes a diferentes Estados. Sin embargo, semejante hipótesis no tiene fundamento. Sea que pensemos en una relación económica, política o cultural cuando hablamos de interacción, no puede dudarse seriamente que gente perteneciente a diferentes Estados frecuentemente tienen más intenso contacto con los ciudadanos del mismo Estado. Si no tomamos en consideración el orden normativo que regula la conducta mutua de los individuos pertenecientes al Estado, no podemos concebir a esta multitud como una unidad. Esta

unidad, gráficamente expresada en el enunciado de que estos individuos pertenecen a una comunidad, se establece única y exclusivamente por este orden normativo; esta comunidad *es* el orden normativo. Hablar de una comunidad constituida por un orden normativo como si existiera un orden normativo y en adición una comunidad, significa hablar de dos cosas donde sólo existe una y conduce a la indebida falacia de doblar el objeto de conocimiento. El Estado, como una comunidad, *es* un orden normativo.

Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico, aquel orden comúnmente llamado el Derecho del Estado, el Derecho nacional. Ningún otro orden normativo entra en consideración si el orden que se presenta constituye, como se dice comúnmente, el Estado-comunidad. Que se trata de este orden coercitivo, el orden jurídico se manifiesta en el hecho de que el Estado es caracterizado como una comunidad "política". El elemento "político" de esta comunidad sólo es de carácter coercitivo de este orden normativo. Que el Estado "impone" el Derecho sólo significa que el llamado Derecho del Estado es un orden coercitivo, esto es, un orden normativo provisto de actos coercitivos, es decir, actos que deben ejecutarse aun en contra de la voluntad de los individuos a quienes van dirigidos, empleando la fuerza física si fuere necesario. También quiere decir que los individuos que ejercen esta fuerza son órganos del Estado.

*b) El Estado como persona*

Que a un individuo se le considere como órgano de una comunidad significa que interpretamos ciertos actos realizados por este individuo como actos de la comunidad, que la

comunidad actúa a través de este individuo, que concebimos a la comunidad como una persona actuante, una llamada *persona jurídica*. Esto es una ficción, en tanto que sólo los seres humanos individuales pueden actuar. Lo que se expresa por esta ficción es que *atribuimos* ciertos actos realizados por determinados individuos a la comunidad y así personificamos a la comunidad. Surge entonces la cuestión relativa a fijar bajo qué condiciones tiene lugar semejante atribución de ciertos actos a determinados individuos. Atribuimos un acto realizado por un individuo a la comunidad si este acto está determinado de manera específica por el orden normativo que constituye a la comunidad y que autoriza a este individuo, y sólo a él, a realizar el acto. Al atribuir este acto a la comunidad, referimos o relacionamos este acto al orden normativo que determina este acto. Al decir que este acto se realiza por un órgano de la comunidad, que la comunidad actúa a través de este individuo como su órgano, metafóricamente expresamos que el acto realizado por este individuo está determinado por un orden normativo que personificamos en el concepto de una comunidad como una persona actuante.

Estas condiciones son aplicables también a la noción del Estado como una persona actuante y a la noción de un acto del Estado. Determinados actos realizados por determinados individuos, son interpretados como actos del Estado porque son atribuidos al Estado; y son atribuidos al Estado porque están considerados o comprendidos en el llamado Derecho del Estado, el orden jurídico nacional, que autoriza a estos individuos, y sólo a estos individuos, a realizar estos actos. Al atribuir estos actos al Estado los estamos refiriendo o relacionando al orden jurídico nacional. El Estado, como una persona actuante, no es otra cosa que la personificación del or-

den jurídico nacional. En tanto que estos actos son el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos establecidos por el orden jurídico nacional, estas obligaciones y derechos, también son atribuidos al Estado como persona. Así, el Estado es concebido no sólo como una persona actuante, sino también como un objeto de derechos y obligaciones. Pero las obligaciones jurídicas pueden ser cumplidas, y los derechos jurídicos ejercitados, sólo por un ser humano individual y, consecuentemente, sólo pueden ser las obligaciones y derechos de seres humanos individuales. Su atribución o referencia al Estado, así como la noción del Estado como una persona actuante y sujeto de obligaciones y derechos, es una ficción. Estas ficciones pueden ser útiles para la descripción del Derecho, siempre y cuando se tenga conciencia de su verdadero significado, que la personificación invita en el proceso mental de atribución no sea hipostasiada (\*), y que el Estado como persona actuante y sujeto de obligaciones y derechos, se tome como una noción auxiliar o complementaria de pensamiento jurídico y no como una realidad social.

c) *El Estado como un orden jurídico centralizado*

Es, según ya lo apuntamos, una peculiaridad del Derecho el que regule su propia creación; pero también el Derecho regula su propia aplicación. El llamado Derecho del Es-

---

(\*) Que se le atribuya una existencia real. (N. del T.)

tado, el Derecho nacional, en contraste con el Derecho primitivo pre-estatal y del Derecho internacional, instituye o establece órganos especiales para su creación y aplicación: cuerpos legislativo, judicial y administrativo. No todos los individuos, sólo los autorizados por el Derecho, son competentes para realizar estas funciones. Son órganos que funcionan de conformidad con el principio de la división del trabajo. Esto significa que estas funciones son, más o menos, centralizadas. *El Derecho nacional*, o el Estado como un orden social, es relativamente un *orden jurídico centralizado*. Se caracteriza también por el hecho de que su ámbito territorial de validez se limita a un espacio determinado, el llamado territorio del Estado, y su ámbito personal de validez, a las personas que viven dentro de este espacio, y sólo a los ciudadanos, en el sentido específico del término, si se encuentran viviendo fuera de este territorio. El tercer elemento del Estado que la teoría tradicional considera en adición al territorio y al pueblo del Estado, el poder o fuerza del Estado, es la eficacia o efectividad del orden jurídico que esa misma teoría, doblando o repitiendo su objeto de conocimiento llama el Derecho del Estado. Esta es la forma en que la Teoría Pura del Derecho disuelve el dualismo entre Derecho y Estado.

## DERECHO Y MORAL. DERECHO Y JUSTICIA

La doctrina que define al Derecho como un hecho se basa en la errónea identificación de la norma con el acto cuyo significado es la norma, y de la validez de la norma con su eficacia. Evitando esta errónea identidad o identificación, la Teoría Pura del Derecho separa o distingue a las normas descriptivas de la Ciencia Jurídica en enunciados de *deber ser*, de las de la ciencia natural que describen los hechos por medio de enunciados de *ser*. Esta es la primera razón por la cual se le denomina una teoría “pura” del Derecho. La segunda razón es por que distingue a la Ciencia del Derecho de la Ética, que es la ciencia que describe normas, al igual que la Ciencia Jurídica, pero normas diferentes a las normas jurídicas, puesto que se refiere a las *normas morales*. La diferencia entre normas jurídicas y morales consiste, como ya lo apuntamos, en que las primeras ordenan o establecen un cierto comportamiento al atribuir o imputar a la conducta contraria un acto coercitivo como sanción, en tanto que las normas morales

estatuyen un determinado comportamiento (y algunas de ellas el mismo que el señalado por la normas jurídicas), sin atribuir o imputar al comportamiento contrario una sanción como acto coercitivo. El orden moral es un orden normativo pero, a diferencia del Derecho, no es un orden coercitivo.

En tanto que las normas morales son creadas por actos de seres humanos, por el fundador de una religión, como Moisés o Mahoma, o por la costumbre, existen muchos diferentes órdenes morales, válidos en diferentes tiempos dentro de distintas sociedades. Entonces el valor moral sólo tiene un carácter relativo. Un determinado orden jurídico puede o no corresponder a un determinado orden moral, pero la validez del orden jurídico no depende de su correspondencia a un orden moral. Puede, desde el punto de vista de un determinado orden jurídico, ser considerado como moralmente bueno o malo. Que un orden jurídico sea moralmente bueno, significa que es justo; que un orden jurídico sea moralmente malo, significa que es injusto. En realidad, cada orden jurídico corresponde o se adapta más o menos, a un determinado orden moral que rige dentro de un grupo dirigente cuyos intereses determinan el proceso de creación del Derecho y, consecuentemente, se considera desde el punto de vista de este orden moral, como justo. Pero al mismo tiempo puede ser, más o menos, contrario a un orden moral prevaleciente en otros grupos, pertenecientes a la misma sociedad para la que es válido el orden jurídico. En consecuencia, el Derecho debe distinguirse de la justicia. Un enunciado que describa al Derecho no debe implicar ningún juicio acerca del valor moral de la ley, es decir, sobre su justicia o injusticia, lo que por supuesto no excluye el postulado de que el Derecho deba ser justo. Sin embargo, en virtud de que no sólo existe una justi-

cia, sino diferentes e inclusive contradictorios ideales de justicia, el postulado no debe plantearse sin especificar a cuál de estas muchas justicias se refiere.

## POSITIVISMO JURÍDICO Y DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL

### a) *La Teoría Pura del Derecho, una teoría del positivismo jurídico*

La Teoría Pura del Derecho es una teoría de Derecho positivo. El Derecho positivo es un orden coercitivo cuyas normas son creadas por actos de voluntad de los seres humanos, es decir, por órganos legislativos, judiciales y administrativos o por la costumbre constituida por actos de seres humanos. Ya que las normas del Derecho positivo son creadas por actos de voluntad de seres humanos, pueden modificarse arbitrariamente, y efectivamente son diferentes en distintos tiempos y entre pueblos diferentes. Una teoría que limite su objeto a estas normas corresponde al principio del *positivismo jurídico*. La Teoría Pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico. No toma en consideración normas emanadas de otra fuente que no sean autoridades humanas, excluyendo a las sobrehumanas. Así excluye del

ámbito de la Ciencia Jurídica cualquier ley divina, esto es, ley que se supone creada por Dios o por una entidad divina. Consecuentemente, también excluye la llamada *ley natural*, ley que, conforme a la doctrina del Derecho natural, es inmanente en la naturaleza.

b) *La razón para la validez del Derecho de acuerdo con la doctrina del Derecho natural*

La doctrina del *Derecho natural* difiere o se distingue del *positivismo jurídico* al contestar la pregunta acerca de la razón de la validez del Derecho. A esta interrogante, es decir, a la interrogante sobre si y por qué es válida la ley positiva, por qué debe ser obedecida y si no es obedecida, debe aplicarse, contesta la doctrina del Derecho natural: un determinado Derecho positivo, no todo Derecho positivo es válido, porque el contenido de sus normas corresponde al contenido de las normas de un orden superior, de un orden diferente y por encima del Derecho positivo, un orden inmanente en la naturaleza del hombre. Estas normas pueden descubrirse por un análisis cuidadoso de la naturaleza, en otras palabras, las normas de Derecho natural deben ser deducidas de la naturaleza y, por no ser obra humana son inmutables, válidas siempre y en todos lados y no, como las leyes positivas creadas por los hombres, sólo ahora y aquí. Este orden normativo inmanente en la naturaleza, es un orden justo de la conducta humana; el Derecho natural es justicia absoluta. En virtud de que, conforme a esta doctrina, el Derecho positivo es válido sólo si responde o corresponde al Derecho natural y sólo en tanto que le responda o corresponda, es decir, en tanto que sea justo; y no es válido y eso significa que no sea obedecido y aplicado si no corresponde o se compagina con Derecho

natural, si es injusto; la razón para la validez del Derecho positivo no debe encontrarse en sí mismo si no en el Derecho natural. En esta forma, la doctrina del Derecho natural se considera a sí misma capaz de proporcionar un criterio absoluto de la justicia o injusticia y, consecuentemente, de la validez o invalidez del Derecho positivo.

El positivismo jurídico rehusa contestar la pregunta sobre la razón para la validez del Derecho positivo refiriéndose a otro orden normativo, diferente de y superior al Derecho positivo. Reconoce un solo Derecho, el Derecho positivo. Tiene un carácter monístico, en oposición a la doctrina dualística del Derecho natural. ¿Por qué no acepta el positivismo jurídico la solución propuesta por la doctrina del Derecho natural acerca de la razón para la validez del Derecho?

c) *Derecho natural como un Derecho inmanente en la naturaleza*

La doctrina del Derecho natural afirma que logra su Derecho justo inmanente en la naturaleza, al deducirlo o inferirlos de ella, así como los hombres obtienen oro de la tierra. Sin embargo, la naturaleza, desde el punto de vista de la ciencia, es un conjunto de hechos relacionados entre sí por la ley de la causalidad, e inferir o deducir normas de hechos es lógicamente imposible. Un enunciado sobre la naturaleza es un enunciado sobre hechos, un enunciado acerca de que algo *es*. El enunciado de una norma, es un enunciado acerca de que algo *debe ser*. Del enunciado de que algo *es* no se sigue que algo *deba ser*, así como del enunciado de que algo *deba ser* no puede ni debe concluirse que algo *es*. En la naturaleza observamos que el pez grande se come al pez chico, pero de este hecho no se concluye

que el pez grande *deba* comerse el pez chico, ni de que el pez grande *no deba* comerse al pez chico.

Si, como lo asevera la doctrina del Derecho natural, hay normas que regulan la conducta humana que pueden encontrarse en la naturaleza, sólo podrían ser normas creadas por la naturaleza como legisladora. Esto significa adscribir una voluntad a la naturaleza. Lo anterior constituye una superstición animística igual a la creencia que tenía la gente primitiva de que la naturaleza estaba animada, que todas las cosas tenían alma. Así debe interpretarse, a menos de que la voluntad creadora de la norma, que se supone está en la naturaleza, es la absoluta buena voluntad de Dios, manifiesta en la naturaleza creada por Él. Esta creencia religiosa se encuentra, en verdad, en la raíz de la doctrina del Derecho natural, según se manifiesta ya en la antigüedad, especialmente por la filosofía Estoica y, más adelante, por la teología Cristiana. Sólo porque es, en última instancia, de origen divino, el Derecho natural puede pretender ser, en contraste con el Derecho positivo, inmutable, válido siempre y doquier y, como tal, un criterio absoluto de la justicia o injusticia de todos los derechos positivos.

Es verdad que se han hecho intentos por los exponentes de la doctrina del Derecho natural a fin de emancipar esta doctrina de su base religiosa. Bien conocida es la afirmación de Hugo Grocio, uno de los representantes clásicos de la doctrina del Derecho natural: "*Est autem jus naturale adeo inmutable, ut ne quidem a Deo mutari potest*" ("El Derecho natural es tan inmutable que ni Dios puede cambiarlo"). Pero si la autoridad de la que se supone emana el Derecho natural, no tiene un carácter sobrehumano, divino, este Derecho no

puede servir como un modelo absoluto en relación con el cual la justicia o injusticia de todo Derecho positivo pueda juzgarse. Se priva a semejante Derecho natural de su principal función. Además, si la voluntad creadora de la norma no es la voluntad de Dios en la naturaleza, no existe contestación a la pregunta de cómo esta voluntad creadora de la norma entra en la naturaleza. Si la doctrina del Derecho natural rehusa derivar el Derecho natural, en última instancia, de la voluntad de Dios o de una autoridad divina semejante dentro de la naturaleza, las normas de justicia que pretende encontrar dentro de la naturaleza sólo pueden ser normas que los representantes de esta doctrina, por una razón o la otra, presuponen en sus propias mentes y que proyectan a la naturaleza a fin de inferirlas o deducirlas de ella. Esta inferencia constituye una auto-decepción.

Que la naturaleza no es una verdadera fuente del llamado Derecho natural se confirma por el hecho de que los diferentes representantes de esta doctrina han deducido muy diferentes y contradictorias leyes naturales. Algunos de ellos, por ejemplo, Robert Filmer, enseñan que la autocracia es la forma natural, es decir, justa de gobierno. En tanto que otros, como John Locke, la reconocen en la democracia. Otros, *verbi gratia*, Richard Cumberland, afirman que sólo la propiedad individual está acorde con la naturaleza, ya que la propiedad colectiva es contraria a ella; en tanto que, todavía otros más, como por ejemplo, Morelly, sostienen que es precisamente a la inversa, que la propiedad individual, fuente de todos los males sociales, constituye una violación a la ley de la naturaleza, y que sólo la propiedad colectiva, o sea, el comunismo, es el orden justo y natural de la sociedad.

*d) La naturaleza del hombre como fuente de Derecho natural*

Cuán imposible es la idea de un derecho inmanente en la naturaleza, se hace especialmente obvio en el intento de inferir el Derecho natural de la naturaleza del hombre. De esta naturaleza se ha deducido una ley que ordena a los hombres vivir en paz con otros hombres, de abstenerse del empleo de la fuerza en sus relaciones mutuas. La naturaleza del hombre se manifiesta a sí misma en su comportamiento verdadero y seguramente hay hombres cuyo comportamiento está realmente determinado por su amor a la paz, hombres que quieren estar en buenos términos con sus semejantes, que desean ser queridos, estimados por ellos. Son hombres de un tipo altruista. Pero seguramente también hay hombres cuya conducta no se encuentra determinada por semejantes sentimientos, sino por impulsos de agresión, y estos impulsos afloran por las mismas leyes de causalidad como los impulsos opuestos. Son hombres de un tipo básicamente egoísta. La única razón para considerar algo como "natural" es que verdaderamente existe en la naturaleza, y eso significa que es efecto de una causa determinada. Si el amor a la paz es natural, el impulso de agresión no debe considerarse como no natural, porque aflora de conformidad con la misma ley de causalidad como el amor hacia la paz. De otra manera llegamos a la noción, en sí contradictoria, de una naturaleza "no natural". Uno de los más famosos representantes de la doctrina del Derecho natural, Tomás de Aquino, intentó fundamentar la prohibición del suicidio, sostenido por la Iglesia, en la naturaleza del hombre, en su instinto de conservación. Sin embargo, es un hecho innegable que este instinto no siempre predomina en todas las circunstancias, según lo demuestran las estadísticas del suicidio. Existen situaciones en las

que un hombre prefiere terminar su vida antes de continuarla bajo circunstancias que considera insoportables. El psicoanálisis moderno ha mostrado que en la mente de todo el mundo existe no sólo el deseo de vivir, sino también, en forma inconsciente, el deseo de morir, lo que resulta tan natural como su contrario.

La objeción común de que los actos egoístas, los impulsos de agresión, el suicidio, sólo constituyen excepciones, y que sólo debe comprenderse por comportamiento "natural", el comportamiento "normal", el comportamiento de la absoluta mayoría de los hombres, es una objeción que no soporta análisis. Lo anterior en virtud de que la conducta humana normal (en este sentido del término "normal") es muy diferente en distintos tiempos y en diferentes sociedades. En los tiempos primitivos, era muy normal y se consideraba justo el tratar a los extranjeros como no protegidos por la ley de la tierra a la que arribaban y, consecuentemente, el respetar sus vidas, libertades o propiedades. Era normal tomar justa venganza en todos los miembros de un grupo social por un delito cometido por uno solo de ellos, el sacrificar seres humanos a los dioses como cumplimiento de un deber religioso. En la Edad Media fue absolutamente normal creer en la existencia de brujas que mantenían relaciones con el diablo y el quemarlas en nombre de la ley y de la justicia. Y todavía en el siglo XIX, aun en países civilizados, era bastante normal tratar a los seres humanos como esclavos. Pero ahora todo este comportamiento es considerado como fundamentalmente erróneo y, desde el punto de vista de la doctrina del Derecho natural, se reputa como no natural por ser injusto. Aun si fuera posible, que en realidad no lo es, establecer reglas de conducta humana que fueran efectivas siempre, en todos la-

dos y sin excepción, como lo son las leyes de la causalidad, las leyes de la Física, la Química, la Biología, las verdaderas leyes de la naturaleza, resultaría sin fundamento el interpretar estas reglas como normas de conducta humana, como leyes conforme a las que los hombres debieran comportarse como en realidad se comportaban. Es que, aparte del hecho de que semejantes normas serían completamente superfluas, porque no tiene sentido el ordenar que los hombres deben comportarse como por su verdadera naturaleza, en realidad se comportan siempre en todos lados y sin excepción, es lógicamente imposible inferir una norma de un hecho, el argumentar que algo deba hacerse porque en realidad se hace.

e) *Conflictos entre Derecho natural y positivo*

De conformidad con una consistente teoría del Derecho natural, un Derecho positivo, es decir, un orden coercitivo establecido por actos de seres humanos en todos lados efectivo, debe ser considerado como nulo e inválido si no corresponde al Derecho natural. La mayor parte de los representantes de la doctrina del Derecho natural sostienen este principio, pero al mismo tiempo adelantan varios argumentos a fin de reducir a un *minimun* la posibilidad de un conflicto entre el Derecho natural y el positivo, e inclusive para excluir por completo semejante posibilidad, a fin de que la validez del Derecho positivo no se encuentre seriamente amenazada por la validez del Derecho natural. Para poner un solo ejemplo: si surge la pregunta sobre si una determinada norma de Derecho positivo está o no de acuerdo con el Derecho natural y, consecuentemente, si debe o no considerarse como válida, esta pregunta no puede, de conformidad con el Derecho

natural, ser contestada por todos. Lo anterior en virtud de que si todo el mundo tuviera esta autoridad, todo el mundo podría rehusarse a obedecer la ley positiva lo que conduciría a la anarquía. Consecuentemente, la cuestión sólo puede ser resuelta, de conformidad con el Derecho natural, por el creador de la ley positiva. Cuando el creador del Derecho expide una ley, siempre pretende que esta ley es justa, y nunca admite que sea injusta. Y si él es la autoridad que pueda resolver esta cuestión, la ley positiva siempre deberá ser considerada válida por aquéllos cuyo comportamiento regula. Históricamente, la doctrina del Derecho natural tuvo, en lo principal, un carácter esencialmente conservador. Su tendencia política era el fortalecer más que el debilitar la autoridad del Derecho positivo. Sólo excepcionalmente tuvo un efecto reformador o inclusive revolucionario; y si una doctrina revolucionaria surgió, como acaeció al final del siglo XVIII en Francia y en América, inmediatamente una doctrina conservadora del Derecho natural vino al auxilio del orden establecido. De todas formas, la doctrina del Derecho natural ofrece la posibilidad de justificar, en un sentido no sólo relativo sino absoluto, cualquier Derecho positivo. Es precisamente esta posibilidad la que hace tan atractiva a la doctrina del Derecho natural, especialmente en un momento cuando, como acaece en nuestro tiempo, un orden social establecido ha sido seriamente amenazado por dos guerras mundiales y la Revolución Rusa. Pero la necesidad política para la absoluta justificación de un Derecho positivo o, según se formula comúnmente, la necesidad de un modelo absoluto con referencia al cual deba valuar o juzgarse todo Derecho positivo, sólo puede ser satisfecha por una doctrina del Derecho natural, únicamente en el caso de que el Derecho natural por él estaa-

blecido pretenda ser un eterno, inmutable, orden de justicia. Esto resulta posible sólo si este orden se basa en una trascendente, superempírica autoridad, que nada más existe dentro de la especulación religioso-metafísica. En consecuencia, la reciente adelantada doctrina de un Derecho natural relativo y no absoluto, que no es el mismo siempre y por doquier, sino mutable y, consecuentemente, diferente según las circunstancias cambiantes, significa una autodestrucción de la idea original del Derecho natural.

## LA RAZÓN DE VALIDEZ DEL DERECHO POSITIVO DE ACUERDO CON EL POSITIVISMO JURÍDICO

### *a) La estructura jerárquica del orden jurídico*

Un conocimiento científico del Derecho positivo no puede encontrar la razón para la validez de este Derecho, como lo pretende una doctrina metafísico-teológica, en un orden de justicia establecido por voluntad de Dios (dentro o fuera de la naturaleza), ya que la creencia de una entidad trascendente más allá de cualquier posible experiencia es incompatible con el conocimiento científico en general y con un conocimiento científico del Derecho en particular. Semejante conocimiento científico del Derecho no puede negar la validez de un Derecho positivo, es decir, la validez de un orden coercitivo establecido por actos de seres humanos en todos los lados efectivo, por la razón de que este orden coercitivo no corresponde a un orden imaginario de justicia establecido por una autoridad trascendente. Una Ciencia del Derecho

debe considerar todo Derecho positivo como válido. Contesta a la pregunta sobre la razón de la validez de un orden jurídico positivo en relación con su estructura jerárquica, ascendiendo del nivel individual de una resolución judicial o de un acto administrativo a la Constitución. Consideraremos una resolución judicial ordenando a un determinado individuo, que es deudor, al pago de una cierta cantidad de dinero a otro individuo, su acreedor, por medio de la expedición de la norma individual: si el monto del dinero no es pagado, deberá trábarse embargo en la propiedad del deudor. También podemos considerar un acto administrativo por el que un funcionario encargado del cobro de impuestos ordene a un determinado individuo a pagar una cierta cantidad de dinero por ese concepto, al expedir la norma individual: si el individuo no paga el impuesto, deberá imponérsele alguna sanción. Puede surgir la pregunta de por qué los individuos a quienes esas órdenes van dirigidas están obligados a cumplirlas, por qué el significado o resultado del acto judicial o del administrativo es una norma obligatoria y la desobediencia un delito. La respuesta a esta pregunta en ninguna forma resulta obvia, ya que existen órdenes que no son interpretadas de esta manera, como por ejemplo, la orden de un asaltante que exige el pago de una cierta cantidad de dinero, adicionada con la amenaza de infilir al ordenado algún perjuicio o daño en caso de desobediencia. Aun cuando el significado subjetivo de esta orden del juez o del funcionario fiscal, no lo interpretamos como una norma obligatoria, ni suponemos que aquél a quien se dirigió el asaltante está obligado a obedecer la orden de éste, que su conducta resulta antijurídica si no cumple con la orden. La diferencia entre la orden del asaltante y las órdenes del juez o del funcionario fiscal, consiste

en que los dos últimos están autorizados por una ley expedida por un órgano legislativo, lo que no acaece con el primero. Por medio de esta autorización, el significado subjetivo del acto del juez o del funcionario fiscal de que debe imponerse una sanción contra el individuo que no paga su deuda o su impuesto, se convierte también en su significado objetivo y adquiere el carácter de una norma obligatoria, estableciendo el deber jurídico del uno a pagar su deuda y del otro liquidar su impuesto. Así, la ley que autorizó es la razón para la validez de esta norma. Sin embargo, considerada en sí misma, la ley es sólo el significado subjetivo de un acto de un individuo o de un grupo de individuos, ordenando que los hombres están obligados a comportarse en esta forma, es decir, su carácter de acto que crea normas generales, su carácter de acto legislativo, es la Constitución autorizando a un determinado individuo o grupo de individuos para expedir órdenes. Así, la Constitución es la razón para la validez de las leyes. Esta autorización dada al órgano legislativo por la Constitución es el significado subjetivo del acto por medio del cual la Constitución se establece.

*b) La norma fundamental*

Si preguntamos por qué el significado subjetivo de este acto también es su significado objetivo, es decir, si preguntamos por la razón de validez de esta Constitución, podemos arribar a una Constitución inicial y, finalmente, a una Constitución que históricamente sea la primera, sobre cuya base las constituciones subsecuentes fueron establecidas. Ahora bien, podemos preguntar por la razón de la validez de la Constitución históricamente considerada como la primera, pode-

mos indagar por qué el significado subjetivo del acto por el cual esta Constitución fue establecida es también su significado objetivo. Esta pregunta, desde el punto de vista del positivismo jurídico, no puede dirigirse a un orden normativo superior, establecido por una autoridad trascendente, superempírica. Desde este punto de vista debemos considerar a los forjadores de la Constitución primera como la máxima autoridad legal. El significado de nuestra pregunta acerca de la razón de la validez de esta Constitución históricamente la primera sólo puede ser: écuál es la condición bajo la que es posible interpretar el significado subjetivo del acto de los forjadores de la Constitución primera y de los actos realizados con apoyo en la Constitución como el significado objetivo de ellos, es decir, como normas objetivamente válidas? La respuesta es que semejante interpretación sólo es posible si *presuponemos* que los hombres deben comportarse según lo estableció la Constitución históricamente la primera. Esta *presuposición* es llamada la norma fundamental. Es la razón para la validez de la Constitución y, en consecuencia, de todas las normas creadas de conformidad con la Constitución, es la razón para la validez de un orden jurídico positivo. No es una norma creada por un acto de voluntad humana o sobrehumana, en tanto que no es una norma establecida por una autoridad superior, por una autoridad legal superior a los primeros constituyentes. Es una norma presupuesta en el pensamiento jurídico. Se trata, así, de encontrar la validez del Derecho positivo en un sentido hipotético y no, como lo pretenden el Derecho divino o natural de conformidad con la intención de una doctrina jurídica teológica o natural, en un sentido de categorías. En tanto que la doctrina del Derecho teológico o natural afirma que un determinado Derecho

positivo, no todo Derecho positivo, es válido, porque corresponde a un Derecho establecido por Dios (dentro o fuera de la naturaleza), una teoría positivista del Derecho sólo dice: un orden coercitivo creado por acto de seres humanos en todos los lados efectivo puede ser interpretado como un sistema de normas objetivamente válidas y, consecuentemente, las relaciones, establecidas por estas normas, entre los individuos que dictan órdenes y los individuos a quienes estas órdenes van dirigidas, pueden ser interpretadas como relaciones jurídicas, sólo si en esta interpretación se presupone la norma fundamental. Si no es presupuesta, lo que es posible, el orden coercitivo no puede ser interpretado de esta manera, sino únicamente como un conjunto de órdenes que constituyen el significado subjetivo de ciertos actos. Pero en tanto que este significado no puede ser considerado como su significado objetivo, las relaciones constituidas o establecidas por estas órdenes sólo pueden ser interpretadas como relaciones de poder, no como relaciones jurídicas, es decir, no como obligaciones, derechos, competencia y similares. Si la norma fundamental no se presupone, no puede notarse ninguna diferencia entre la orden de un asaltante y la orden de un juez o de un funcionario fiscal.

Es posible, pero no necesario, el presuponer esta norma básica. Si, de todas formas, la presuponemos, no podremos escoger entre diferentes normas fundamentales como podemos escoger entre diferentes sistemas de Derecho natural. Es la que la norma fundamental se refiere a un orden coercitivo establecido por determinados actos de seres humanos, efectivo en todos lados en un tiempo determinado y dentro de un espacio determinado.

La fundamentación de la validez del Derecho positivo por la norma fundamental según lo establece la Teoría Pura del Derecho, es distinta de la fundamentación del Derecho positivo por un Derecho divino o natural, no sólo tanto que la primera no tiene, como la segunda, que recurrir a una autoridad trascendente situada encima de la autoridad jurídica positiva, sino también en tanto que no sirve, como la fundamentación del Derecho divino o natural tiene que servir, como una absoluta justificación del Derecho positivo. La norma fundamental de la Teoría Pura del Derecho no constituye justificación alguna del Derecho positivo. Esta Teoría rehusa en principio el justificar un Derecho positivo como justo o el condenarlo como injusto. No tiene nada que comentar o decir acerca de lo justo o injusto del Derecho positivo. Esto no significa que la Teoría Pura del Derecho niegue la posibilidad de valorizar al Derecho positivo como justo o injusto, pero supone que semejante valorización no es materia de la ciencia del Derecho, y que, si tiene lugar, sólo tiene un carácter relativo y, en último análisis, un carácter subjetivo. También estima que el mismo Derecho positivo, que desde un punto de vista es valorizado o considerado como justo, puede ser considerado, desde otro aspecto, como injusto. En realidad es una valorización absoluta la que tienen en mente los que solicitan de un modelo o pauta para la valorización del Derecho positivo. Sin embargo, lo absoluto en general y los valores absolutos en particular, están más allá de cualquier conocimiento científico racional. En esta virtud una Ciencia Jurídica positivista no proporciona el modelo o pauta para la deseada valorización del Derecho positivo como bueno o malo, como justo o injusto. Esto puede ser considerado como desalentador, pero cabe advertir el hecho de que

la necesidad para semejante modelo, y especialmente para una absoluta justificación del Derecho positivo, no puede ser satisfecha por un conocimiento científico racional, sino únicamente por una especulación teológico-metafísica. Las consideraciones anteriores, relativas a la razón para la validez del Derecho, se refieren a este problema sólo tratándose del Derecho nacional, es decir, a un específico orden jurídico nacional, sin tomar en consideración al Derecho internacional. Si la relación del Derecho nacional al internacional es tomada en consideración, el problema cambia de aspecto, como veremos en el siguiente capítulo.

## 11

### LA RELACIÓN ENTRE DERECHO NACIONAL E INTERNACIONAL

#### *a) La construcción dualista y la monista*

En un capítulo anterior hemos sostenido que la Teoría Pura del Derecho, como Ciencia del Derecho, concibe al Derecho en su totalidad como un sistema de normas que no entran en conflicto. Esto parece ser imposible por lo que atañe a la relación entre el Derecho nacional e internacional los que, de conformidad con la doctrina tradicional, son dos sistemas de normas independientes el uno del otro y, consecuentemente, se encuentran en posibilidad de entrar en contradicción o conflicto. Es una teoría *dualista* o, si se toman en cuenta los varios órdenes jurídicos nacionales que, también, se consideran válidos independientemente el uno del otro, es una teoría pluralista. A esta construcción dualista o pluralista, la Teoría Pura del Derecho opone una construcción *monística* o *monista*.

*b) La naturaleza del Derecho internacional*

El Derecho internacional es un conjunto de normas que regulan el comportamiento mutuo de los Estados al imponerles obligaciones y conferirles derechos. Es un auténtico Derecho porque constituye un orden coercitivo adjudicando o atribuyendo a una cierta conducta de los Estados, actos coercitivos como sanciones. Si un Estado por sus actos viola ciertos intereses de otro Estado, el segundo está autorizado por el Derecho internacional general a tomar represalias o declarar la guerra en contra del primero. Estas sanciones constituyen responsabilidad colectiva y no individual, en tanto que no están dirigidas sólo y exclusivamente contra el individuo que, como órgano del Estado, ha violado el Derecho internacional, sino contra los individuos miembros del Estado cuyo órgano ha cometido el delito o la infracción. Que el Derecho internacional obliga y autoriza al Estado no significa, como se ha supuesto en ocasiones, que el Derecho internacional obliga o autoriza a un ser que no es humano, sino una especie de organismo sobrehumano. No existen semejantes organismos sobrehumanos en la sociedad. Sólo los seres humanos individuales son reales. Únicamente los seres humanos pueden ser obligados o autorizados a comportarse en una determinada forma. Sólo la conducta de los seres humanos puede ser el contenido de deberes jurídicos y derechos subjetivos. El Derecho internacional obliga y autoriza al Estado a comportarse en una determinada forma, al obligar y autorizar a los seres humanos, en su papel de órganos del Estado, a conducirse de cierta manera. Que estos individuos como órganos del Estado cumplan las obligaciones impuestas por el Derecho internacional y que ejerzan las facultades

conferidas por este propio Derecho, que su comportamiento sea considerado como el comportamiento del Estado, que es *atribuido* al Estado, sólo significa, según se manifestó anteriormente, que este comportamiento es referido o atribuido al orden jurídico personificado, a aquél que señala a los individuos que deben cumplir las obligaciones impuestas por el Derecho internacional y ejercer las facultades conferidas por ese mismo Derecho. Este es el orden jurídico, que comúnmente es designado como el “Derecho del Estado” en un lenguaje que distingue al Estado de su Derecho. Este Derecho, el orden jurídico nacional, es un orden coercitivo limitado o restringido en su validez a un determinado espacio y relativamente centralizado. Como tal, se distingue del orden jurídico internacional que no está restringido en su validez territorial y es relativamente descentralizado. Que el Derecho internacional obliga y autoriza al Estado a comportarse en cierta forma, significa que el Derecho internacional deja al orden jurídico nacional el determinar los individuos que, por su comportamiento, deberán cumplir con las obligaciones impuestas por el Derecho internacional y ejercer las facultades conferidas por él mismo; que el Derecho internacional delega el señalamiento de estos individuos al orden jurídico nacional.

c) *La necesidad de la construcción monista*

Si reconocemos que la obligación y la autorización del Estado por el Derecho internacional significa que el orden jurídico internacional delega al orden jurídico nacional el poder de señalar o determinar los individuos cuyo comportamiento forma el contenido de las obligaciones y derechos establecidos por el Derecho internacional, entonces la cons-

trucción dualista de la relación entre Derecho internacional y el nacional se desploma. Lo anterior, en virtud de que los seguidores de la construcción dualista suponen que el Derecho internacional, aun cuando su validez sea independiente de la validez del Derecho nacional es, sin embargo, válido en unión con el Derecho nacional al mismo tiempo, en tal forma que es posible juzgar una determinada conducta humana tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como del nacional, y no desde el punto de vista del uno o del otro exclusivamente. Es, en todas formas, imposible suponer la validez simultánea de dos sistemas de normas que regulen la conducta humana, si estos sistemas son válidos independientemente el uno del otro y, consecuentemente, pueden contradecirse o entrar en conflicto, el uno ordenando que una determinada acción deba ejecutarse, y el otro que esta acción no deba verificarse. Puede probarse que no existen tales conflictos entre el Derecho internacional y el nacional que requieren de una construcción dualista. Además, excluirían la creencia o el supuesto de su validez simultánea. Si el Derecho internacional y el nacional se suponen válidos simultáneamente, entonces resulta inevitable una construcción monista.

*d) La supremacía del Derecho nacional*

De conformidad con esta construcción, el Derecho internacional y el nacional forman una unidad. Esta unidad puede lograrse epistemológicamente en dos formas: o al Derecho internacional se le considera como superior al Derecho nacional, significando que la validez del segundo se deriva del primero; o, a la inversa, el Derecho nacional se estima como superior al internacional, cuya validez se basa en el

Derecho nacional. Hablamos en el primer supuesto de la *supremacía del Derecho internacional*; en el segundo, de la *supremacía del Derecho nacional*. Debe notarse, sin embargo, que la diferencia entre estas dos construcciones monistas se refiere únicamente a la razón de la validez del Derecho internacional y del nacional y no a sus contenidos. Por lo que atañe a sus contenidos, el Derecho internacional es idéntico en cualquier hipótesis. Visto desde el aspecto de la teoría jurídica, ambas construcciones son igualmente posibles. Su diferencia radica, como veremos más adelante, en la diferencia entre dos sistemas de referencia.

Partiendo de un Derecho nacional como un orden normativo válido, es decir, un sistema de normas estatuyendo que bajo ciertas condiciones determinados actos coercitivos deban ejecutarse, se presenta el problema relativo a fundamentar la validez del Derecho internacional desde este punto inicial. Esto sólo es posible si se supone que el Derecho internacional es válido para un Estado si es reconocido por este Estado como obligatorio para sus órganos, pero exclusivamente puede ser reconocido con el contenido exacto que tenga al momento del reconocimiento. Ya que se supone que sea posible no sólo un reconocimiento expreso sino también tácito del Derecho internacional, es decir, reconocimiento por una obediencia de hecho, y mediante la aplicación de las normas del Derecho internacional por el Estado de referencia, se sigue que de acuerdo con esta teoría del reconocimiento, el Derecho internacional puede ser y, en verdad, es considerado como válido para todos los Estados. Esta opinión es la prevalente en la jurisprudencia angloamericana. Aparece en las constituciones de los Estados modernos que contienen disposiciones en el sentido de que los organismos ejecutivos o

ejecutores de la ley están obligados por la normas del Derecho internacional general y por las del Derecho internacional en particular, al ser creado por tratados del Estado en cuestión. Así, el Derecho internacional forma parte del orden jurídico nacional, y la razón para la validez del Derecho internacional se localiza en este orden jurídico nacional, del que surge la relación entre ellos. De esta forma, se establece la supremacía o superioridad del Derecho nacional sobre el internacional. Es esta superioridad del Derecho nacional la que conforme a la teoría tradicional se considera como soberanía del Estado.

La "soberanía", en este sentido, no es una cualidad percible u objetivamente reconocible de una cosa real, es una *presuposición*. La creencia presupuesta de un sistema de normas como un orden normativo supremo cuya validez no debe derivarse de un orden superior. Si un Estado es soberano, es una cuestión que no puede ser resuelta por medio de la investigación sobre su realidad social o nacional. La soberanía del Estado, según es considerada desde el punto de vista de una teoría del Derecho, no es una determinada cantidad o un cierto grado de auténtico poder. Aun los Estados que en comparación con las llamadas "grandes potencias" carecen de verdadero poderío, son considerados como igualmente soberanos a ellas. La cuestión sobre la soberanía de un Estado, es la cuestión de si se *presupone* o *considera* al orden jurídico nacional como un orden supremo. Y éste es el caso, si uno considera al Derecho internacional como válido para el Estado sólo si es reconocido por el Estado, si se contempla la "voluntad" del Estado como la razón para la validez del Derecho internacional.

e) *La supremacía del Derecho internacional*

Si, por el contrario, se parte del Derecho internacional como de un orden normativo válido, se presenta el problema de cómo fundamentar la validez del Derecho nacional desde este punto de partida. En este caso la razón para la validez del orden jurídico nacional debe buscarse en el Derecho internacional. Esto es posible dado que el principio de eficacia, que constituye una norma de Derecho internacional positivo, determina tanto la razón para la validez de este último, como el ámbito de validez del Derecho nacional. Esta norma del Derecho internacional comúnmente se enuncia de la siguiente manera: conforme al Derecho internacional el gobierno de una comunidad existente dentro de un cierto ámbito determinado con precisión, si ejerce control efectivo sobre los miembros de esta comunidad y es independiente de otros gobiernos de comunidades análogas, debe considerarse como un gobierno legítimo y la comunidad o conglomerado sujeto a este gobierno debe estimarse como un Estado en el sentido del Derecho internacional. No importa que el gobierno ejerza su control efectivo fundándose en una Constitución previamente establecida y todavía válida o basándose en una Constitución que ha sido creada por este gobierno de manera revolucionaria. Para decirlo en términos jurídicos: una norma de Derecho internacional general autoriza a un individuo o a un grupo de individuos para establecer y aplicar, bajo el supuesto de una Constitución efectiva, un orden normativo coercitivo. En esta forma, el Derecho internacional general legitima a este orden coercitivo como un orden jurídico válido dentro del ámbito territorial y temporal de su eficacia de hecho, y a la comunidad constituida por este or-

den jurídico, como Estado en el sentido del Derecho internacional. Si la eficacia del orden jurídico nacional es considerada como la condición de su validez y si esta condición es establecida en una norma de Derecho internacional, entonces la razón para la validez del orden jurídico nacional puede ser vista en esta norma de Derecho internacional; y entonces este Derecho internacional puede ser concebido como un orden jurídico universal, superior a y comprometiendo o comprendiendo como órdenes jurídicos parciales a todos los órganos jurídicos nacionales. En otras palabras, un orden jurídico universal por medio del cual la coexistencia en el espacio y la sucesión en el tiempo de los órdenes nacionales, como órdenes jurídicos parciales, se convierte en jurídicamente posible. Este es el significado de la supremacía o superioridad del Derecho internacional.

Si el Derecho internacional se supone superior al Derecho nacional, surge la cuestión acerca de la razón de la validez del internacional. No puede ser una norma positiva de Derecho nacional o, expresado en una metáfora, la "voluntad" del Estado, reconociendo al Derecho internacional como obligatorio a sus órganos, como en el caso de la supremacía o superioridad del Derecho nacional sobre el internacional. Sólo puede ser una norma fundamental presupuesta en el pensamiento jurídico.

#### *f) La norma fundamental del Derecho internacional*

Para arribar a esta norma fundamental debemos seguir un camino similar al que nos condujo a la norma fundamental del Derecho nacional. Debemos comenzar desde el nivel inferior, esto es, de la norma individual, de la resolución de

un tribunal internacional. Si preguntamos por qué es válida esa resolución, es decir, la concerniente a la disputa entre dos Estados, que fue presentada por ellos a un tribunal, es decir, por qué el significado subjetivo del acto judicial es considerado también su significado objetivo, la contestación es: porque la norma individual de la resolución ha sido creada de conformidad con un tratado firmado por esos Estados. Si preguntamos por qué, es válido este tratado, o sea, por qué el significado subjetivo del acto por el que se acepta el tratado, se considera también como su significado objetivo, la contestación es: porque de conformidad con una norma general de Derecho internacional consuetudinario, esto es, el Derecho creado por la costumbre estatal, los Estados deben comportarse de conformidad con los tratados firmados por ellos, es decir, la norma general *pacta sunt servanda*. Finalmente surge la cuestión acerca de la razón para la validez del Derecho internacional consuetudinario. Si desde el punto de vista del positivismo jurídico rehusamos encontrar la razón para la validez del Derecho internacional consuetudinario en la voluntad de Dios (dentro o fuera de la naturaleza) o en cualquier otra autoridad metajurídica, la única contestación posible es de que si consideramos el significado subjetivo de los actos que constituyen la costumbre estatal también como su significado objetivo, presuponemos la norma: Los Estados deben comportarse tal como los Estados consuetudinariamente se comportaban. Esta es la norma fundamental del Derecho internacional general. Es una norma que instituye la costumbre estatal como un hecho creador de Derecho. Pero no es una norma del Derecho positivo internacional, no es creada de la manera en que son creadas las normas de Derecho internacional; especialmente no por la costumbre, ya que el Derecho internacio-

nal consuetudinario presupone esta norma. Es una norma que, así como la norma fundamental del Derecho nacional, se presupone en el pensamiento jurídico. Sólo si se presupone la norma fundamental del Derecho internacional, podemos interpretar las relaciones internacionales como relaciones jurídicas. El Derecho internacional consuetudinario es el primer nivel dentro del Derecho positivo internacional. El segundo nivel o peldaño está constituido por las normas creadas por tratados internacionales. El tercer nivel lo constituyen las normas creadas por organismos internacionales, especialmente tribunales internacionales establecidos por tratados. Esta es la estructura jerárquica del Derecho internacional cuya validez —y, consecuentemente, la validez de los Derechos nacionales considerados como subordinados al Derecho internacional— se basa en la arriba mencionada norma fundamental, bajo el supuesto de que se acepte la supremacía o superioridad del Derecho internacional. Si se acepta la supremacía del Derecho nacional, la norma fundamental del Derecho nacional, expresada con anterioridad, que constituye el punto de partida de esta construcción, es la razón última para la validez de todo el sistema jurídico.

g) *La soberanía estatal y la relación entre el Derecho nacional y el internacional*

Si se acepta la superioridad del Derecho internacional no se puede hablar de la soberanía del Estado en el sentido original y propio de este término. El “soberano”, es decir, el *orden supremo*, es el orden internacional y no el —subordinado— orden jurídico nacional. El término Estados “soberanos”, en caso de emplearse en esta construcción, adquiere un signi-

ficado totalmente diferente de su sentido original y propio. Expresa que el orden jurídico nacional sólo está sujeto al internacional y a ningún otro orden jurídico nacional, o, según se dice en lenguaje personificado, que el Estado es jurídicamente independiente de otros Estados. La llamada "soberanía" del Estado no sería otra cosa entonces sino el nombre para la dependencia directa del orden jurídico nacional del internacional. Es, en consecuencia, aconsejable no emplear el engañoso término "soberanía del Estado", cuando se supone o acepta la supremacía del Derecho internacional. En este caso, es todavía menos aconsejable hablar de una "relativa" soberanía de los Estados, como suelen hacerlo algunos autores, porque esta fórmula implica una *contradictio in terminis*.

El término "soberanía del Estado", en su sentido original y propio, sólo puede emplearse si se supone la supremacía del Derecho interno. Sin embargo, parece más que dudoso el que los autores que prefieren esta construcción de la relación entre Derecho internacional y nacional puedan aceptar sus consecuencias, dado que, sólo la soberanía de *un* Estado puede ser presupuesta y que la soberanía de este Estado excluye la soberanía de todos los demás Estados.

Aquellos que aceptan la supremacía del Derecho nacional lo hacen no sólo para salvaguardar la soberanía de un solo Estado, sino la soberanía de todos los Estados; presuponen el principio de la soberanía *igualitaria* de todos los miembros de la comunidad internacional. Este principio, sin embargo, no puede sostenerse sobre la base de la supremacía del Derecho nacional. Es verdad que esta construcción de la relación entre el Derecho nacional e internacional puede iniciarse desde *cualquier* Estado, pero siempre sólo a partir de

*un* Estado, y únicamente el Estado *punto de partida* de la construcción puede presuponerse como soberano. La relación de este Estado con otros Estados es establecida por el Derecho internacional que, como una consecuencia de la supremacía del Derecho nacional, debe ser considerado como parte de este Derecho nacional, el Derecho del Estado que es punto de partida de la construcción. De conformidad con el Derecho internacional, otras comunidades son "Estados" en su relación con este Estado, sólo si son reconocidos como tales por el Estado que reconoce, es decir, si ellos, según opinión de los organismos competentes de este Estado, cumplen con las condiciones establecidas por el Derecho internacional. Si el Derecho internacional es parte del Derecho nacional del Estado que reconoce, la razón para la existencia jurídica de otros Estados, esto es, la razón para la validez de los otros órdenes jurídicos nacionales, se encuentra en el Derecho del Estado que reconoce, es decir, en el orden jurídico nacional que sirve de base para el reconocimiento. Como consecuencia de la supremacía del Derecho nacional, cuyo punto de partida es el Derecho del Estado, es decir, a los otros órdenes jurídicos nacionales, como subordinados a ese orden jurídico nacional, que comprende o incluye al Derecho internacional como parte de él. En consecuencia, no pueden ser presupuestos o no pueden presumir como soberanos. Sólo el Estado que reconoce, que constituye el punto de partida de la construcción, o, para decirlo mejor, sólo el orden jurídico nacional que sirve de base para otorgar el reconocimiento, puede suponerse o presumir como soberano, en tanto que únicamente este Derecho nacional no se encuentra subordinado al Derecho internacional, que es considerado como una parte de este Derecho nacional.

*h) El Derecho nacional en sus sentidos restringido y lato*

Si el Derecho internacional, no obstante, es concebido como una parte del Derecho nacional, es necesario distinguir entre Derecho nacional en un sentido restringido y un Derecho nacional en un sentido lato o amplio del término. El Derecho nacional, en un sentido más restringido, es el orden jurídico nacional comprendiendo o abarcando las normas de la Constitución del Estado y las normas creadas de conformidad con esta Constitución por la costumbre, la legislación y los actos judiciales y administrativos. El Derecho nacional, en un sentido lato, es el orden jurídico nacional que comprende las normas del Derecho nacional en el sentido restringido antes mencionado y, además, las normas del Derecho internacional (creadas por la costumbre estatal y los tratados), que es reconocido fundándose en el Derecho nacional en el sentido restringido. La relación entre estas dos partes del Derecho nacional en el sentido lato debe interpretarse como una relación de supra y subordinación, siendo superior el Derecho internacional al Derecho nacional en su sentido restringido. Esta relación se expresa simbólicamente al decir que el Estado que reconoce al Derecho internacional como obligatorio está sujeto a ese Derecho. El Derecho nacional, en el sentido restringido, está subordinado al Derecho internacional que es una parte del Derecho nacional en un sentido lato y, consecuentemente, no soberano; así como el Derecho nacional de los otros Estados, los reconocidos, no es soberano porque está subordinado al Derecho internacional que es parte del Derecho nacional del Estado que reconoce. Después de que un Estado ha reconocido el Derecho internacional (y este reconocimiento del Derecho internacional no debe

confundirse con el reconocimiento de una comunidad como Estado) incorporándolo como parte de su propio Derecho, es decir, como parte del Derecho nacional en su sentido amplio, el Derecho nacional en su sentido más restringido encuentra la razón para su validez en el Derecho internacional al que se ha subordinado, dentro del marco o estructura el Derecho nacional en su sentido lato. En la misma forma, el Derecho nacional de otros Estados halla la razón de su validez con este Derecho internacional. Sin embargo, en lo concerniente al Derecho nacional (en su sentido lato) del que es parte el Derecho internacional, y que constituye el punto de partida de la construcción de la supremacía del Derecho nacional, el Derecho internacional no es la razón fundamental para la validez de este Derecho nacional. Es que el Derecho internacional, válido sólo por haber sido reconocido o incorporado, tiene la razón de su validez en la "voluntad" del Estado quien lo reconoce e incorpora, es decir, en su Derecho nacional en el sentido lato del término. Lo que se llama supremacía del Derecho nacional sobre el internacional, es la relación entre el Derecho nacional en el sentido lato y el Derecho internacional que es parte de él. Sólo el Derecho nacional en el sentido más amplio, no el Derecho nacional en el sentido más restringido, es soberano. Y esta soberanía no significa otra cosa que el Derecho internacional se presupone o presume como superior al Derecho nacional en el sentido restringido, pero no al Derecho nacional en el sentido lato, del que es parte. Cuando, de conformidad con la doctrina jurídica tradicional, se caracteriza al Estado como "soberano", sólo quiere significarse, o en primer lugar quiere señalarse, al orden jurídico nacional en su sentido más restringido, o la comunidad constituida por este orden jurídico. Pero

la "soberanía del Estado", en este sentido, sólo quiere significar que el Estado se encuentra sujeto únicamente al Derecho internacional. Sin embargo, ya que sólo el orden jurídico nacional en un sentido lato, que comprende al Derecho internacional como parte de él, puede presuponerse o presumirse como soberano en el sentido propio del término, es aconsejable hablar de "supremacía o superioridad del Derecho nacional" en vez de "soberanía del Estado", cuando se escoge esta construcción de la relación entre el Derecho nacional y el internacional.

*i) Uso indebido de las dos construcciones monistas*

Según ya dijimos, el contenido del Derecho internacional no es influido por la selección de cualquiera de las dos construcciones de la relación entre Derecho internacional y nacional o por la presuposición o no presuposición de la soberanía del Estado. Tampoco el contenido del Derecho nacional es afectado por la construcción de su relación con el Derecho internacional, o por la presuposición o falta de presuposición de la soberanía del Estado. Resulta, en consecuencia, un empleo indebido de cualquiera de ambas construcciones, o lo que viene a ser lo mismo, del concepto de soberanía si, como se hace con frecuencia, se obtienen conclusiones de este concepto, que sólo pueden basarse en el contenido del Derecho positivo internacional o Derecho positivo nacional. Esto ocurre, por ejemplo, si los sostenedores de la supremacía del Derecho internacional, que no consideran a la soberanía como una cualidad o elemento esencial del Estado, deducen de la hipótesis de que el Estado está sujeto al Derecho internacional, el principio de que en caso de conflicto entre

el Derecho internacional y el nacional, predominará el Derecho internacional sobre el Derecho nacional, el que, al entrar en ese conflicto deberá considerársele como nulo. Sobre el particular, en primer término, debemos hacer notar que una norma de Derecho nacional (y esto significa una norma válida en tanto que si no es válida no es norma) no puede ser nula, sólo puede ser anulable. Además, sólo puede ser anulada en virtud de un conflicto o controversia con el Derecho internacional, únicamente si el Derecho internacional o el nacional proveen de un procedimiento que conduzca a su anulación. Pero no existe semejante procedimiento establecido por el Derecho internacional general. El supuesto de su superioridad sobre el Derecho nacional no puede subsanar la ausencia de semejante norma. El Derecho internacional positivo sólo señala una sanción como reacción contra el establecimiento o adopción de una norma de Derecho nacional que se encuentra en conflicto con el Derecho internacional; y esta sanción es, según comúnmente se formula, dirigida contra el Estado cuyo Derecho contiene la norma en cuestión. Esto significa que la norma mantiene su validez, no sólo desde el punto de vista del Derecho nacional, sino también desde el aspecto del Derecho internacional, pero que el Estado se expone a una sanción de Derecho internacional. No existe una contradicción lógica al describir esta situación, porque la ley establece u ordena un determinado comportamiento sólo en tanto que estipula que una sanción deba aplicarse en caso de un comportamiento contrario. Pueden aplicarse y tener validez conjunta dos normas, cuando una de ellas establece una sanción como reacción contra una determinada conducta y la otra una sanción como reacción contra la conducta contraria. Esto es cierto también en el caso de una norma de

Derecho internacional que contenga como reacción contra un determinado comportamiento, las sanciones propias de este Derecho, como la guerra o las represalias, en tanto que la otra norma, perteneciente al Derecho nacional, establezca el castigo o la pena de muerte como sanciones específicas del Derecho nacional como reacción en contra de la conducta o comportamientos contrarios. Por ejemplo: puede suceder que de conformidad con un tratado aprobado entre los Estados A y B, cada uno se obligue a conferir la nacionalidad a un ciudadano de otro Estado, sólo en el caso de que cuente con el consentimiento del mismo; pero que de conformidad con la ley del Estado A, sus órganos, en violación de este tratado, nacionalizan al ciudadano del Estado B sin el consentimiento de este último. Si el órgano competente del Estado A, en cumplimiento de su obligación de acuerdo con el Derecho de su Estado B, si cumplen con ciertas condiciones, aun cuando cumplió con los requisitos de su ley, pero sin el consentimiento del Estado B, el Estado A está expuesto a una sanción de conformidad con el Derecho internacional. Pero si este órgano, en violación a la obligación emanada del Derecho de su Estado, se rehusa a nacionalizar al ciudadano del Estado B, que cumplió con todos los requisitos de ley sin el consentimiento del Estado B, se expone a una sanción de conformidad o emanada del Derecho de su Estado. Desde el punto de vista de política jurídica, semejante situación es por demás indeseable. Por tanto, es aconsejable establecer instituciones de Derecho internacional o nacional que hagan posible la anulación de la norma del Derecho nacional que se encuentra en conflicto con el Derecho internacional. Sin embargo, cuando no existe esta posibilidad, la norma del Derecho nacional permanece válida al lado de la norma del Derecho

internacional. En este caso existe un conflicto teleológico entre el Derecho internacional y el nacional; pero este conflicto puede ser descrito por enunciados no contradictorios. No hay necesidad de suponer o la nulidad o la anulabilidad de la norma que entra en conflicto con el Derecho internacional, a fin de mantener la unidad epistemológica del Derecho nacional y el internacional en el sentido de la supremacía del Derecho internacional.

Alguna vez se ha derivado del supuesto de la superioridad del Derecho internacional sobre el Estado, que la soberanía de este último podría ser considerablemente restringida y, en esa forma, hacer posible y efectiva una organización jurídica mundial. En la ideología política pacifista juega un papel decisivo la supremacía del Derecho internacional, porque excluye la soberanía del Estado. Sin embargo, la soberanía del Estado, que es excluida por la supremacía del Derecho internacional, es algo diferente a la soberanía del Estado que se encuentre restringida por el Derecho internacional. El significado de lo primero es la autoridad jurídica suprema, el significado de lo segundo es la libertad de acción del Estado, es decir, competencia ilimitada del orden jurídico nacional. Esta competencia puede ser restringida por el Derecho internacional si se supone que este Derecho es superior al Derecho nacional, de igual forma que si se supone al Derecho internacional como formando parte del Derecho nacional. No obstante que supongamos la una o la otra construcción sobre la relación entre Derecho internacional y nacional, en ambos casos es posible una organización jurídica mundial.

La supremacía del Derecho nacional todavía está más expuesta a un empleo indebido, basada en la creencia de la

soberanía del Estado. Esta creencia conduce a suponer que el Derecho internacional es válido, sólo porque es reconocido o aceptado por el Estado, formando así parte del orden jurídico del Estado, y esto lleva a la falsa conclusión de que el Estado no está necesariamente obligado por los tratados que ha aprobado o firmado; que es incompatible con su naturaleza de poder soberano el sujetarse a un tribunal internacional con jurisdicción obligatoria o de estar obligado por la decisión mayoritaria de un órgano colegiado, aun cuando este tribunal o el órgano colegiado y sus procedimientos hayan sido establecidos por un tratado del que es parte el Estado.

La misma importancia que tiene la supremacía del Derecho internacional para la ideología pacifista, la tiene la supremacía del Derecho nacional, la soberanía del Estado, para la ideología del imperialismo. En ambos casos se involucra la ambigüedad del concepto de soberanía. Pero si el Estado ha reconocido el Derecho internacional que, por lo tanto, es válido para este Estado, entonces sus obligaciones y derechos internacionales son exactamente los mismos que los establecidos por el Derecho internacional considerando como superior al Derecho nacional. Consecuentemente, la norma del Derecho internacional es válida de conformidad con cuáles Estados tienen que respetar los tratados por ellos aprobados, cualquiera que fuere el contenido de los mismos. De acuerdo con el Derecho internacional, no puede excluirse ninguna materia de las normas establecidas por tratados, fundándose en que esta materia es incompatible con la naturaleza y, especialmente, con la soberanía del Estado que celebró el tratado. En otras palabras, la idea del Estado como poder supremo, no está en conflicto con el Derecho internacional, porque éste es válido para el Estado sólo porque lo ha reconocido y,

en consecuencia, no es superior a él. Esta idea es bastante compatible con el hecho de que un Estado, al reconocer o aprobar, en virtud de su soberanía, el Derecho internacional y así hacerlo parte de su Derecho, restringe su soberanía, o sea, su libertad de acción o competencia, al aceptar las obligaciones establecidas por el Derecho internacional general y los tratados aprobados por este Estado. ¿Hasta qué grado la soberanía del Estado puede ser restringida por el Derecho internacional reconocido o aceptado por el Estado? Es una interrogante que sólo puede hallar respuesta si se examina el contenido del Derecho internacional, ya que no puede encontrar contestación derivándola del concepto de soberanía. Sin embargo, el Derecho internacional positivo no pone un límite a la restricción de la soberanía estatal en lo que signifique su libertad de acción o competencia. Es posible establecer por un tratado celebrado bajo el amparo del Derecho internacional, una organización internacional, centralizada al grado de que presente las características de un Estado, lo que implica que los Estados signatarios, que se convierten en miembros de esta organización, pierdan su propio carácter o configuración de Estado. La cuestión relativa al límite de hasta dónde puede o debe restringir el gobierno de un Estado la libertad de acción del mismo, por medio de tratados celebrados con fundamento en el Derecho internacional, es una cuestión política. No puede encontrarse la solución a este problema derivándola ya de la supremacía del Derecho internacional, ya de la supremacía del Derecho nacional.

## 12

### DOCTRINA JURÍDICA Y CONCEPCIÓN DEL MUNDO

El antagonismo entre las dos construcciones monistas sobre la relación del Derecho internacional y el nacional, es decir, las dos formas de establecer la unidad epistemológica de todo Derecho válido, muestra una semejanza sorprendente con antagonismo entre un panorama mundial subjetivista y uno objetivista. El punto de vista subjetivista se inicia desde el propio *ego* soberano a fin de abarcar el mundo exterior. En esta forma no puede concebirlo como un mundo exterior, debe considerarlo como un mundo interior, como una idea y voluntad del *ego*. En la misma forma, la construcción conocida como la supremacía del Derecho nacional, parte desde el propio Estado soberano a fin de comprender el mundo exterior del Derecho, o sea, el orden jurídico internacional y los otros órdenes jurídicos nacionales. En esta forma sólo pueden concebirlos como una ley interna, como parte del sistema jurídico que es el punto de partida de este punto de vista.

La interpretación subjetivista egocéntrica del mundo conduce al solipsismo (\*), es decir, a la opinión de que únicamente existe el *ego* como un ser soberano y que todo lo demás sólo existe dentro y a través del *ego*, por lo que la pretensión de otros de ser también *egos* soberanos, no puede ser satisfecha. Asimismo, el supuesto de la supremacía del Derecho nacional conduce a la idea de que sólo este Derecho nacional, o sea, el Estado que es el punto de partida de esta posición, el Estado de uno, puede ser soberano, porque esta soberanía excluye la soberanía de los demás Estados. En este sentido, la supremacía del Derecho nacional puede ser caracterizada como subjetivismo estatal, inclusive como solipsismo estatal.

Por el otro lado, la visión mundial objetivista se inicia del mundo real exterior a fin de comprender o abarcar al *ego*, no solamente al *ego* de quien sostiene esta visión, sino al *ego* de todos, con la intención de conservar este *ego* no como un ser soberano, no como el centro del mundo, sino únicamente como parte integrante del mundo. En analogía con esta visión, la supremacía del Derecho internacional se inicia desde el mundo jurídico exterior, a partir del Derecho internacional como un orden jurídico válido, a fin de comprender o abarcar la existencia jurídica de los Estados individuales.

Al realizar esta tarea no puede considerarlos como autoridades soberanas sino únicamente como órdenes jurídicas

---

(\*) Doctrina que sostiene que el "yo" es lo único cognoscible o lo único existente. (N. del T.)

parciales dentro del marco de un todo del orden jurídico internacional. El antagonismo de las dos visiones mundiales, no afecta en nada el conocimiento científico del mundo en tanto que el mundo como objeto de este conocimiento se mantiene igual, las leyes naturales que describen al mundo continúan inmutables, o sea que a este mundo se le conciba como el mundo interno del *ego* o al *ego* como formando parte o encontrándose dentro de mundo. De la misma manera, el antagonismo de las dos construcciones jurídicas se mantiene sin ninguna influencia sobre los contenidos del Derecho trátese del Derecho internacional o del nacional. Sus normas continúan inmutables, sea que se considere al Derecho internacional como válido dentro del Derecho nacional, sea que se suponga al Derecho nacional como válido dentro del Derecho internacional.

El antagonismo entre las dos construcciones jurídicas también puede compararse con el contraste entre el sistema cósmico geocéntrico de Ptolomeo y el sistema heliocéntrico de Copérnico. Así como en una de las dos construcciones jurídicas es el Estado de uno el que es centro del mundo jurídico, así el sistema cósmico de Ptolomeo es nuestra Tierra la que se mantiene en el centro en cuyo derredor gira el Sol. Y así como en la otra construcción jurídica, el Derecho internacional constituye el centro del mundo jurídico, así también en el sistema cósmico de Copérnico el Sol es el centro en cuyo derredor gira la Tierra. Sin embargo este contraste de los dos sistemas cósmicos es tan sólo el contraste de los dos sistemas diferentes de referencia. El famoso físico Max Planck (*Vortrage und Erinnerungen*, 1949, p. 311) interpreta este contraste como sigue: "Si aceptamos, por ejemplo, un sistema de referencia (*Bezugssystem*) firmemente relacionado con

nuestro planeta, debemos manifestar que el Sol se mueve en el cielo, pero si transferimos este sistema de referencia a una estrella determinada, el Sol se mantiene inmóvil. En el antagonismo de estas dos fórmulas no existen ni contradicción ni obscuridad, sólo se trata de dos diferentes maneras de contemplar el objeto. De conformidad con la teoría de la relatividad, que en el presente puede ser considerada como una parte establecida de la ciencia física, ambos sistemas de referencia, y ambas formas de contemplar el objeto que les corresponde son igualmente correctas y legítimas. Es, en un principio, imposible decidir entre ellos por medio de la medición o el cálculo sin incurrir en arbitrariedad".

Lo mismo se aplica a las dos construcciones sobre la relación entre el Derecho internacional y el nacional. Su diferencia radica en la diferencia de dos sistemas de referencia. Uno de ellos está firmemente relacionado con el orden de *mi* Estado y de *mi* orden jurídico nacional, el otro está firmemente relacionado con el orden jurídico internacional. Ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente legítimos. Decidir entre ambos con fundamento y empleando los medios específicos de la Ciencia del Derecho es imposible. La Ciencia del Derecho sólo puede describir ambos sistemas y manifestar que uno de los dos sistemas de referencia debe aceptarse a fin de establecer o determinar la relación entre el Derecho internacional y el nacional. El decidirse por el uno o el otro de los sistemas está fuera de la Ciencia del Derecho. Esta decisión puede determinarse por consideraciones de carácter político, fuera de principios de carácter científico. Al que le agrade la idea de la soberanía de su propio Estado por identificarse con su Estado en su autoconciencia realizada, preferirá la suprema-

cía del Derecho nacional a la supremacía del Derecho internacional. Por otro lado, el que consienta la idea de un organismo jurídico mundial, preferirá la supremacía del Derecho internacional. Esto no significa, según se dijo con anterioridad, que la hipótesis de la supremacía del Derecho nacional sea menos favorable al ideal de una organización mundial, que la supremacía del Derecho internacional. Sin embargo, *parece* justificar una política que rehusa cualquiera restricción a la libertad de acción del Estado. Semejante justificación se basa en la falacia hacia la que se conduce la ambigüedad del concepto de soberanía. Sin embargo, esta falacia es una parte esencial de la ideología política del imperialismo que opera con el dogma de la soberanía del Estado. Esto se aplica *mutatis mutandis* a la preferencia de la supremacía del Derecho internacional. Esta construcción no es menos favorable al ideal político de la soberanía estatal en el sentido de libertad de acción del Estado, que la construcción de la supremacía del Derecho nacional. Pero, *parece* que la supremacía del Derecho internacional justifica más efectivamente una restricción esencial de la libertad de acción del Estado, que la supremacía del Derecho nacional. Esto también constituye una falacia, pero, en realidad, esta falacia juega un papel decisivo en la ideología política del pacifismo.

Una auténtica Ciencia del Derecho presenta estas falacias, las priva de tener apariencia de pruebas lógicas, las que, como tales, no podrían ser refutadas; las reduce al papel de argumentos políticos a los que pueden oponerse contraargumentos de la misma naturaleza. Al hacerlo así, abre el camino a cualquiera de los dos desarrollos políticos, sin fundamentar o justificar el uno o el otro, ya que, como ciencia, permanece totalmente indiferente hacia ambos.

# BIO-BIBLIOGRAFÍA DE HANS KELSEN (\*)

JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO

## I. INTRODUCCIÓN

La feliz idea que ha tenido nuestro dilecto y caro amigo DOMINGO GARCÍA BELAUNDE de publicar, una vez más, y en el

---

(\*) El presente ensayo vio la luz en 1993. Y fue escrito especialmente para la 1<sup>a</sup> edición peruana del libro de Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Ahora se vuelve a publicar, totalmente revisado, corregido y puesto al día con las últimas obras de Kelsen que han salido a circulación. La tarea se hizo fácil en virtud del apoyo que me brindó Domingo García Belaunde, a quien debo de agradecer, por escrito, sus valiosas observaciones y atinadas sugerencias. Por lo demás, es evidente que el ensayo condensa grandes soportes teóricos de la Teoría Pura del Derecho, y hechos episódicos de la vida de Kelsen, y como tal, es inevitable que falten algunos datos.

Perú, el opúsculo intitulado *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, nos da la oportunidad para poder exponer en estos folios, al correr de la pluma, una sintética bio-bibliografía de la frondosísima literatura existente sobre su autor, el egregio jurista praguense HANS KELSEN.

Recuérdese que no es la primera vez que GARCÍA BELAUNDE presta atención preferente al pensamiento kelseniano, ora, en revelar algún ensayo. Ya en sus años de juventud escribió expresamente «La justicia en el pensamiento de Aristóteles», en *Thémis* (Año 3, Nº 5, Lima, 1967, págs. 81-104), aclarando algunos puntos de vista del Estagirita, que fueron desarrollados por KELSEN. Igualmente, en su condición de Director de la Revista *Thémis*, arriba citada, fue autorizado por el propio KELSEN, mediante carta del 3 de abril de 1967, para publicar en el mismo número de esa revista (págs. 39-46) el artículo «¿Por qué debe ser obedecida la ley?» (*Why should the Law be obeyed?*), cuya traducción del inglés estuvo a cargo de JACK BATIEVSKY S. De otro lado, ha difundido el pensamiento kelseniano, y como es comprensible, discrepando en algunos tópicos, en sus clases de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho impartidas en las Universidades Católica, de Lima, sin olvidar San Marcos. Para lo cual ha tenido a la vista las

---

De otro lado, es la segunda vez que el libro *Introducción a la Teoría Pura del Derecho* se publica en Lima con la autorización del *Hans Kelsen-Institut*. Su acogida por los lectores demuestra que estamos asistiendo a una etapa de vulgarización de Kelsen, siendo Lima y el Perú el centro de difusión de importantes corrientes del pensamiento jurídico. (Nota de julio de 2001)

principales obras del jefe de la *Wiener Schule*, algunas de ellas, tales como «La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La Justicia Constitucional)», utilizadas como material de enseñanza y reproducidas en mimeógrafo, justamente por su escasez en nuestro medio. Es más, GARCÍA BELAUNDE, como siempre, fino y preciso catador, prosiguiendo su aventura jurídica ha escrito una nota a pie de página, al prólogo que redactó KELSEN con el título «Un libro de Eisenmann sobre la Corte Constitucional austriaca», aparecido en la revista *Ius et Praxis* (Nº 14, Lima, 1989, págs. 201-205). La traducción del francés fue hecha por PERCY CASTILLO BENITES. Y luego hemos visto con delectación en el Nº 6 de la revista *Ius et Veritas* (Lima, 1993, págs. 81-90), el inhallable artículo de HANS KELSEN «El control de la constitucionalidad de las leyes. (Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana)», que tradujo del inglés DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, donde agregó además una amplia nota explicativa a pie de página con el permiso respectivo del *Hans Kelsen-Institut*. Era la primera vez que el contenido de ese artículo aparecía en idioma español, tema que su autor trató con holgura, máxime si se tiene en cuenta que es catalogado como el creador de los Tribunales Constitucionales, y como tal, del modelo o sistema de control constitucional concentrado<sup>(1)</sup>.

---

(1) Acerca del tema, *vid.*, al respecto, el magnífico libro del actual presidente del Tribunal Constitucional español Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad* (1918-1939), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987. Antecedente prólogo de Ignacio María de Lojendio Irure. Como visión de conjunto resulta útil la lectura de las siguientes obras de Domingo García

Por eso, GARCÍA BELAUNDE, mentor de la presente edición en el Perú del librito *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, expuesto en esquemática sobriedad, con la respectiva autorización de ROBERT WALTER (n. 1931), a fuer, Director del *Hans Kelsen-Institut*, asume y traza una vez más, con toda asiduidad, su obligación científica y académica de profesor universitario, y que, por lo demás, deben efectuarla fundamentalmente todos aquellos que cultivan la Ciencia del Derecho en sus diversas aristas.

## II. LA TAREA DE ORDENAR EL ACOPIO BIBLIOGRÁFICO

Desde nuestra etapa universitaria teníamos en mira publicar una bio-bibliografía de la figura admirada de HANS

---

Belaunde, *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, 2<sup>a</sup> edición revisada, corregida y aumentada, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional-Grijley, Lima, 2000, edición al cuidado y notas introductorias de José F. Palomino Manchego; y *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Tenis, S.A., Bogotá, 2001. Además, Giuseppe Morbidelli, Lucio Pegoraro, Antonio Reposo y Mauro Volpi, *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, seconda edizione accresciuta e integrata, Monduzzi Editore S.p.A., Bologna, 1997, en especial el capítulo X concerniente a la justicia constitucional. Más recientemente, el colectivo coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C.-Editorial Porrúa, México, D. F., 2001, la 2<sup>a</sup> edición saldrá a luz en el mes de agosto de 2001. Hasta ahora es el libro más completo sobre la materia, con la participación de autores extranjeros calificados. Finalmente, Néstor Pedro Sagüés, *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, concretamente, el capítulo V.

KELSEN, cuya doctrina es bien difícil que escape al estudio y simpatía de los bisoños estudiantes y aprendices. Para esto nos agenciamos de material de diversas fuentes bibliográficas. Básicamente, se ha consultado y revisado la bibliografía de KELSEN, registrada en las bibliotecas de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, incluyéndose además la bibliografía existente en las bibliotecas del Seminario de Derecho Político, que está a cargo de MANUEL RAMÍREZ, y del Seminario de Filosofía del Derecho que dirige JUAN JOSÉ GIL CREMADES, ambas de esta última casa de estudios. Muy ricas en información resultaron ser las bibliotecas del Instituto de Investigaciones Jurídicas y de la Facultad de Derecho, ambas en el campus de la Universidad Nacional Autónoma de México, sobre todo, en lo relativo a traducciones españolas de artículos de HANS KELSEN poco conocidos, salvo por los estudiosos. Sin mengua, en México, a nuestro entender, se han publicado en castellano casi todas las obras claves de KELSEN, conforme se podrá colegir de la bibliografía que más adelante se cita. De manera paralela, en Argentina, con mínima ventaja sobre México, también se enfocaba la mira en la doctrina kelseniana. De allí que muchos de los datos que aquí plasmamos fueron consultados en la selecta y bien documentada biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, como también en las bibliotecas "ENRIQUE GALLI" y del Poder Judicial, ambas situadas en la ciudad de La Plata. Por si fuera poco, la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, también está artillada de un buen número de obras de Kelsen.

También me apresuro a añadir que, rica información bibliográfica, ordenada por materias, guardan los anaqueles de

la biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. ¡Qué fácil es investigar y recolectar bibliografía cuando se tiene a la mano la documentación debidamente clasificada! Pero eso no es todo, ya que la recopilación debe ser confrontada para tener la ficha exacta, tanto de la obra como del autor. Estos pequeños detalles se han tomado en cuenta en el momento de elaborar la presente bio-bibliografía. De tal suerte que las líneas que ahora vienen no han sido tarea de un solo momento, ni mucho menos fruto del azar, sino que destilan al compás del tiempo, producto de nuestros viajes, en mérito de los datos proporcionados por las bibliotecas que se han mencionado, y otros fondos más, tales como las que se encuentran en las Universidades Carlos III de Madrid, Valencia, del País Vasco, Autónoma de Barcelona, RAMÓN LLULL, también en Barcelona, Granada, Cádiz, la bien documentada biblioteca del Tribunal Constitucional de España, y las bibliotecas del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, cuya sede se encuentra en Oñati, y del Istituto Giuridico "ANTONIO CICU" ubicado en la Universidad de Bologna.

Por consiguiente, hasta donde alcanza nuestra información, en habla castellana tan sólo existen dos publicaciones –de difícil acceso al lector– sobre la producción bibliográfica kelseniana. A saber, la preparada por sus discípulos ERNESTO C. HERMIDA y HUGO CAMINOS cuyo título es *Bibliografía de Hans Kelsen* (Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1949, 52 págs.), y la aparecida en la Revista de Ciencias Sociales (Nº 6, Valparaíso, 1974, págs. 459-465), cuyo contenido rendía un homenaje a HANS KELSEN, al cuidado de uno de sus más entusiastas seguidores y permanente difusor en Chile, AGUSTÍN SQUELLA NARDOCCI, Rector de la Universidad de

Valparaíso. Años después, dicho número se ha vuelto a reeditar, con algunas modificaciones.

Pues bien, se comprenderá que, de todos modos, al cabo de varios años, los postulados y la producción bibliográfica del académico HANS KELSEN, desperdigada en libros, artículos, reseñas o prólogos, en idioma español, ha ido *in crescendo*, especialmente la que concierne a artículos. Empero, hasta 1974, las obras claves de KELSEN ya estaban publicadas en castellano.

Es evidente, sin embargo, que la mayoría de los trabajos kelsenianos fueron escritos por su autor en idioma alemán. Conforme a esta visión, el hecho de que el gestor de la Teoría Pura del Derecho emigrara a otros países, debido a su origen judío, fue vital para que sus trabajos de manera preferente vieran la luz en diversos idiomas, tales como el francés, italiano e inglés. En parte porque el propio KELSEN, por causa del desvarío totalitario nazi, se veía forzado a escribir en otras lenguas distintas a la suya. A la verdad, el problema del idioma, KELSEN lo fue superando con rapidez, o quizás también por la divulgación que se obtenía a través de sus discípulos extranjeros, formados en la legendaria *Wiener Schule*. Y, por añadidura, debido a la fama que cada día iba adquiriendo el autor de la *Teoría Pura del Derecho*. En esta tesitura, ROBERT WALTER, difusor de KELSEN, quien goza en vida, en una enjundiosa y paciente recopilación, ha demostrado que las obras de HANS KELSEN han sido traducidas a 125 idiomas!, empezando —en términos alfabéticos— por el árabe, el búlgaro, el castellano, el coreano, el chino, el danés, el finlandés, el griego, el hebreo, el holandés, el húngaro, el indonesio, el japonés, el noruego, el polaco, el portugués, el rumano, el serbio, el turco, etc.

Una vez precisado lo anterior, por supuesto, cabe afirmar que haciendo un balance *a priori*, tenemos como resultado que las obras de HANS KELSEN están traducidas mayormente al inglés, luego al castellano, francés e italiano, no quedándose atrás la lengua japonesa<sup>(2)</sup>.

### III. ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS DE HANS KELSEN

En este orden de ideas, echemos una ojeada sinóptica, a los datos biográficos de HANS KELSEN. Nuestro autor nació en la ciudad de Praga, el 11 de octubre de 1881<sup>(3)</sup>. En todo el

---

(2) *Vid.* el sugerente libro de Robert Walter, *Hans Kelsen-Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Wien, 1985, págs. 53-97. En esa línea consultese, Wolfgang Schild, *Las Teorías Puras del Derecho. (Reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter)*, traducción del alemán por Ernesto Volkenning, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1983.

(3) Sobre el particular, mayores datos bio-bibliográficos de Kelsen se pueden consultar en mis trabajos: "Dos obras póstumas de Hans Kelsen", en el Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Nº 7, Valparaíso, 1989, págs. 433-443, y "AA.VV.: El otro Kelsen", en el Anuario citado, Nº 11, Valparaíso, 1993, págs. 311-317. De igual forma, *The New Encyclopædia Britannica*, 15<sup>th</sup> edition, Chicago, 1988, voz "Kelsen, Hans", volume 6, págs. 791-792, incluye retrato del autor, y voz: "Pure theory of law", volume 25, págs. 732-733. Finalmente, el artículo de Pablo Lucas Verdú, colmado de sugerencias, "El orden normativista puro. (Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen)", en la Revista de Estudios Políticos, Nº 68, Madrid, 1990, págs. 7-93. Puede ser útil, además, en vía de complemento, *Encyclopædia del pensiero politico*, diretta da Roberto Esposito e Carlo Galli, Editori Laterza, Roma-Bari, 2000, voz: "Kelsen, Hans", a cargo de Geminello Preterossi, págs. 356-358.

decurso de su existencia tuvo una vida agitadísima, empezando por los viajes que emprendió, luego de haberse educado en la Viena imperial. En lo que atañe al complemento de su formación, el año 1911 KELSEN asistió en Heidelberg al Seminario de GEORG JELLINEK (1851-1911), a quien consideró como uno de sus maestros, no empece que algunas de sus ideas no las tomó en cuenta. JELLINEK había enseñado en la Universidad de Heidelberg entre 1891 y 1911. De igual forma, reconoció el influjo de la Escuela neokantiana de Marburgo, representada por HERMANN COHEN (1842-1918), en especial, la *Etica de la voluntad*<sup>(4)</sup>, y de ERNST CASSIRER (1874-1945).

De vuelta a Viena, KELSEN se dedica al ejercicio de la enseñanza como profesor privado extraordinario (*Privat Dozent*). Es en estos primeros albores de su actuación profesoral donde se gesta la afamada Escuela de Viena, teniendo como primeros discípulos a JOSEF L. KUNZ, ALFRED VON VERDROSS y ADOLF J. MERKL, con quienes anudó sus lazos de amistad hasta los últimos días de su vida, aun cuando, como recuerda METALL, el primer discípulo y seguidor de las enseñanzas de KELSEN, fue FRANZ WEYR (1879-1951), dos años menor que su maestro.

En 1912, se casó con MARGARETHE BONDI, procreando dos hijas, ANA y MARÍA. A consecuencia de la Primera Guerra Mundial, KELSEN se desempeñó en 1918 como teniente de reserva. Fue un gran teórico del Derecho, sobresaliendo también en el campo práctico. Lo demostró cuando, en 1919, el

---

(4) *Vid.* sobre ello, Agustín E. Ferraro, "Kelsen y la ética universalista", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 21, vol. II, Alicante, 1998, págs. 129-144.

Canciller KARL RENNER (1870-1950) le encomendó elaborar, en compañía de HEINRICH LAMMASCH, la Constitución Federal para la República austríaca —adoptada el 1º de octubre de 1920 y actualmente en vigencia— que acababa de independizarse tras la caída de la monarquía Austro-húngara. Resaltan en dicha Constitución nítidamente la democracia parlamentaria y el Tribunal Constitucional, en el que fungió KELSEN de juez y ponente, desde 1921 hasta el 15 de febrero de 1930. Ese año se fue a la ciudad alemana de Colonia, cuya Universidad escuchó la predica kelseniana, desde el ámbito del Derecho Internacional hasta 1933. Entre los años 1933 y 1940, KELSEN se dedica a enseñar, sin ningún tipo de reticencia, en la Universidad de lengua alemana de Praga y en el *Institut d'Hautes Etudes Internationales* de Ginebra. En pocas palabras, la arquitectura doctrinal de sus ideas empieza a escucharse en América desde junio de 1940 cuando llega a Estados Unidos, país que le concedió la ciudadanía, habiéndose jubilado el 25 de abril de 1952, en la Universidad de California, luego de haber dictado un ciclo de conferencias en Harvard, el año 1941. En el país del norte, como recuerda EDUARDO J. COUTURE, KELSEN estuvo tratando de formar nuevos adeptos en medio de glacial indiferencia.

Con motivo de su visita a México, en 1960, la Universidad Nacional Autónoma de México, lo nombró “Profesor extraordinario” el 5 de abril de dicho año<sup>(5)</sup>. Anteriormente, merced a su valor científico, la misma Universidad le confirió

---

<sup>(5)</sup> *Vid.* la nota aparecida en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, Año XIII, N° 37, México, D.F., 1960.

el grado de *Doctor Honoris Causa*, exactamente, en 1951. Las polémicas iniciadas a principios de los años veinte, y que luego continuaron, que sostuvo KELSEN con EUGEN EHRLICH (1862-1922), CARL SCHMITT (1888-1985), RUDOLF SMEND (1882-1975), MAX ADLER (1873-1937) y su discípulo rebelde FRITZ SANDER (1889-1939), añadiéndose las críticas implacables que le hizo al marxismo, como nadie, forman un capítulo aparte de la briosa etapa de su vida. Bajo esta luz, el imperativo de la doctrina abisal de KELSEN salió, sin matices, airosa.

A efectos meramente descriptivos, mencionemos un pasaje de la vida de KELSEN, en el cual escribió un poema, a raíz de la visita que le hizo el mexicano SCHMILL ORDÓÑEZ, el día 21 de abril de 1967, en su casa ubicada en Los Angeles Ave., Berkeley. El contenido es el siguiente:

#### CARPE DIEM<sup>(6)</sup>

*Pronto, Oh! Tú empalidecerás.*

*Dejarás este bello mundo.*

*Y serás olvidado.*

*Por ello no debes preocuparte;*

*Siempre es hoy, nunca mañana;*

*El tiempo es ilusión.*

*No ensueñes lo muy lejano,*

*Puedes dar lugar a dichas cercanas.*

*¡Sólo lo que tomas es tuyo!*

---

<sup>(6)</sup> El texto ha sido tomado de Ulises Schmill Ordóñez, "Un poema de Hans Kelsen", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, Alicante, 1996, pág. 35. Incluye el manuscrito original de Kelsen, escrito de su puño y letra.

A la vista del tenor transcrita, resulta con claridad suficiente que en el plano humano, sin desmerecer el supremo esfuerzo científico que practicó, HANS KELSEN, desde los años de su realización vocacional hasta su etapa de vejez, mantuvo una línea de principio fiel, incólume y sensible, por encima de su expresar agnóstico. Más en detalle, HANS KELSEN dejó de existir en Berkeley, Estados Unidos, el 19 de abril de 1973. En puro rigor, el *pathos* y el *ethos* de la doctrina del Maestro fallecido seguirá siendo una piedra de toque para todo aquel que investigue dentro del campo de la Ciencia Jurídica. En especial, el tema de la norma fundamental (*Grundnorm*), o Constitución en sentido lógico-jurídico, que ha dado lugar a interpretaciones más diversas y a objeciones más heterogéneas<sup>(7)</sup>.

#### IV. LOS TRADUCTORES DE LAS OBRAS DE KELSEN

Ahora bien, digamos algo sobre los traductores de las obras de HANS KELSEN. Fueron LUIS RECASÉNS SICHES y JUSTINO DE AZCÁRATE FLOREZ los primeros en divulgar el pensamiento kelseniano en español, al traducir del alemán el *Compendio esquemático de una Teoría General del Estado*, en 1928. RECASÉNS SICHES había sido discípulo de KELSEN en la afamada Escuela de Viena y, por lo tanto, conocía en punto de perfección los escritos y supuestos fundamentales kelsenianos, siendo en castellano su más temprano conocedor.

---

<sup>(7)</sup> *Vid.*, sobre el particular, Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996. Incluye al final referencias bibliográficas, muy copiosa, de Kelsen y sobre la obra de Kelsen.

En línea con las anteriores consideraciones, otro español, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, también discípulo de KELSEN en Viena, tradujo del manuscrito alemán en 1933, el opúsculo *La Teoría Pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, y que en castellano constituye el antecedente más remoto de un resumen de la Teoría Pura del Derecho. El propio LEGAZ, en el año 1934, en colaboración de LUIS EUGENIO TAPIA tradujeron del alemán el libro *Esencia y valor de la democracia*. Prosiguiendo con su labor de traductor, LEGAZ Y LACAMBRA el mismo año, 1934, tradujo del alemán el no menos importante libro de KELSEN *Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925), que ha alcanzado numerosas reimpresiones, y que honra así a su traductor. Por un lado, en Madrid, el año 1935 apareció publicado en la centenaria Revista General de Legislación y Jurisprudencia (volumen Nº 146, págs. 769-789), el artículo «La técnica del Derecho Internacional y la organización de la paz», cuya traducción del idioma alemán también estuvo a cargo de LEGAZ Y LACAMBRA<sup>(8)</sup>. Se desprende de lo dicho que el jusfilósofo es-

---

(8) *Vid.* además la traducción del alemán que realizó Legaz y Lacambra al ensayo de Kelsen "Teoría Pura del Derecho y Teoría Egológica. Respuesta al artículo de Carlos Cossío «Teoría Egológica y Teoría Pura» (Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina)", publicado en la Revista de Estudios Políticos, Nº 71, Madrid, 1953, págs. 3-39. Para un bosquejo iluminador, también de Legaz, consultese su libro *Kelsen. Estudio crítico de la Teoría Pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Librería Bosch, Barcelona, 1933. Antecede Prólogo de Luis Recasens Siches.

pañol abrió horizontes del pensamiento kelseniano en castellano, difundiendo las ideas de HANS KELSEN, a través de sus obras hasta entonces publicadas, en *Filosofía del Derecho, Ciencia Jurídica, Teoría Política, Derecho Constitucional y Derecho Internacional*. En consecuencia, fue en las orillas ibéricas, en las ciudades de Madrid y Barcelona, donde se difundió por vez primera, en castellano, las obras de KELSEN, habiendo abarcado un período corto pero fecundo, desde 1928 hasta 1935. Por otro lado, el franquismo, en realidad, hizo mucho daño al lector español, y la atmósfera intelectual se apagó. Ante tales circunstancias, diversos jóvenes y brillantes profesores españoles tuvieron que emigrar a América, radicando principalmente en México y Argentina, países donde dicho sea de paso sus lectores se beneficiaron enormemente.

Por lo que respecta a América, en La Habana se publicó por vez primera, en 1932, el prólogo que escribió KELSEN al libro de EMILIO FERNÁNDEZ CAMUS, *Filosofía Jurídica contemporánea*, cuya traducción del alemán la hizo el propio filósofo del Derecho cubano<sup>(9)</sup>. El manjo de ideas kelsenianas se plasmaron en Cuba debido a la visita que realizó el maestro vienes en dos ocasiones a la Universidad de La Habana, en

---

(9) Más que Prólogo fue una carta. Fernández Camus, volvió a reproducirlo en su libro *Filosofía Jurídica. (Orientaciones fundamentales)*, Universidad de La Habana, La Habana, 1948, págs. 6-8. También fue publicado con el título "Situación actual de la Filosofía del Derecho", en la revista *Ius et Praxis*, N° 15, Lima, 1990, págs. 173-175. Al final, se incluye una Apostilla nuestra.

1949 y 1950, gracias a la invitación que le formuló su antiguo discípulo ANTONIO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y MONTORO<sup>(10)</sup>. Es más, a la fecha la presencia de KELSEN en Cuba sigue *in vivo*. Baste un ejemplo: el desarrollo del “Seminario Internacional sobre la obra de HANS KELSEN”, auspiciado por la Fiscalía General de la República, la Unión Nacional de Juristas de Cuba y el Instituto HANS KELSEN de Austria, durante los días 3 al 7 de febrero de 1992, en la sede de la Unión de Juristas, y al cual acudieron diversos especialistas de América Latina, como también la participación del profesor ROBERT WALTER. En esta vía, RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA, al momento de clausurar la velada académica, decía lo siguiente: “Sé que muchos en Cuba y también en el extranjero se habrán preguntado por qué en Cuba un seminario sobre KELSEN. La respuesta para mí es sencilla, KELSEN, es uno de los grandes exponentes del pensamiento jurídico del siglo XX, no concibo un jurista medianamente formado e informado que no conozca al menos elementalmente el pensamiento de KELSEN,

---

(10) Así las cosas, merece notarse de manera especial lo expresado con fervor universitario por Sánchez de Bustamante y Montoro: “Alentamos la esperanza de que este enfoque de la vida, para buscar en ella la pulsación del Derecho, nos haga comprender que, si bien la Teoría Jurídica Pura es en sí misma un sistema cerrado y completo, no por ello resulta menos necesario indagar la vida social en que las normas han de realizarse, pero todo ello sin confusiones metodológicas, en la buena senda de Kelsen. Norma y vida, si bien distintas gnoseológicamente, deben enfocarse como complementarias”. *Cfr. Sociología Jurídica*, Cultural, S.A., La Habana, 1953, págs. 7-8.

como creo que no puede haber un profesional de las ciencias sociales y políticas que no conozca a MARX, o un psicólogo que no conozca el pensamiento de otro gran austríaco FREUD. Son pensamientos vitales con los cuales se puede estar completamente o parcialmente de acuerdo, o totalmente en desacuerdo, pero no se pueden ignorar a Hombres que hay que leer y releer, estudiar e interpretar sin dogmas de ningún signo y tomar de ellos lo que pueda ser útil para todos aquellos que creemos y luchamos por el progreso espiritual y material del Hombre y de la Sociedad”<sup>(11)</sup>.

Hemos de hacer notar, que en 1936 salió a luz el artículo “Dictaduras de partido”, en la Revista de la Universidad de Panamá, Nº 4, págs. 1-12, poco conocida en el ambiente académico de la época. La traducción del francés la realizó GRACIELA MOSCOTE DE CANTORÁN. Lástima que este Informe que presentó KELSEN al Instituto Internacional de Derecho Público, en la sesión de 1934, no se ha vuelto a reeditar. Es importante señalar, que a partir de 1941 el influjo kelseniano va a soldarse en América Latina gracias al trabajo publicista realizado en Buenos Aires por el Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que capitaneó CARLOS COSSIO. Ese año,

---

(11) *Cfr.* Ramón de la Cruz Ochoa, “Consideraciones sobre Hans Kelsen”, en Revista Cubana de Derecho, Nº 6, La Habana, 1992, págs. 34-35. Más en detalle, se pueden consultar en la misma revista a Fernando Cañizares Abeledo, “Sobre el pensamiento de Hans Kelsen”, págs. 20-23, y Miguel A. D’Estéfano Pisani, “Hans Kelsen y el Derecho Internacional”, págs. 24-32.

1941, se publicó el libro *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, a cargo de la reconocida Editorial Losada, S.A. La traducción hecha de la primera edición alemana, que data de 1934, estuvo a cargo de JORGE G. TEJERINA.

Así, en suma, otros autores se abocaron, en lo fundamental, a traducir artículos y ensayos de KELSEN, incluyéndose algunos de sus libros. Ahí están presentes, en su gran mayoría, los siguientes: EDUARDO COGLAN, CONSTANTINO RAMOS, ENRIQUE FERRER VIEYRA, JAIME PERRIAUX, ROBERTO J. VERNENGO, quien fue discípulo de KELSEN en Estados Unidos, LUIS ECHAVARRI, GENARO R. CARRIÓN, FRANCISCO AYALA, el propio LEGAZ ya mencionado, CARLOS COSSIO, quien polemizó con KELSEN en Buenos Aires el año de 1949, ERNESTO GARZÓN VALDÉS, ALFREDO J. WEISS, MOISÉS NILVE, NAPOLEÓN CABRERA, HUGO CAMINOS y ERNESTO C. HERMIDA, los dos discípulos de KELSEN en Estados Unidos, EDUARDO A. VÁSQUEZ, EUGENIO BULYGIN, R. INÉS W. DE ORTÍZ, JORGE A. BACQUE y MARÍA ISABEL AZARETTO. Algunos de ellos, docentes universitarios, otros, tan sólo traductores a secas. Fueron las ciudades de Buenos Aires y Córdoba donde se publicaron las obras de KELSEN, a través de los siguientes órganos (revistas) especializados: La Ley, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Revista del Instituto de Derecho Internacional y Lecciones y Ensayos. Hoy en día, debido al auge de la Filosofía Analítica en Argentina, sin desprenderse del hilo conductor del pensamiento de KELSEN, otros autores representativos del mundo jurídico están en la mira del lector universitario.

En aras de la mayor proximidad, en la misma década de los años cuarenta, y en plena Segunda Guerra Mundial, es México el país que abrirá sus cauces para recibir con beneplácito las obras de HANS KELSEN. Mucho le debemos al jusfilósofo EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, gran conocedor de KELSEN, y de los idiomas extranjeros, merced a las prolijas traducciones que hizo en 1943 del francés de la obra *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho* y, muy en especial del inglés, en 1949 del libro *Teoría general del Derecho y del Estado* (*General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945), cuya acogida en el mundo hispánico fue plena y satisfactoria por parte del lector universitario, inclusive hasta la actualidad. Gracias a ello, GARCÍA MÁYNEZ supo situar bien los meridianos y los paralelos del pensamiento kelseniano, por el hecho de conocer en profundidad, y que constituye una admirable prueba de suficiencia, el inglés, el francés y el alemán<sup>(12)</sup>.

En este orden de cuestiones, es menester señalar, que en México también apareció, en 1943, la traducción del libro en inglés que hizo FLORENCIO ACOSTA, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. A continuación, en 1960, EMILIO O. RABASA tradujo la versión inglesa de la *Introducción a la*

---

(12) En cuanto al tema, *vid.*, por ejemplo, Eduardo García Máynez, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. (Exposición y crítica)*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1978. Del mismo autor, entre muchos de sus trabajos, véase "Importancia de la Teoría Jurídica Pura", en *Dianoia*, Año VII, N° 7, México, D. F., 1961, págs. 3-21.

*Teoría Pura del Derecho*, que ahora se publica nuevamente en el Perú. Renglón especial ocupa la traducción que efectuó ROBERTO J. VERNENGO, en 1979, del alemán a la segunda edición definitiva, reelaborada y ampliada de la *Teoría Pura del Derecho* (*Reine Rechtslehre*, Wien, 1960). El profesor mexicano ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN hizo una traducción en 1974 del francés, el clásico opúsculo de KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, y que fue publicado en el Anuario Jurídico (Nº I, México, D.F., págs. 471-515), y revisado por GARCÍA BELAUNDE en la revista *Ius et Veritas* (Nº 9, Lima, 1994, págs. 17-43). Es más, TAMAYO, agudo crítico y divulgador de KELSEN, ha tenido a su cargo el Nº 19 del Boletín Mexicano de Derecho Comparado, correspondiente al año de 1974, en el que se rinde un sentido homenaje a HANS KELSEN, con ocasión de su fallecimiento y que, al igual que el Nº 21, también de 1974, de dicho Boletín, contienen importantes ensayos del homenajeado.

Más pronto, en 1987, el antiguo traductor español WENCESLAO ROCES va a verter del alemán, el robusto y medular libro de KELSEN, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ tuvo a su cargo las notas, revisión y presentación, y la conocida Editorial Porrúa S.A., corrió con la edición. En 1989 se publicaron diversos artículos de KELSEN recopilados en el libro colectivo rotulado *El otro Kelsen*. Ahí, el compilador ÓSCAR CORREAS dio a conocer, por vez primera en castellano, seis ensayos de KELSEN, distintos a los que ya nos tenía acostumbrados. Dicho más sucintamente, el título de la obra revela lo interesante de su contenido, cuyos aportes definitivos servirán para una mejor y correcta interpretación de la Teoría Pura del Derecho, de su alcance y significado, desde otro ángulo visual.

Siguiendo el camino, el lector encontrará en México publicaciones diversas de KELSEN en revistas científicas, tales como la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, y su sucesora, la Revista de la Facultad de Derecho de México; La Justicia, y la Revista Jurídica Veracruzana, amén de las ya citadas. Como se ve, la mente prodigiosa y llena de sabiduría de KELSEN se ha plasmado en México merced al impagable apoyo desplegado por la Universidad Nacional Autónoma de México, especialmente por su Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Con el advenimiento del nuevo régimen constitucional español, respaldado por la Constitución de 1978, el pensamiento kelseniano ha vuelto sobre el tapete. Así, tenemos que, luego de cuatro décadas, *Esencia y valor de la democracia* aparece en Madrid en su 2<sup>a</sup>. edición, en 1977. Y la 3<sup>a</sup>. edición de *Compendio de Teoría General del Estado* se lanza en Barcelona, en 1979. El libro *¿Qué es justicia?* se publicó en Barcelona en 1982. Si bien no están en este libro todos los artículos de la versión inglesa (Berkeley, 1957), la traducción hecha por ALBERT CALSAMIGLIA, reciente desaparecido, reviste suficientes méritos. En 1985 se publicó en Madrid *Socialismo y Estado*, traducido del alemán por ROLF BEHRMAN, aunque en México ya se había editado la primera versión en castellano, en 1982, traducido también del alemán por ALFONSO GARCÍA RUIZ. El año 1988 es clave para los lectores permanentes de HANS KELSEN, ya que verán la luz dos libros, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, con algunos artículos ya conocidos, y *Normas jurídicas y análisis lógico*, que constituye la correspondencia epistolar que tuvo KELSEN con ULRICH KLUG. En 1966, ELÍAS DÍAZ tradujo del francés el ensayo "Justicia y Derecho Natural", que forma parte del libro colectivo intitulado *Crítica del Derecho Natural*.

En Chile también se han publicado algunos estudios de KELSEN. En 1940, se imprimió en el Boletín del Seminario de Derecho Público (Nº 14, Santiago de Chile, págs. 52 y sigts.), el estudio «Resumen de una teoría general del Estado». La Revista de Ciencias Sociales (Nº 6, Valparaíso, 1974), contiene interesantes artículos de KELSEN. La coordinación del número especial en homenaje a KELSEN estuvo dirigida por AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI, como afirmé más arriba, a la sazón incansable difusor de la Teoría Pura del Derecho. Con anterioridad, otra revista, la Revista de la Universidad de Concepción (Año XXVII, págs. 167-179), publicó en 1964 el ensayo de KELSEN «El fundamento de la validez del Derecho», que tradujo del italiano MARIO CERDA MEDINA.

Y aún más, la producción bibliográfica de KELSEN en el Perú ocupa un lugar especial, no sólo por tener el debido permiso del *Hans Kelsen-Institut*, sino porque los breves opúsculos que se han publicado tienen el carácter de inéditos en habla española. Al margen de la labor desplegada por GARCÍA BELAUNDE con la promoción de algunos trabajos kelsenianos, en la revista *Ius et Praxis* (Nsº 14, 15 y 17), el lector podrá encontrar los tres prólogos que HANS KELSEN escribió en vida a los libros de CHARLES EISENMANN, EMILIO FERNÁNDEZ CAMUS y HEINRICH ENGLÄNDER. El interés por KELSEN en el Perú ha sido estudiado con sumo detalle por DAVID SOBREVILLA<sup>(13)</sup>. Fue desde el círculo

---

(13) *Vid.* a ese respecto, su artículo "La influencia de Kelsen en el Perú (Una revisión crítica)", en *Derecho*, Nº 31, Lima, 1973, págs. 154-162; ahora incluido en su libro *La filosofía contemporánea en el Perú*, C. Matta editor, Lima, 1996.

ius internacionalista que se publicó en el Perú por vez primera un ensayo de KELSEN, traducido del inglés por ALEJANDRO AZA, rotulado «Tendencias recientes en el Derecho de las Naciones Unidas», en Revista Peruana de Derecho Internacional (Tomo XI, Nsº 36-37, Lima, 1951, págs. 3-20).

Bastará observar, para los fines del presente ensayo, que ningún autor como KELSEN, en el ambiente jurídico, ha tenido tantos traductores. Con todo lo expuesto, surge la siguiente pregunta: ¿están publicadas en castellano las principales obras de KELSEN? Creemos que sus obras primordiales se pueden consultar, sin reparos, en el idioma de CERVANTES. Empero, estamos a la espera de que se traduzcan del alemán *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (1905), que fue, justamente, el primer vuelo bibliográfico que escribió KELSEN; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920); y *Die verfassungsreform* (1929). Algunas de estas obras ya se han traducido en Italia, lo cual significa que el ilustre KELSEN sigue siendo foco de atención para el lector italiano desde 1924, fecha que se editó el ensayo *Diritto pubblico e diritto privato*<sup>(14)</sup>. En este con-

---

(14) *Vid.* en este sentido, Hans Kelsen, *La Dottrina Pura del Diritto*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1966, introducción y traducción del alemán de Mario G. Losano. Incluye las obras de Kelsen publicadas en la versión original, como también los trabajos dados a luz en italiano ordenados hasta esa fecha. Más reciente, Losano ha publicado *Teoría Pura del Derecho. (Evolución y puntos cruciales)*, traducción del italiano de Jorge Guerrero R., Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1992.

texto, acaba de aparecer, en 1999, el libro *Diritto internazionale e Stato sovrano*, que constituye la correspondencia que tuvo KELSEN con su discípulo transalpino UMBERTO CAMPAGNOLO, incluyendo la tesis escrita en francés por este último en 1937, y presentada en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra<sup>(15)</sup>. En estricta justicia, NORBERTO BOBBIO, RENATO TREVES, VITTORIO FROSINI, ANTONIO LA PERGOLA y MARIO G. LOSANO han sido los difusores de KELSEN en Italia, sin obviar sus críticas<sup>(16)</sup>.

Este punto requiere ser enfatizado. Desde luego que, siguiendo a FROSINI, el primer crítico y estudioso de KELSEN en Italia fue ORAZIO CONDORELLI, quien publicó un artículo en 1923 sobre nuestro autor. Después le siguieron GIUSEPPE MAGGIORE, TOMMASO ANTONIO CASTIGLIA, BALLADORE PALLIERI y COSTANTINO MORTATI, cuyo libro *La Costituzione in senso materiale* se acaba de traducir al castellano<sup>(17)</sup>.

---

(15) Cfr. *Diritto internazionale e Stato sovrano*, con un inedito di Hans Kelsen e un saggio di Norberto Bobbio. A cura di Mario G. Losano, Giuffrè editore, Milano, 1999.

(16) Téngase presente, a este respecto, Mario Patrono, *Hans Kelsen. Storia di tre storie*, Giuffrè editore, Milano, 2000. Vid. también, la recopilación de ensayos de Vittorio Frosini, relativos al pensamiento kelseniano, ahora recogidos en su libro *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del Diritto*, segunda edición ampliada, Giuffrè editore, Milano, 1998, págs. 7-87.

(17) Más allá de toda disputa gremial, Mortati sostiene que el pensamiento de Kelsen "no está siempre claramente formulado". Y añade que la hipótesis de una *Grundnorm* (norma fundamental) había sido planteado ya por Walter Jellinek, hijo de Georg Jellinek, en 1913. Cfr. *La*

Finalmente, cabe señalar que la bibliografía de HANS KELSEN, mejor dicho su actividad científica, ha sido clasificada por su discípulo RUDOLF ALADÁR MÉTALL de la siguiente manera: A) Teoría general del Derecho (*Teoría Pura del Derecho*); B) Exposición crítica de fenómenos jurídico-positivos (Derecho Constitucional, Derecho Internacional); C) Filosofía del Derecho (Doctrina de la Justicia, Doctrina del Derecho Natural); D) Sociología (Retribución y causalidad, Creencias anímicas); E) Teoría Política (Democracia, Socialismo, Bolchevismo) y F) Crítica de la ideología<sup>(18)</sup>.

Preciso es terminar estas cuartillas diciendo lo siguiente: el lector comprenderá que, por razones de espacio, aquí no se aplica dicha clasificación, que es válida y estimable, reto pendiente que dejaremos para más adelante. Mientras tanto, reconozco que carezco de autoridad para empresa de tan subido vuelo. Solamente del repertorio bibliográfico de KELSEN y sobre el pensamiento de KELSEN puede salir un libro. Por ahora, se incluye la bibliografía relativa a libros y folletos traducidos al castellano. El grueso de *essays* y artículos no se mencionan.

---

*Constitución en sentido material*, estudio preliminar y traducción del italiano de Almudena Bergareche Gros y Epílogo de Gustavo Zagrebelsky, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 28, incluyendo la nota 15.

<sup>(18)</sup> Sobre el particular, *cfr.* Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, traducción del alemán por Javier Esquivel, UNAM, México, D.F., 1976, II parte. Se trata de la biografía más completa y confiable sobre Kelsen, con datos y testimonios, de lejos, muy interesantes.

## V. CRONOLOGÍA DE LOS PRINCIPALES LIBROS Y FOLLETOS DE HANS KELSEN EN ESPAÑOL

1. *Compendio esquemático de una Teoría General del Estado*. Núñez y Cía., Barcelona, 1928. Traducción del alemán de LUIS RECASÉNS SICHES y JUSTINO DE AZCÁRATE FLOREZ.
2. *La Teoría Pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933. Traducción del alemán y Prólogo de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. Hay 2<sup>a</sup> edición a cargo de la Editorial Colofón, S.A., México, D.F., 1989.
3. *Esencia y valor de la democracia*. Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1934. Traducción de la 2<sup>a</sup> edición alemana por LUIS LUENGO TAPIA y LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. Advertencia Preliminar de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA y Biografía de HANS KELSEN por RAFAEL LUENGO y WILHELM NEUMANN. Hay reimpresión de Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1974, con retrato del autor en la portada. 2<sup>a</sup> edición con Nota Preliminar de IGNACIO DE OTTO y Epílogo de PETER ROMER a cargo de Ediciones Guadarrama, Madrid, 1977.
4. *Compendio de Teoría General del Estado*. 2<sup>a</sup> edición corregida, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1934. Traducción del alemán de LUIS RECASÉNS SICHES y JUSTINO DE AZCÁRATE. Antecede un Estudio Preliminar de LUIS RECASÉNS SICHES. Hay reimpresión de la Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1980. 3<sup>a</sup> edición, Editorial Blume, Barcelona, 1979, con Prólogo de ALBERT CALSAMIGLIA.
5. *Teoría General del Estado*. Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1934. Traducción del alemán de LUIS LEGAZ Y

LACAMBRA. También hay edición de Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1965; reimpresión 1974.

6. *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1941. Traducción del alemán de JORGE G. TEJERINA y Prólogo de CARLOS COSSIO. Nueva reimpresión, 1946. 2<sup>a</sup> edición, Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1981.
7. *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*. Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM, México, D.F., 1943. Traducción del francés de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ con Prólogo de ALFONSO NORIEGA (h). Hay reimpresión de la Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1974. Hay primera edición a cargo de la Editorial Colofón, S.A., México, D.F., 1994.
8. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. F.C.E., México, D.F., 1943. Traducción del inglés por FLORENCIO ACOSTA. Prólogo de LUIS RECASÉNS SICHES. Reimpresión de Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1974. 2<sup>a</sup> edición, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1986.
9. *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945. Traducción del inglés por JAIME PERRIAUX. Incluye retrato del autor.
10. *La paz por medio del Derecho*. Seguida de un Apéndice sobre “La jurisdicción internacional obligatoria y el mantenimiento de la paz” por JOSEF L. KUNZ, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1946. Traducción directa del inglés por LUIS ECHAVARRI, y revisada por GENARO RUBÉN CARRIÓN. Antecede un Prólogo de AMBROSIO L. GIOJA.

11. *La idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1946. Estudios traducidos del alemán y del inglés por FRANCISCO AYALA, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, EDUARDO COGLIAN, GUILLERMO GARCÍA MÁYNEZ y CONSTANTINO RAMOS, respectivamente. Prólogo de ENRIQUE R. AFTALIÓN. Hay reimpresión de Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1974 que incluye retrato del autor en la portada.
12. *Teoría general del Derecho y del Estado*. UNAM, México, D.F., 1949. Con numerosas reimpresiones. Traducción del inglés por EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ.
13. *Problemas escogidos de la Teoría Pura del Derecho. Teoría Egológica y Teoría Pura*. Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1952. Versión traducida del francés por CARLOS COSSIO, y desautorizada por HANS KELSEN.
14. *¿Qué es la justicia?* Universidad Nacional de Córdoba, Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología, Córdoba, 1956. Traducción del alemán de ERNESTO GARZÓN VALDÉS. 2<sup>a</sup> edición, 1962. 3<sup>a</sup> edición, 1966. Hay edición también en Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 1991.
15. *Teoría comunista del Derecho y del Estado*. Emecé Editores S.A., Buenos Aires, 1957. Traducción del inglés de ALFREDO J. WEISS.
16. *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?* Universidad Nacional de Córdoba, Biblioteca de Filosofía del Derecho y Sociología, Córdoba, 1958. Traducción del alemán de ERNESTO GARZÓN VALDÉS. Hay primera edición mexicana, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 1991.

- 2<sup>a</sup> edición, 1992. 3<sup>a</sup> edición, 1993. 4<sup>a</sup> edición, 1995. 5<sup>a</sup> edición 1998.
17. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Publicación de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1960. Prólogo y traducción del inglés de EMMILIO O. RABASA. Hay reimpresión de Editora Nacional, S.A., México, D.F., 1974. Incluye retrato del autor. 2<sup>a</sup>. edición, Lima, 1993. 3<sup>a</sup>. edición, Lima, 2001.
  18. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1960. 14<sup>a</sup> edición, 1976. Traducción de la edición francesa de 1953 por MOISÉS NILVE. Revisión técnica de MOISÉS NILVE y NAPOLEÓN CABRERA. Hay ediciones "piratas" en Lima y en Arequipa.
  19. *Principios de Derecho Internacional Público*. Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1965. Traducción del inglés de HUGO CAMINOS y ERNESTO C. HERMIDA.
  20. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969. Traducción del inglés y alemán a cargo de EDUARDO A. VÁSQUEZ, EUGENIO BULYGIN, GENARO R. CARRIO, R. INÉS W. DE ORTÍZ, JORGE A. BACQUE, y MARÍA ISABEL LAZARETTO, respectivamente. Hay primera edición mexicana, Distribuciones Fontamara, S.A., México, D.F., 1991. 2<sup>a</sup> edición, 1992. 3<sup>a</sup> edición, 1995.
  21. *Derecho y Lógica*. Cuadernos de Crítica, N° 6, UNAM, México, D.F., 1978. Traducción del alemán de ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ y JORGE CASTRO VALLE.
  22. *Teoría Pura del Derecho*. Primera edición en español, UNAM, México, D.F., 1979. 5<sup>a</sup> edición, 1986. Traduc-

ción de la 2<sup>a</sup> edición en alemán por ROBERTO J. VERNENGO. Antecede una Presentación de ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN. A partir de 1991, en co-edición con la Editorial Porrúa S.A., La Presentación de TAMAYO se retiró a partir de la 2<sup>a</sup> edición en español.

23. *¿Qué es la justicia?* Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1981. Traducción del inglés de LEONOR CALVERA. Reimpresión, 1987.
24. *Socialismo y Estado. (Una investigación sobre la teoría política del marxismo)*. Siglo XXI Editores, S.A., México, D.F., 1982. Traducción del alemán de ALFONSO GARCÍA RÚZ. Edición al cuidado de JOSÉ ARICÓ e Introducción de ROBERTO RACINARO.
25. *¿Qué es justicia?* Editorial Ariel, S.A, Barcelona, 1982. Edición y traducción del inglés de ALBERT CALSAMIGLIA.
26. *Socialismo y Estado (Una investigación sobre la teoría política del marxismo)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985. Traducción del alemán de ROLF BEHRMAN. Presentación de la edición española por ENRIQUE ZULETA PUCEIRO.
27. *Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado. (Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F., 1987. Traducción de la 2<sup>a</sup> edición alemana, por WENCESLAO ROCES. Notas, revisión y presentación de ULISES SCHMILL ORDÓÑEZ.
28. *Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Editorial Debate, S.A., Madrid, 1988. Traducción del alemán, francés e inglés respectivamente por JAVIER MIRA BENAVENT,

MANUEL ATIENZA, JUAN RUÍZ MANERO y ALFREDO J. WEISS.  
Selección y presentación de JUAN RUÍZ MANERO.

29. *Normas jurídicas y análisis lógico*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. En colaboración con ULRICH KLUG. Estudio Preliminar de EUGENIO BULYGIN. Traducción del alemán por JUAN CARLOS GARDELLA.
30. *El otro Kelsen*. UNAM, México, D.F., 1989. Compilación de ÓSCAR CORREAS. Incluye trabajos de HANS KELSEN, traducidos del inglés, alemán y francés por GERTRUDIS PAYÁS, JEAN HENNEQUIN, IVÁN WITKER, TERESA MARTÍNEZ TERÁN y F. LUCCE.
31. *Teoría general de las normas*. Editorial Trillas, S.A., México, D.F., 1994. Traducción del alemán por HUGO CARLOS DELORY JACOBS. Revisión técnica y presentación de JUAN FEDERICO ARRIOLA e Introducción de K. RINGHOFER y ROBERT WALTER.
32. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1995. Traducción del alemán y notas de ROBERTO J. BRIE. Estudio Preliminar de GUILLERMO GASIÓN y supervisión técnica de EUGENIO BULYGIN. 2<sup>a</sup> edición, 1999.
33. *Teoría del Derecho Internacional Consuetudinario*, Cultural Cuzco, S.A., Lima, 1996. Traducción del inglés y Nota Introductoria de NICOLÁS DE PIÉROLA Y BALTA.
34. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1997. Traducción del alemán y Estudio Preliminar de JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO.

Lima, 13 de julio de 2001.

# UN LIBRO DE KELSEN (\*)

GERARDO ETO CRUZ (\*\*)

Nombrar a HANS KELSEN puede parecer un nombre desconocido para cualquier persona; pero no así para los profesionales del Derecho. En efecto, HANS KELSEN es internacionalmente conocido en el mundo jurídico. No sólo por haber sido el creador de la célebre “Teoría Pura del Derecho”, sino por su exuberante producción y su implacable capacidad reflexiva que podría decirse que es a partir de KELSEN cuando el Derecho probablemente adquiere una verdadera rigorización del *episteme* jurídico.

---

(\*) Publicado en el diario *La Industria* de Trujillo (Perú), el 29 de setiembre de 1993.

(\*\*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Trujillo y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca.

Viene a colación la egregia personalidad de este jurista, pues recientemente ha salido publicado en el Perú una bella edición, con retrato del autor en la carátula y ciertamente destinada al amplio público universitario intitulada *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Esta maravillosa obra, editada en Lima y escrita por el mismo KELSEN, se la debemos a dos juristas de nota: uno, el maestro DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, y otro, su discípulo, JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO, quienes han tenido el acierto de solicitar al *Hans Kelsen-Institut* (Viena) la autorización para esta edición, que en rigor de verdad, se publica por segunda vez (1ra. edición, México, D.F., 1960 y 2da. edición, Lima, 1993, Ediciones Luis Alfredo).

## I. ANTECEDENTES DE LA OBRA

El libro (139 págs.) surge en el contexto de un ciclo de conferencias que daría KELSEN en México. En efecto, en 1960 fue invitado a exponer su Teoría Pura a través de diversas conferencias magistrales en la Universidad Autónoma de México, y para ello preparó unos apuntes que sustentarían su exposición. Estas redacciones posteriormente fueron traducidas (la versión original fue escrita en inglés) al castellano por el profesor EMILIO O. RABASA y publicado posteriormente por la Facultad de Derecho de la UNAM. Desde esa fecha no había salido publicada otra edición. Fue así como DOMINGO GARCÍA BELAUNDE se propuso exhumar este formidable trabajo y para lo cual, después de diversas coordinaciones con el *Instituto Hans Kelsen* de Viena, actual titular de los derechos de autor del sabio austriaco, se otorgó el permiso correspondiente a esta histórica edición peruana, a través del Dr. ROBERT WALTER, Director Ejecutivo del *Hans Kelsen-Institut* y uno de

los supérstites discípulos que guardan y tutelan celosamente la ingente producción académica de Kelsen.

## II. EL AUTOR

La vida de HANS KELSEN está preñada de diversos episodios que van desde el nacimiento mismo en Praga (1881) hasta su deceso en Berkeley en 1973, habiendo llegado a la cima de los 91 años con una fecunda lucidez afirmada por un tren incansable de trabajo. Uno de sus biógrafos y discípulo RUDOLF ALADÁR MÉTALL (cf. *Hans Kelsen. Vida y obra*. UNAM, México, D.F., 1976) tiene procesado más de seiscientos trabajos con diversas traducciones.

La irradiación jurígena de KELSEN empezó a cuajar en torno a la famosa Escuela de Viena. Allí habrían de pasar diversos estudiosos a degustar la sal de su inteligencia bajo el áurea académica de los años 20 y 30. Por entonces, el joven KELSEN había dejado de ser un funcionario real del Imperio Austro-Húngaro para ser un funcionario demócrata. Sin embargo, en el período de entre guerras, KELSEN fue víctima de una intriga antisemita que le obligó a salir de Austria, terminando su vida y residencia en los Estados Unidos.

## III. LA OBRA

La edición viene con una breve y sencilla presentación de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE para un público básicamente universitario. Al trabajo se acompaña un estupendo "Apéndice Bio-bibliográfico" del profesor JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO. Este joven jurista limeño es actualmente uno de los más

finos y penetrantes investigadores de la vida y obra del pensador austríaco (*vid.* sus diversos trabajos en la Revista *Ius et Praxis* de la Universidad de Lima). En líneas generales, la obra ofrece un brochazo panorámico del pensamiento kelseniano escrito, y esto es lo bueno, por su propio autor y a nivel introductorio.

Allí el lector, sin muchos apremios, podrá entender la concepción jurídica de la Escuela de Viena en esquemáticos pero sugestivos temas, cuyo índice es el siguiente: 1. El Derecho: Norma o hecho; el "ser" y el "deber ser". 2. El Derecho, un orden coercitivo. 3. Causalidad e imputación. 4. Norma jurídica y enunciación descriptiva del Derecho. 5. Conflicto de normas. 6. Validez y eficacia. 7. Derecho y Estado. 8. Positivismo jurídico y Derecho Natural. 9. Derecho y Moral, Derecho y Justicia. 10. Validez del Derecho. 11. Derecho Internacional y 12. Doctrina jurídica y concepción del mundo.

En suma, nos encontramos ante una valiosa e indispensable obra de un genio del Derecho, que por lo demás ha sido traducido a veinticinco idiomas.

# SOBRE LOS HOMBROS DE KELSEN<sup>(\*)</sup>

AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI<sup>(\*\*)</sup>

Mi único recuerdo personal de HANS KELSEN se remonta a 1967. En compañía de otros estudiantes de Derecho y del profesor ANTONIO BASCUÑÁN, pude visitarle en la grata y nada ostentosa vivienda que él ocupaba junto a su esposa en una de las colinas de Berkeley. Permanecí entonces casi todo el tiempo en silencio ante el notable jurista, inhibido seguramente por la lucidez, la agilidad y la modestia con que trajinaba entre sus libros y papeles, mientras daba respuesta a las preguntas que el grupo de visitantes le dirigíamos.

---

(\*) Publicado en la Revista *Ius et Praxis*, N°s 21-22, enero-diciembre, Lima, 1993, págs. 267-270. Una primera versión se publicó en *El Mercurio* de Santiago de Chile con fecha 28 de diciembre de 1993, y vuelto a reproducir en *El Comercio* de Lima.

(\*\*) Rector de la Universidad de Valparaíso (Chile).

Recuerdo, asimismo, que al término del encuentro nos anunció que esa tarde debía ir al campus de la Universidad para ver una antigua película. Aceptó fotografiarse con nosotros frente a su casa, junto a una verja de madera, y le vimos alejarse en seguida no hacia el interior de la vivienda, sino calle abajo, en un viejo Chevrolet 51, cubierto por un arrugado impermeable, mientras conducía con algo de prisa y distracción, a punto de estrellarse contra el cerro y luego contra una pareja de árboles. Tenía entonces 86 años y era la época del año en que se insinuaba ya la primavera en California.

HANS KELSEN, el jurista más destacado e influyente del siglo, iba a morir en esa misma casa de Berkeley en 1973, a los 91 años. Se cumplen, pues, en éste ya 20 años de su muerte y no veo por qué estas líneas no puedan servirnos para avivar su memoria y hacer un recuerdo de su obra. Los partidarios de sus ideas compartirán nuestro propósito y se sumarán a este homenaje. Sus detractores concederán al menos lo que uno de sus críticos LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, admitió alguna vez con hidalguía: "Si hoy podemos ver más que KELSEN —dijo el filósofo español— es a condición de montarnos sobre sus hombros".

KELSEN es bien conocido entre los juristas por el esfuerzo que desplegó para procurar una mejor comprensión del Derecho, de su estructura y de las nociones fundamentales de su conocimiento. Llamó *Teoría Pura del Derecho* a uno de sus libros y esta misma denominación acabó sirviendo para designar al conjunto total de su pensamiento. Ese modo de hablar, sin embargo, fue tal vez la fuente de muchos de los malentendidos y confusiones que su obra produjo entre quienes creyeron erróneamente que el autor vienes preten-

día presentar al Derecho en un inexistente e imposible estado de pureza, cuando lo que él pretendió fue únicamente establecer las bases de una ciencia jurídica depurada de los elementos ideológicos que por siglos habían dificultado una más certera identificación y descripción del Derecho como objeto de conocimiento.

KELSEN es conocido también por sus contribuciones en el campo de la teoría política. *Esencia y valor de la democracia*, un librito suyo de 1920, es una verdadera joya en cuanto explicación sobre lo que significa hablar de democracia cuando invocamos esta palabra para referirnos a esa forma de gobierno que el propio KELSEN prefirió también a todas las demás, porque, al presuponer ella la libertad y al fundarse además en la tolerancia, era la única que correspondía con su vocación científica y con su consiguiente deseo de ver desarrollarse la ciencia con el mínimo de interferencias producidas por quienes detentan el poder.

Partidario de un conocimiento jurídico expurgado de jactancias metafísicas, de contaminaciones ideológicas y de genuflexiones ante los poderes de turno, prosélito de una forma de gobierno que se manifiesta dispuesta a entregar el poder sólo a quienes consigan para sí la mayoría y se muestren dispuestos a ejercerlo con respeto por las minorías, KELSEN no pudo menos que padecer la persecución del nacionalsocialismo y la hostilidad de los colaboradores que éste tuvo también en el mundo científico y universitario.

Después de deambular por diversas universidades europeas pudo KELSEN radicarse finalmente en los Estados Unidos, en 1940. Allí, en un clima político e intelectual muy diferente, continuó hasta el fin de sus días haciendo lo que

siempre había hecho y lo único que en verdad debe hacer todo auténtico hombre de ciencia: pensar y dejar pensar libremente, y no guardar otra fidelidad que a las pocas evidencias y a las sinceras convicciones que pueda conseguir en su comprensión del mundo y de las cosas

Los precedentes recuerdos y reflexiones encuentran motivo, como se dijo, en el reciente aniversario de la muerte de KELSEN, pero, también, en la feliz y oportuna publicación en el Perú de una obra de KELSEN que constituye un espléndido resumen de las ideas del autor. Me refiero a *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, en traducción de EMILIO O. RABASA, y que cuenta con una informada Presentación de DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y con un Apéndice Bio-bibliográfico de KELSEN que ha preparado JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO, ambos de la Universidad de Lima.

La obra en referencia fue redactada por KELSEN al modo precisamente de un compendio introductorio a su "Teoría Pura del Derecho". Esta última, por otra parte, no es sólo el título de uno de los libros más importantes del autor —que cuenta con dos versiones, una de 1934 y la segunda de 1960—, sino la denominación que acostumbra darse al conjunto de las ideas que KELSEN vertió durante su larga vida en más de seiscientas publicaciones.

Escrita con brevedad y con propósitos deliberados de simple divulgación, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho* cubre, sin embargo, con claridad y síntesis, algunos de los principales temas desarrollados por KELSEN a lo largo de toda su obra escrita, tales como Ser y Deber Ser, Causalidad e Imputación, el Derecho como orden coercitivo, Derecho y

Estado, Derecho y Moral, y Positivismo Jurídico y Doctrina del Derecho Natural.

Por lo mismo, se trata de una obra muy útil, a efectos académicos, en dos sentidos diferentes: como texto introductorio que puede ser utilizado en el primer año de los estudios de Derecho, y, a la vez, como síntesis del pensamiento del autor sobre el Derecho en un curso de término de los estudios jurídicos, como es el de Filosofía del Derecho.

La obra que comentamos fue antes publicada en México, pero es hoy de difícil hallazgo en esa edición, ya lejana, que data de 1960. Por lo mismo, y tal como señalamos anteriormente, no ha podido ser más feliz y oportuna la iniciativa del profesor GARCÍA BELAUNDE en orden a gestionar y presentar lo que constituye la primera edición peruana de una obra muy adecuada tanto como aproximación y como síntesis del pensamiento de KELSEN. Valioso es también el esfuerzo que ha hecho el profesor JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO para presentar en esta nueva edición lo que él llama Bio-bibliografía de HANS KELSEN.

En un medio como el nuestro –el de las naciones del cono sur de América– en el que este tipo de iniciativas editoriales son más bien escasas, el trabajo que han llevado a cabo los profesores GARCÍA BELAUNDE y PALOMINO MANCHEGO merece las más calurosas felicitaciones.

Así lo entendió también el *Instituto Hans Kelsen* de Viena, y su infatigable director Dr. ROBERT WALTER, cuando concedió autorización para la edición peruana de la obra que hemos comentado en estas líneas.