

### C) Crítica de libros.

**HANS KELSEN, El Contrato y el Tratado analizados desde el punto de vista de la "Teoría pura del Derecho".** Traducción de Eduardo García Máynez.

El profesor Hans Kelsen fué invitado por la Universidad Nacional de México para sustentar un "cursillo" durante los meses de enero y febrero de 1942. Dificultades de última hora impidieron al distinguido jurista venir a "Nuestra Casa de Estudios". Hombre de fina educación y amigo sincero de la cultura, quiso el Maestro Kelsen pagar su deuda y envió —escrito en francés— el resumen de las conferencias que tenía preparadas; los profesores de la Escuela Nacional de Jurisprudencia agradecemos debidamente la atención. Eduardo García Máynez se encargó de la traducción y la Imprenta Universitaria nos ha entregado un volumen más, tan pulcramente editado como todas las publicaciones que ha dirigido desde hace cinco años nuestro querido y simpático maestro don Francisco Monterde.

La "Teoría Pura del Derecho" se ha, pues, enriquecido con una nueva obra; y encanta sobremanera la lectura del libro, por la maestría y claridad de la exposición y por la elegancia de estilo que caracteriza a los escritos y traducciones del joven y gran maestro, don Eduardo García Máynez.

El nuevo libro del fundador de la Escuela Vienesa, como lo indica su título, es una aplicación de los principios de la "Teoría Pura del Derecho" a dos figuras jurídicas, el "contrato" y el "tratado". El cabal entendimiento de los capítulos que componen la obra supone el conocimiento, siquiera sea general, de los principios que integran el "positivismo formal" del pensamiento kelseniano. Por fortuna, es hoy tan conocida esta Escuela en los centros universitarios y jurídicos de México y hay tanta claridad en el texto, que será de fácil acceso a nuestros estudiosos del derecho.

\* \* \*

El capítulo primero del libro que comentamos sirve al profesor Kelsen para ratificar la idea contenida en las obras que iniciaron a la Escuela, "Problemas Fundamentales de la Teoría Jurídica del Estado" y "Teoría General del Estado" y según la cual, existe un abismo infranqueable entre las categorías del **conocimiento, ser y deber ser**, de tal manera que el deber ser de las normas jurídicas

no puede derivar y fundarse sino en un deber ser de carácter más general. Esta idea del maestro vienés ha dado nacimiento al principio que se conoce con el nombre de **principio de la jerarquía de las leyes**: El mundo de lo jurídico se encuentra de tal manera enlazado que partiendo de un acto jurídico cualquiera, la multa impuesta por la autoridad administrativa por violación a las reglas del tránsito, se puede alcanzar la norma jurídica fundamental.

Los teóricos del derecho no habían entendido esta verdad y no pudieron darse cuenta de la esencia del "contrato" y del "tratado", figuras jurídicas que, para los efectos del nuevo libro del doctor Kelsen, se engloban en la palabra **convención**: La doctrina tradicional, para repetir la fraseología del jurista, opone los términos norma y convención, pero no entiende que no puede existir una diferencia radical y que en el fondo de su esencia son idénticas; esto es, norma y convención son siempre **normas**, aun cuando de grado diverso en la escala jerárquica; por norma se entiende la regla de conducta de contenido general, en tanto que la convención es una regla de conducta de contenido individual; aquélla vale para todos los posibles casos que coincidan con la hipótesis que prevé, ésta, en cambio, es únicamente aplicable a una situación concreta.

De las anteriores premisas se desprende con facilidad la nueva idea de la convención: La vieja doctrina ha considerado siempre a la convención como un acto jurídico, quiere decir, como una aplicación del derecho o más concretamente, de la regla **pacta sunt servanda**. Y la consecuencia inmediata de esta manera de plantear el problema es que se cierre para la doctrina clásica la posibilidad de considerar a la convención en todos sus aspectos. La convención es ciertamente la individualización o concretización de la norma general **pacta sunt servanda**, pero este primer aspecto no agota su esencia, pues la convención es, además, un acto creador de derecho objetivo. Ahora que para entender esta nueva función de las convenciones, precisa entender en debida forma la noción de derecho subjetivo.

El derecho objetivo se opone en la doctrina clásica al derecho subjetivo: Aquél es una regla de conducta; éste es la facultad que tiene una persona de exigir de otra determinada conducta; y son dos mundos distintos, por lo que los cambios que se operen en el mundo del derecho subjetivo no tocan la esfera del derecho objetivo, o lo que es igual, la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos no producen cambios en el derecho objetivo; la convención es un acto jurídico creador de derechos subjetivos, efectos jurídicos que se producen por aplicación de una norma del derecho objetivo, la regla ya citada, **pacta sunt servanda**, y por este mismo la convención no es creadora de derecho objetivo. El maestro de la vieja Universidad de Viena no admite estas ideas: El fenómeno primario del derecho subjetivo, afirma textualmente, es la "obligación", que no es sino el deber de conducirse de una manera determinada; pero este deber, a su vez, no puede existir sino en virtud de una norma, una norma que será todo lo individual que se quiera, pero que será siempre una norma; y es así porque un deber ser no puede derivar sino de otro deber ser, o dicho tal vez con mayor claridad, la obligación o el deber de conducirse de una manera determinada, esencia del derecho subjetivo, no

puede fundarse sino en una norma. Esta nueva comprensión del derecho subjetivo produce, como resultado inmediato, que se borre la barrera construída por la escuela clásica entre derecho objetivo y derecho subjetivo y, a la vez, que los actos creadores de derechos subjetivos, tal la convención, sean en realidad creadores de normas y que, en consecuencia, las modificaciones en el mundo del derecho subjetivo, que, prácticamente desaparece, sean también modificaciones en el mundo del derecho objetivo.

El maestro, hoy errante por la barbarie europea, tituló el capítulo primero de su libro **La convención como aplicación y como creación del derecho**; la fórmula conviene exactamente a los desarrollos que preceden a este párrafo, pues eso es, efectivamente, la convención. De un lado y en armonía con las ideas expuestas por la escuela tradicional, la convención supone la aplicación de la norma **pacta sunt servanda**; pero es también un acto creador de derecho objetivo, de una norma individual, que tendrá únicamente aplicación a un caso determinado, pero que no por ello deja de ser una norma. “Si la convención”, leemos en el capítulo primero, “tiene fuerza obligatoria y su efecto consiste en obligar a los contratantes a la realización de una conducta a la que anteriormente no estaban obligados, ello significa que la convención ha creado una norma que no existía antes de la conclusión del contrato, es decir, una norma que exige esa conducta, bien determinada que constituye el contenido de la convención . . . Tal norma es tan **objetiva** como la regla **pacta sunt servanda** que los contratantes aplican al celebrar la convención. Esta última se distingue exclusivamente de la primera por su materia, no por su carácter normativo. Una tiene un contenido general o abstracto; el de la otra es individual o concreto”.

Si quisiéramos, agrega el profesor Kelsen en otros párrafos, investigar las razones que han impedido a la doctrina conquistar estos resultados, habremos de señalar la falta de distinción entre las dos acepciones principales del término convención: En un primer sentido quiere decir **procedimiento para la producción de efectos jurídicos** y es, entonces, en lo fundamental, un acuerdo de voluntades. Pero por convención se entiende, asimismo, los efectos del acuerdo de voluntades. Pues bien, en este segundo aspecto, la convención es una norma; el efecto que produce toda convención es la norma individual que impone a los partícipes de la convención una conducta determinada. La distinción encierra una importante riqueza jurídica, pues abre insospechadas posibilidades a los estudiosos. (Esta distinción fué utilizada por nosotros en nuestro **Derecho Mexicano del Trabajo**, cuando distinguimos el contrato de trabajo como acto generador y la relación jurídica de trabajo, que puede ser consecuencia de aquél o nacer de un acto distinto; quiere decir, es posible que un acuerdo de voluntades produzca una situación de derecho objetivo, el estatus a que está sometido el trabajador.)

\* \* \*

Una vez concluída la exposición de las ideas que dejamos expresadas en el párrafo anterior, se ocupa el profesor Kelsen en estructurar la figura jurí-

dica "convención". De las distintas cuestiones que ofrece, y para no complicar esta nota, insistiremos en el problema de la jerarquía y relación entre las normas y únicamente en algunos de sus aspectos.

La ley es una norma de carácter general; la convención, según su nuevo sentido, es también una norma, pero de contenido individual. El principio es exacto como tesis, pero no tiene un valor absoluto, o mejor, entre la ley y la convención tipo se interponen diversas modalidades que acercan la una a la otra y sirven para probar que no puede existir una separación radical entre las dos.

La "convención", de acuerdo con lo expuesto, comprende dos términos, el "tratado" en derecho internacional y el "contrato" en derecho interno. Pues bien, el "tratado" es el primer ejemplo que puede utilizarse para comprobar la afirmación que antecede: La doctrina tradicional distingue entre "tratado-contrato" y "tratado-ley"; la diferencia consistiría en que los "tratados-leyes" crean derecho objetivo, normas de contenido general, en tanto que los "tratados-contratos" dan únicamente nacimiento a derechos subjetivos. El doctor Kelsen desecha la explicación que proporciona la doctrina francesa acerca de las causas de la diferencia y critica a la doctrina alemana que ha pretendido crear tres figuras jurídicas, la ley, el negocio jurídico (*Rechtsgeschaeft*) y la llamada *Vereinbarung*, o convención creadora de derecho objetivo; y no puede admitirse ninguna de las explicaciones tradicionales porque tanto la ley, como el negocio jurídico, como la *Vereinbarung*, en cuanto creaciones, son normas que solamente se diferencian por su ámbito de validez personal. Un "tratado-ley" sería el Pacto de la Sociedad de las Naciones de Versalles, mientras que un "tratado-contrato" sería la convención que obligara a un Estado a ceder a otro determinado territorio. Y lo interesante es la afirmación de que es posible, mediante una convención, crear normas jurídicas cuyo contenido se acerca al de la ley, circunstancia que, como queda dicho, ayuda a desvanecer la oposición que se afirmaba entre la ley y la convención.

En el ejemplo de los "tratados" son las potencias soberanas las creadoras del derecho; pero también puede encontrarse esta solución en lo que se conoce, desde la época romana, como el mundo del derecho privado: Conforme a la doctrina tradicional, el contrato obliga únicamente a las personas que lo celebran, regla que tiene su base en el principio de la "autonomía de la voluntad". Sin embargo, es posible considerar algunas situaciones que atenúan el valor del principio, o sea, que pueden encontrarse convenciones de derecho privado en favor y a cargo de terceros. Serían los contratos celebrados por representante, aquellos en los que participan las personas jurídicas por los efectos que producen sobre sus socios y particularmente los actos constitutivos de derechos reales; "los llamados derechos reales", se dice en el capítulo treinta y tres, "son derechos absolutos, en el sentido de que el titular no solamente tiene la pretensión, fundada en el derecho objetivo, de que un determinado sujeto se conduzca con él de cierta manera, como en el caso de los derechos relativos (derechos personales), sino en el sentido de que el titular tiene tal pretensión frente a todos los demás sujetos, de tal modo que todos ellos están obligados a un cierto comportamiento frente al mismo titular".

El último ejemplo que puede presentarse son las “convenciones colectivas del derecho social”: “Tales convenciones”, leemos en el capítulo treinta y uno, “representan de manera muy ostensible un grado intermedio entre el acto jurídico y la ley, no sólo porque estatuyen normas generales bajo la forma convencional, sino también porque el principio de la autonomía típico para el acto jurídico, es en ellos francamente relegado a un segundo plano por el principio de la heteronomía, característico de la ley”.

La conclusión que quisiéramos desprender de los dos últimos ejemplos y, en particular, del relativo a las “convenciones colectivas del derecho social”, es la siguiente: El derecho objetivo puede ser creado por medio de la convención, de tal manera que ésta resulta fuente formal del derecho. Es verdad que esta conclusión, según el pensamiento y la construcción kelsenianos solamente es posible cuando el orden jurídico autoriza la creación de derecho por medio de la convención, pero cuando esto ocurre la convención es, sin duda, una fuente formal del derecho.

\* \* \*

No podemos intentar en estas líneas la apreciación crítica del nuevo libro del profesor Kelsen; únicamente podría hacerse con fruto analizando los cimientos mismos del edificio. Todos los días pierde terreno el formalismo y es porque resulta indispensable acercar el derecho y la ciencia jurídica a las realidades sociales y humanas. Es el camino único para cumplir con los postulados de la justicia. Pero la obra del profesor Kelsen quedará siempre como un hermoso haz de sugerencias que no deben descuidar los juristas.

**Mario DE LA CUEVA.**