

TRES TEMAS DE TEORÍA PURA DEL DERECHO

Por MARTIN D. FARRELL

La Teoría Pura exige el esfuerzo de olvidar algunos conceptos enseñados por la ciencia jurídica tradicional, para atender a la distinta significación que da Kelsen a esos mismos conceptos, pero, como ya lo advertía Heidegger "los hombres de hoy sólo podemos aprender si siempre y al mismo tiempo olvidamos"¹.

Doy en este trabajo mi opinión sobre algunos tópicos de la obra de Hans Kelsen, que pensó, requerían ciertas distinciones, generalmente implícitas en la obra, pero a veces difíciles de apreciar.

I. — NATURALEZA JURÍDICA DE LA SENTENCIA ABSOLUTORIA.

Este complejo problema, requiere como supuesto previo un análisis somero del carácter de la norma jurídica, pues, en definitiva, todo se reduce a saber si la sentencia absolutoria es norma jurídica.

En la filosofía del derecho, dice Olivecrona, sorprendentemente se ha atribuido poca importancia a la exacta definición de lo que es una norma general. Mucha confusión se hubiese podido evitar de habernos dedicado a ello, agrega, en lugar de partir del concepto de la norma como algo simple y claro².

No puede acusarse, sin embargo, a Kelsen de haber descuidado el concepto de la norma jurídica y la exacta definición del mismo puede hallarse en su "Teoría General del Derecho y del Estado", obra que, en la autorizada opinión de Kunz, constituye la versión definitiva de la Teoría Pura del Derecho³.

Para mayor certeza y claridad, en muchas frases prefiero transcribir las propias palabras de Kelsen, siempre preciso en su

¹ MARTIN HEIDEGGER. *¿Qué significa pensar?*. Editorial Nova, Buenos Aires, 1958, pág. 14.

² KARL OLIVECRONA. "El Imperativo de la Ley", apéndice a "El Derecho como Hecho", Roque Dupalma Editor. Buenos Aires, 1959, pág. 170.

³ JOSEF L. KUNZ. "La Teoría Pura del Derecho". Imprenta Universitaria. México 1948, pág. 37.

lenguaje, las que traducen su inequívoco pensamiento. Por ellas, que cito entre comillas y a continuación la página de la obra en que se encuentran, se arriba a la solución del problema⁴.

Uno de los grandes adelantos que la Teoría Pura incorporó a la ciencia jurídica, fue el de reconocer la existencia de normas individuales, por ejemplo, las sentencias. "Solamente el prejuicio, característico de la Europa continental, de que el derecho es, por definición, exclusivamente un conjunto de normas generales, así como la identificación errónea del derecho con los preceptos generales de la ley y la costumbre, han podido oscurecer el hecho de que la decisión judicial continúa el proceso de creación jurídica, de la esfera de lo general y abstracto, en la de lo individual y concreto" (pág. 160). Es interesante la referencia hecha a la Europa Continental, pues allí fue donde se formó Kelsen, quien escribe estas palabras, en cambio, en los Estados Unidos, donde impera la doctrina opuesta que confiere gran valor a los precedentes judiciales. Agregará también que "no hay duda de que el derecho no consiste solamente en normas generales. Incluye también las individuales, es decir, las que determinan la conducta de un individuo en una situación no recurrente y que, por tanto, son válidas sólo para un caso particular y pueden ser obedecidas y aplicadas solamente una vez. Ejemplos de tales normas particulares son las decisiones de los tribunales..." (pág. 44).

Ahora bien, reconocida ya la existencia de normas individuales, ¿cuál es la característica común a toda norma jurídica? "Las del derecho son normas que prescriben una sanción" (pág. 33). Todo el pensamiento kelseniano está dirigido a considerar la sanción como elemento esencial de la norma jurídica y a afirmar que no puede existir ninguna norma jurídica sin sanción. Al rebatir a Timakheff, verbigracia, dice que "una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción, es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción" (pág. 34).

Es decir, que tanto las normas generales (leyes, vg.), como las individuales (sentencias, vg.), deben contener una sanción. La idea central de este tema afirma que sólo la sentencia condenatoria es norma jurídica. La sentencia absolutoria no impone ninguna sanción y no puede, por lo tanto, reñir ese carácter.

No es éste un descubrimiento, sino sólo un poner de manifiesto el punto de vista que yace en múltiples frases de Kelsen. Cuando éste habla de sentencia, siempre se refiere a la que impone una sanción. "La resolución judicial —que es el acto típico determi-

⁴ Los textos transcritos entre comillas pertenecen a "Teoría General del Derecho y del Estado". Traducción de Eduardo García Maynez, 2ª edición. Imprenta Universitaria. México, 1958.

nante de la sanción en un caso concreto— crea una norma individualizada, que en forma condicional o incondicional, estipula la sanción” (pág. 101). Y afirmará más adelante que, “al resolver una controversia entre dos particulares o condenar a un acusado a sufrir determinado castigo, el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado. Pero, al mismo tiempo, crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo” (página 159).

Hay que establecer, en consecuencia, una importante distinción: no siempre el juez continúa el proceso de creación jurídica; sólo lo hace cuando condena, mas no cuando absuelve. El acto de absolución es aplicación, pero no creación del derecho. “Solamente los actos a través de los cuales no se establece ninguna norma pueden ser de simple aplicación” (pág. 158). Kelsen en el párrafo precitado se refiere sólo a la ejecución de una sentencia, pero más adelante dice que “si el juez absuelve al demandado, aplica, por decirlo así, la regla negativa de que nadie puede ser obligado a observar una conducta no prescripta legalmente” (pág. 175). Aplica, sí, pero no crea. Y, más claramente aún, afirma que “el tribunal puede estar obligado a absolver al acusado o a rechazar la demanda. También en este caso el tribunal aplica el derecho sustantivo...” (pág. 172).

Todo esto determina en forma absoluta el rechazo del carácter normativo de la sentencia absolutoria, debido a que en su contenido no encontramos sanción alguna. Pero, ¿qué hace entonces el tribunal cuando dicta una sentencia absolutoria? Cuando absuelve “el tribunal declara que, de acuerdo con el derecho existente, el reo o el demandado tenían la facultad de conducirse como lo hicieron” (pág. 172).

En definitiva: la sentencia absolutoria no es norma jurídica; puede definirse como la declaración de que el demandado cumplió con su deber jurídico. Es uno de los llamados “casos de frontera”, en que hay aplicación pero no creación del derecho. Esto resulta importante remarcarlo, ya que si bien se desprende del pensamiento kelseniano, en ninguna parte de la obra se menciona a la sentencia absolutoria como “caso de frontera”; Kelsen sólo menciona el caso de la norma básica, en que hay creación pero no aplicación del derecho, y como acto de aplicación sin creación únicamente considera a la ejecución de la sanción. A este caso se le agrega ahora expresamente la sentencia absolutoria. El juez crea derecho sólo cuando condena.

II. — ACTO ANTILJURÍDICO Y CONDUCTA HUMANA.

a) El problema: Conocida es la posición de Kelsen sobre lo que debe considerarse como acto antijurídico. Sostiene, en efecto, que no hay actos intrínsecamente "malos", que un acto es "malo" (antijurídico) sólo cuando está prohibido, cuando su realización implica una sanción como consecuencia; vale decir que, si a un acto determinado, el orden jurídico le asigna como consecuencia el acto coercitivo de privación de vida, salud, libertad o propiedad, ese acto es antijurídico. No importa que ese acto, desde el punto de vista ético o moral, sea indeseable o no; la noción de acto antijurídico se extrae solamente del derecho positivo y, desde este punto de vista, cualquiera puede ser el contenido de un acto antijurídico, basta que la consecuencia de su realización sea una sanción.

Evidentemente, hasta aquí no se presenta dificultad alguna. Un ius-naturalista diría, es cierto, que no cualquier acto puede ser convertido en antijurídico por la ley y que "una ley positiva contraria al Derecho natural sería inhumana, contraria a la razón y, por tanto, no tendría carácter de fuerza de ley" ². Incluso los mismos partidarios de esa posición afirman que el cumplimiento de las leyes y resoluciones judiciales, sean éstas buenas o malas, justas o inicuas, es preferible en todo caso a la anarquía ³, pero concluyen casi siempre opinando como Brentano quien decía que "no debe olvidarse que hay en este límites y que el principio obedece a Dios más que a los hombres, no debe sufrir menoscabo en su libre y sublime grandezza" ⁴. Sin embargo, no puede el Derecho natural ser guía segura del contenido de las normas jurídicas, pues como bien dice Chroust "es todavía excesivamente general, abstracto y vago como para ofrecer una solución jurídica realmente practicable frente a cualquier estado y situación de hecho específica y definida" ⁵.

Pero, pasando ahora por alto la cuestión acerca del contenido de este antecedente de la sanción, el verdadero problema se plan-

² JOSÉ COSTA GUAN. "Curso de Derecho Natural". Editora Nacional. Madrid, 1939, pág. 230.

³ EDUARDO GARCÍA MATEOS. "El Derecho Natural en la época de Sócrates" en "Ensayos Filosófico-Jurídicos". Biblioteca de la Facultad de Filosofía y Letras. Universidad Veracruzana. México, 1959, pág. 123. Comenta el autor el pensamiento de Sócrates expuesto en el diálogo "Crítón". Ver también este diálogo en: PLATÓN, "Diálogos". Ediciones Ibéricas. Madrid, 8ª Edición. Tomo I, pág. 84.

⁴ FRANCISCO BRENTANO. "El Origen del Conocimiento Moral". Revista de Occidente. Madrid, 1927, pág. 131.

⁵ ANTON - HERMANN CHROUST. "Sobre la Naturaleza del Derecho Natural" en "El Actual Pensamiento Jurídico Norteamericano". Editorial Losada. Buenos Aires, 1961, pág. 321.

tes cuando se debe responder a este interrogante: ¿Debe el acto antijurídico ser siempre conducta humana o puede, por ejemplo, transformarse un hecho de la naturaleza en acto antijurídico, imponiendo una sanción en caso de que se realice? Para aclarar veamos dos ejemplos; si yo como legislador dispongo: Al que matare a otro se le aplicarán de ocho a veinticinco años de prisión, en esta norma el acto antijurídico, será una conducta humana, la conducta de dar muerte a otro. Si dispongo, en cambio, que en caso de epidemia deben morir fusilados todos los varones de dieciocho años, la epidemia no es conducta humana. Y aquí el problema ¿es acto antijurídico?

b) La solución: A mi entender existe al respecto una confusión de conceptos que requiere una adecuada distinción.

Cuando Kelsen habla de acto antijurídico no lo define solamente como condición de la sanción, sino que dice que es "la conducta de aquel individuo, contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta"⁹, y Kunz, al exponer la definición jurídica del delito (acto antijurídico) para la Teoría Pura, repite la misma definición, como que está citando a Kelsen, y la acepta sin formularle observación alguna¹⁰. También William Ebenstein cita a Kelsen para definir el "error jurídico" (acto antijurídico) y dice que es "la conducta, definida en la regla jurídica como condición de aquella persona contra quien se dirige el acto coactivo, definido en la regla como efecto"¹¹. Considerando esta unanimidad, ni siquiera habría razón para dudar de que el acto antijurídico siempre debe ser conducta humana. Pero la cuestión se ensombrece cuando nos dice Kelsen en su Teoría Pura del Derecho que "encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la conducta humana" y cuando pone el citado ejemplo de la epidemia continúa diciendo que "algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana"¹². También García Maynez participa de estas ideas y dirá que "en lo que respecta a los hechos condicionantes conviene advertir que no son, en todo caso, conducta humana. A veces se trata de acontecimientos puramente naturales, a los que el orden jurídico atribuye consecuencias de derecho"¹³.

⁹ Kelsen, "Teoría General" cit., pág. 68.

¹⁰ Kunz, op cit., pág. 87.

¹¹ WILLIAM EBENSTEIN, "La Teoría Pura del Derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1947, pág. 187.

¹² HANS KELSEN, "Teoría Pura del Derecho", Traducción de Moisés Niles, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1960, pág. 32.

¹³ EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, "Lógica del Juicio Jurídico", Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pág. 22.

Pareciera, como he dicho, que la cuestión se ha ensombrecido. Estas últimas expresiones podrían interpretarse como que el acto antijurídico puede ser un simple hecho de la Naturaleza y, aquí aparece la necesidad de efectuar la adecuada distinción que al común expusiera.

El legislador (me refiero, claro está, al de un pueblo de civilización primitiva), puede considerar indeseable un hecho de la Naturaleza y creer que la mejor manera de evitarlo, o de que concluya si ya se produjo, es matando jóvenes de dieciocho años. Dirá entonces: la sequía es mala y la matanza de jóvenes hace que concluya. Entonces, si hay sequía debe ser que sean muertos los jóvenes. La sequía (como la epidemia de que antes hablaba), será un hecho condicionante de la sanción, pero no un acto antijurídico.

Esta es la distinción que propugno: no toda condición por cuyo motivo se aplique una sanción como consecuencia, es un acto antijurídico; para que lo sea, la condición debe ser un acto de conducta humana. Cuando por un acontecimiento natural se aplica una sanción como consecuencia, ese acontecimiento será un hecho condicionante, pero no un acto antijurídico, pues éste recién aparece cuando hay conducta humana.

Estimo que esta distinción estaba implícita en la doctrina kelseniana y sólo fue necesaria sacarla a luz. Y estaba implícita, pues en caso contrario no tendría explicación la aparente contradicción antes recordada, entre la definición del acto antijurídico como conducta humana y la afirmación de la existencia de normas que hacen abstracción de dicha conducta. Nótese que ni Kelsen ni García Maynez han hablado de actos antijurídicos que no sean conducta humana, sino de "condiciones" que no son conducta humana. Han efectuado en forma implícita, repito, esa distinción.

La solución no está en negar la posibilidad de la existencia de normas como las citadas. Han existido en el derecho primitivo y desgraciadamente las hemos visto repetirse en la época actual cuando el nazismo convirtió el mero hecho de ser judío, que en modo alguno es conducta humana, en condición de la sanción. Tampoco está la solución en considerar a dichas normas como un absurdo que nada tiene que ver con el derecho, como lo hace Ross¹⁴. La solución está, entonces, en armonizar la teoría de Kelsen efectuando la distinción que he realizado: 1) hecho condicionante; no es conducta humana, aunque su consecuencia sea una sanción; 2) acto antijurídico: debe necesariamente ser conducta humana.

Es evidente, además, que el acto antijurídico no es un elemento esencial de la norma jurídica. Puede faltar, no sólo en las

¹⁴ Alf Ross, "Hacia una Ciencia Realista del Derecho". Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 128.

normas incondicionales, sino incluso en las que tienen la forma de juicio hipotético, pero cuyo antecedente no es conducta humana, sino mero hecho condicionante.

III. — LA MULTA COMO SANCIÓN.

Puede cuestionarse el carácter de sanción que la multa reviste en la Teoría Pura, pero reconociendo siempre que ello es ir más allá del pensamiento de su creador, pues Kelsen dice expresamente "la multa que es una sanción penal. . ." (pág. 59) ¹⁵, con lo que, si se pretende negarle ese carácter, ya no se está interpretando sino corrigiendo la opinión kelseniana.

Pero no puede negarse que, a veces, el propio autor de una teoría puede estar equivocado cuando designa la naturaleza jurídica de una institución determinada de su misma teoría y por eso sería posible, dado que el problema tiene sus matices, negarle a la multa el carácter de sanción. Me permito sostener, empero, la opinión de que Kelsen no ha errado en su calificación y que, por ende, la multa es efectivamente una sanción.

La definición de sanción socialmente organizada afirma que ésta es "un acto coercitivo que un individuo determinado por el orden social dirige, en la forma establecida por el mismo orden, contra el responsable de la conducta contraria al propio orden" (pág. 23). Esta acertada concepción no hace sino recalcar una vez más la necesidad del elemento coercitivo en el derecho, pues, como bien dice Recasens Siches "la coercitividad es un ingrediente esencial en el concepto del Derecho, hasta tal punto que un Derecho no coercitivo es una expresión absurda, un "sin sentido", ni más ni menos que un "cuadrado redondo" o "un cuchillo sin mango ni hoja". La tesis antioercitiva es en el fondo anarquismo, aunque de ello no se den cuenta clara sus sostenedores" ¹⁶. Para poder probar entonces, la tesis del carácter de sanción de la multa, hay que ver si puede ser incluida dentro de la definición de Kelsen.

¿Cuál es, en primer término, el sentido que el maestro vienes ¹⁷ da a la expresión "acto coercitivo"? Es el de privación de ciertos bienes (vida, salud, libertad, propiedad) contra la voluntad del individuo (pág. 21). No es necesario, en rigor de verdad, que sea "contra" su voluntad, pues el autor de un acto antijurídico puede arrepentirse e incluso desear purgar su falta, y sin

¹⁵ Kelsen, "Teoría General" cit. Todas las citas de este autor, entre corchetas y con la página a continuación, de este tercer tema, pertenecen a dicha obra.

¹⁶ LUIS RECASENS SICHES, "Estudios de Filosofía del Derecho" en Giorgio del Vecchio, "Filosofía del Derecho". Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1948, tomo I, págs. 206 y 207.

¹⁷ Aunque Kelsen nació en Praga y es hoy ciudadano norteamericano, su doctrina se originó en la Universidad de Viena y, como Kuntz bien dice, "su temperamento y su visión del mundo son de cepa austriaca y vienesa". Kuntz, op. cit., pág. 11.

embargo la privación igual reviste el carácter de sanción. Estrictamente, hay coacción cuando la voluntad del individuo no es tenida en cuenta, cuando se procede incluso contra su voluntad¹⁸.

Aclarado esto, el segundo punto es saber cuál es el fin para el que se establece una sanción. Dirá Kelsen que las sanciones "son establecidas por el orden jurídico para provocar cierta conducta humana que el legislador considera deseable" (pág. 58), y agregará que la sanción "es convertida en una consecuencia de la conducta que se considera perjudicial a la sociedad y que, de acuerdo con las intenciones del orden jurídico, tiene que ser evitada" (pág. 59). Esa conducta es el acto antijurídico y la conducta opuesta al mismo, que el individuo debe observar, es su deber jurídico.

Ya se sabe ahora qué es una sanción y para qué es establecida. Queda por ver si la multa reviste ese carácter. Tomaré el ejemplo del artículo 108 del Código Penal, que dice: "Será reprimido con multa de cien a quinientos pesos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad". Cumpliendo la tarea propia del jurista de presentar el material jurídico en la forma de juicios que establezcan que dadas ciertas condiciones entonces tal sanción habrá de aplicarse¹⁹, diré que si se omite el auxilio sin riesgo personal o el aviso a la autoridad, entonces debe ser multa. Aparece aquí evidente el carácter de sanción que la multa reviste. Primero: es un acto coercitivo, pues sin tener en cuenta mi voluntad, se me priva de un bien (Propiedad). Segundo: la multa es la consecuencia de una conducta considerada perjudicial a la sociedad y se establece para provocar una conducta considerada como deseable, a saber, prestar auxilio al desvalido. Tercero: no creo que nadie pretenda negarle el carácter de norma jurídica al artículo 108 del Código Penal; sin embargo, si se pretende que la multa no es una sanción, ese artículo no es una norma jurídica, pues como lo he dicho antes, Kelsen repite en múltiples oportunidades que para ser jurídica una norma, debe contener una sanción.

Lo que acontece es que, generalmente, se toma como ejemplo una infracción de tránsito y se argumenta que la sanción no consiste en la multa sino en el cobro compulsivo de la misma. Si yo pago voluntariamente la multa, se arguye, aquí no hay sanción. Esto no me parece exacto, yo he violado mi deber jurídico de res-

¹⁸ Kelsen, "Teoría General" cit., pág. 106. Este agregado es de suma importancia y conviene remarcarlo ya que en una rápida lectura de la obra puede pasar desapercibido, máxime que el párrafo donde figura no corresponde al tema de la sanción sino al de la transacción jurídica.

¹⁹ Kelsen, "Teoría General" cit., pág. 53.

petar la legislación de tránsito y, sin tener en cuenta mi voluntad, se me sanciona. Se dirá que si yo no quiero pagar, recién aparece la sanción en la norma que establece el cobro compulsivo, y que si esa norma de grado superior no existiera, y el infractor no quisiera pagar, nadie podría obligarlo. Pero es fácil advertir que en el caso de que sólo existiera la norma que prescribe la multa y no la de grado superior que prescribe el cobro compulsivo, esa norma inferior igual sería jurídica aunque no estuviera garantizada por otra²⁰, y lo sería pues la multa de por sí ya es una sanción. El súbdito habría violado su deber jurídico, aunque no hubiera para el juez más que un "deber ser"²¹: el juez no está obligado a ejecutar la sanción, pero ésta existe. La conducta considerada deseable es el respeto de los reglamentos de tránsito y no que se violen y luego se pague la multa. En otras palabras, si sólo existiera la norma que impone la multa, el súbdito estaría obligado a pagar; el que no estaría obligado a aplicar la sanción sería el órgano.

También se argumenta si el infractor no paga voluntariamente la multa, nunca ésta es cobrada por el Tribunal de Tránsito. Ni siquiera preciso rebatir esta posición pues la misma significa caer en la Sociología Jurídica y decir con Holmes, "yo entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos"²², y compartir por ende la opinión de Ljowellyn quien afirmaba que la obra de Kelsen al contemplant el "derecho puro", era totalmente estéril²³.

Analizada entonces la naturaleza jurídica de la multa, se reafirma mi creencia de que Kelsen está en lo cierto cuando la considera una sanción.

²⁰ Kelsen, "Teoría General" cit. pág. 24.

²¹ Kelsen, "Teoría General" cit. pág. 28.

²² OLIVER WENDELL HOLMES, "La Senda del Derecho", traducción de Carlos A. Garber, Editorial Porro, Bs. As., 1959, pág. 19.

²³ KARL N. LJEWELLYN, "El Derecho y las Ciencias Sociales, especialmente la Sociología", Lecciones y Ensayos, Nº 4/3, pág. 32.

NOTA

En el ensayo que antecede Farrell sostiene que el acto antijurídico no es requisito esencial de la norma jurídica dentro de la exposición de la teoría general de Kelsen; lo contrario opina Quiroga Lavé en un ensayo publicado en el Nº 23 de esta Revista, donde se señala la contradicción que existiría entre la posición de Farrell y la definición del Derecho como "término social específico de instituciones de conducta" dada por el propio Kelsen. Es innecesario destacar la importancia del esclarecimiento del problema. Podría sostenerse que la definición incluye a la institución de conducta como un elemento principal pero no necesario para la existencia de la norma, en cuyo caso la definición tendría un alcance limitado. En fin, quede el problema para los alumnos que deseen polemizar a través de las páginas de esta Revista; sirve esta nota como formal invitación para ello. Los trabajos se recibirán en el Departamento de Publicaciones.

EL DIRECTOR