

Los fundamentos epistemológicos de la Teoría Pura del Derecho

Por: MARIO ALZAMORA VALDEZ

Profesor Emérito

Resumen: La Teoría Pura del Derecho tiende a construir una disciplina jurídica "pura" eliminando de ella todo contenido extraño proveniente de otras ciencias, de la Filosofía y de las ideologías, con el objeto de estudiar las normas como específicos "abstractos de sentido" pertenecientes al derecho positivo.

La doctrina de Kelsen representa "un inmenso esfuerzo por construir una epistemología del derecho, una teoría del conocimiento jurídico" como lo ha expresado acertadamente el jurista francés Albert Brimo.

Tal intento, dentro de su inspiración positivista, atribuye "a la ciencia un lugar especial en el sistema de conocimientos, reservándole el monopolio de la verdad en sentido positivo, sin alcance ontológico" que se traduce como "una especie de exactitud" que, según el neopositivismo del círculo de Viena, significa aquello que puede expresarse en términos lógicos.

Kelsen consideró, de acuerdo con la filosofía kantiana, que una ciencia no es "una simple aglomeración de conocimientos, sino conocimientos clasificados, ordenados y sistematizados".

Dentro de tales ideas, con el propósito de fundamentar la cientificidad del derecho, se impuso una doble tarea: precisar su contenido y definir su método.

Con el objeto de precisar el contenido del Derecho, Kelsen pretende librarlo de todos aquellos "elementos extraños" que fueron incorporados a la mencionada disciplina por la ciencia jurídica tradicional que, desprovista de espíritu crítico, se confundió con la Psicología, la Biología, la Sociología, la Ética y la Teología.

El objeto propio del conocimiento jurídico, depurado de los contenidos que le son ajenos, está constituido, según Kelsen, por las normas.

Por este camino llega Kelsen a construir una ciencia del derecho cuyas características son "ciencia pura" y "ciencia normativa" y cuyo método es el positivo, dado que se refiere al de derecho positivo.

El análisis de la epistemología Kelseniana demanda la precisión de las nociones de ciencia normativa, ciencia pura del derecho y de método jurídico positivo.

1.—*La ciencia normativa del derecho.*

Aunque la expresión "ciencia normativa" data sólo de la segunda mitad del siglo XIX, el núcleo de conocimientos que lleva ese nombre fué esbozado desde la antigüedad y seguido en la edad media.

La filosofía aristotélica admite tres clases de ciencias —teóricas, prácticas y creativas— no en base a los actos cognitivos sino de acuerdo con las disposiciones que condicionan su cumplimiento. El conocimiento teórico es la contemplación; el conocimiento práctico la acción moral, y el creativo la actividad creadora.

Santo Tomás de Aquino divide las ciencias en teóricas; en parte teóricas y en parte prácticas, y prácticas, si se atiende a su objeto material, a su fin y a su método, y al fin que persigue el científico. Si todos esos factores son teóricos o prácticos, la ciencia es, respectivamente, teórica o práctica. Si el objeto es práctico pero el fin y el método son teóricos, la ciencia es semi-teórica o semi-práctica. Cuando el objeto material y el fin de la ciencia son teóricos y el fin del científico es práctico, la ciencia es teórica y práctica en cierto aspecto (*secundum quid*).

La filosofía kantiana, que separa la razón teórica de la razón práctica, constituye antecedente de la ciencia normativa tal como aparece en el pensamiento de Wundt, Goblot, Husserl, y Lalande, entre otros.

El primero que utilizó la denominación "ciencia normativa" fué Wundt que dividió las ciencias en explicativas o meramente teóricas, y normativas que son teóricas y normativas a la vez, de lo que se desprende que estas últimas contienen dos

clases de proposiciones: unas teóricas que sirven de fundamento a las normas y a los juicios de valor, y otras puramente normativas.

Según Goblot las ciencias normativas tienen un fundamento teórico y sus preceptos o normas no son sino proposiciones teóricas trasladadas del modo indicativo al imperativo.

Lalande define como ciencia normativa a la que "tiene como punto de partida y de llegada, juicios de valor reconocidos como tales", que es ciencia en tanto sistema racional de conocimiento y normativa por el contenido de dichos conocimientos ya sea en forma apreciativa (esto vale más que eso) o imperativa (es preciso hacer esto o aquello).

Husserl considera que las disciplinas científicas revisten tres formas: teóricas, prácticas y normativas. Las primeras indican lo que es; las segundas lo que se debe hacer; y las últimas lo que debe ser.

Para el autor de "Investigaciones Lógicas", "las normas o proposiciones normativas" presuponen cierto género de evaluación (aprobación o desaprobación) merced a la cual se forma el concepto de una cosa "buena" (de un valor) en el sentido definido de la palabra o, según el caso, de una cosa "mala" (de un no valor) con relación a cierta clase de objetos. Conforme a dicha evaluación los objetos se dividen en "objetos buenos y objetos malos".

Según esta filosofía, cada dominio normativo requiere un valor supremo conforme al cual se puede realizar la calificación antedicha. Dicho valor supremo debe ser definido por una norma fundamental que, de acuerdo con el pensamiento de Husserl "somete los objetos de la esfera en cuestión a este postulado que debe satisfacer, en la mayor medida de lo posible, los caracteres constitutivos del predicado de valor positivo". De esto resulta que ciencia normativa es toda ciencia "compuesta de normas normalizantes ligadas a una norma fundamental".

Las ciencias de la mencionada clase se sustentan en una fundamentación teórica como lo expresó Wundt. En otros términos, toda disciplina normativa exige un sistema de conocimientos de ciertas verdades que no son normativas y que provienen de disciplinas teóricas o de su aplicación.

Durkheim considera las ciencias normativas de otro modo. Toda ciencia contiene juicios de realidad y juicios de valor. Cuando en razón de los juicios de valor que la constituyen es

fundamento de otras disciplinas (el arte, la moral) se denomina ciencia normativa.

Para la Teoría Pura, el Derecho es ciencia normativa no porque conste de normas ni las fundamente, sino porque tiene como objeto el estudio de aquellas.

Dicha ciencia no es principal y directamente normativa (*simpliciter*) sino teórica en su base y sólo en segundo término (*secundum quid*) normativa.

La distinción entre las ciencias causales y las ciencias normativas se sustenta en la división tajante y radical entre las categorías del ser (*Sein*) y del debe ser (*Sollen*) últimas e irreductibles y no deducibles ulteriormente, que comprenden el mundo de la naturaleza y el mundo del espíritu, respectivamente.

Las leyes de las ciencias causales tiene la forma de un juicio hipotético cuyos elementos se enlazan por el principio de causalidad (si A es, hay —o habrá, B) mientras que en las ciencias normativas tales elementos se vinculan por un principio que Kelsen llama de "imputación" (si A es debe ser B).

La ley de causalidad liga un efecto a una causa, el principio de imputación establece una relación entre la conducta de determinado sujeto y la consecuencia que la ley (religiosa, moral, jurídica) atribuye a dicha conducta.

Por otra parte, en tanto que la causalidad supone una cadena entre causas y efectos que, a su vez son causas de otros efectos, la imputación es un nexo único entre una cierta conducta y su consecuencia.

Las leyes causales explican el acaecer de hechos externos, sensorialmente perfectibles, que pertenecen al orden de la naturaleza y se desarrollan en el espacio y en el tiempo. Las normas se refieren a hechos humanos, no sujetos a las leyes causales, y cuya nota es la libertad.

En el mundo del derecho, los hechos tienen el carácter de jurídicos, no por su "facticidad" esto es, no por su ser natural causalmente determinado y contenido dentro de ese conjunto que se llama naturaleza, sino por "el sentido objetivo" que poseen, por la significación que tienen.

¿De dónde proviene la significación de tales actos?. Kelsen responderá que de la norma.

La norma "hace las veces de esquema de interpretación". "Que la situación de hecho sea la ejecución de una sentencia de muerte y no un asesinato (cualidad ésta no perceptible por los

sentidos) que resulta mediante un proceso lógico: por la confrontación con el código penal y la ley de enjuiciamiento criminal. Si la correspondencia antes mencionada importa la celebración de un contrato, resulta única y exclusivamente de que el estado de cosas cae directamente bajo ciertas prescripciones del código civil. El que sea el Parlamento una reunión de hombres y el resultado de su actividad una ley, en otros términos, el que dichos sucesos tengan esa "significación" indica que sólo la situación de hecho integral corresponde a los preceptos de la Constitución. Es decir: que el contenido de un acaecer efectivo concuerda con el contenido de una norma cualquiera supuesta".

Las normas —objeto del estudio de la ciencia del derecho— constituyen "específicos sustractos de sentido".

Por tal razón, las normas no deben confundirse con los actos que las producen ni con su conocimiento o representación. La producción de la norma se debe a hechos que forman parte del mundo real; su conocimiento y su representación son de orden psíquico. Las normas poseen esa peculiaridad específica: pertenecen a una esfera de sentido.

Según el pensamiento de Husserl las normas "suponen" un valor; para Kelsen las normas son valores; su validez designa su modo de existencia específica. "Si empleamos la palabra "Sollen" —ha escrito el autor de la Teoría Pura del Derecho— podemos expresar la idea de la validez de una norma al decir que: alguna cosa debe ser hecha o alguna cosa no debe ser hecha".

¿Cuál es la fuente de la validez de las normas?

La validez de las normas deriva de su ordenamiento jerarquizado como partes de un edificio jurídico, o pirámide de normas, cuya unidad se debe a la íntima conexión entre sus diversos grados.

Dentro de ese ordenamiento, las reglas superiores comunican su propia validez a las inferiores, de tal suerte que "aparecen así como un acto de ejecución con relación a la regla superior y un acto de legislación con relación a la regla inferior a la que trasmite su validez".

La regla suprema, la regla de las reglas, es la Constitución, cuya validez es explicada por la ciencia jurídica recurriendo a una hipótesis al igual que las ciencias matemáticas. Esta hipótesis es "la constitución originaria hipotética".

Tal norma no puede considerarse como un precepto de derecho natural —dada la oposición radical del positivismo kelse-

niano hacia la Metafísica— ni deriva tampoco de un poder fáctico del órgano primero ni de la voluntad de los súbditos, lo que significaría deducir el “debe ser” del “ser”. No ha sido “puesta” sino que es “presupuesta” por la disciplina del derecho con el fin de interpretar el material empírico.

“La validez de las normas que regulan la conducta humana en general, y por consiguiente, de las normas jurídicas en particular, sostiene Kelsen, es de carácter tempo-espacial en tanto que esas normas tienen por contenido sucesos tempo-espaciales”. Tal es el ámbito de validez temporal y espacial de la norma que puede ser determinado e indeterminado.

Además de la determinación espacio temporal existen el ámbito “material” y el ámbito “personal” de validez, que dependen de las diversas “direcciones de la conducta humana normada” o de los hombres cuyas acciones obligan o autorizan las normas.

Pero las normas jurídicas aparte de poseer la nota de validez, para salir del mundo teórico, necesitan cumplir una segunda exigencia: ser eficaces.

La eficacia de las normas consiste en que estas sean obedecidas por la mayoría de las personas sometidas a un determinado orden jurídico. La eficacia, según Kelsen, es condición esencial de la validez: “Un orden jurídico es considerado como válido, dice, si sus normas son eficaces; es decir, si son obedecidas y aplicadas de manera general”.

Debe entenderse, por consiguiente, que la eficacia no es el fundamento de la validez que se encuentra en la norma fundamental y determina la eficacia como condición de aquélla.

La Ciencia del Derecho es una disciplina socio-normativa que se diferencia claramente de su objeto que es el derecho.

La Ciencia del Derecho está constituida por las “reglas de derecho”. El derecho, que es objeto de estudio por dicha ciencia, está integrado por normas.

Las reglas de derecho son elaboradas por los jurisconsultos; las normas jurídicas son función de las autoridades competentes. Mientras aquéllas tienen por objeto el conocimiento, mediante la captación de los fenómenos jurídicos entre los cuales se encuentran las normas, éstas tienen por fin reglamentar la conducta de los sujetos sometidos al derecho.

Kelsen hace explícito su pensamiento sobre esta materia, al expresar que “la diferencia entre la norma jurídica creada

por la autoridad jurídica y la regla de derecho mediante la cual la ciencia del Derecho describe su objeto, se manifiesta en el hecho de que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos a los súbditos, mientras que una regla de derecho formulada por un jurista no puede tener una consecuencia semejante”.

Las normas jurídicas son justas o injustas; las reglas de derecho, no son ni justas ni injustas, pero sí pueden ser verdaderas o falsas; y del mismo modo que las leyes de la naturaleza, de las que se vale la Ciencia Natural para describir su objeto, las reglas jurídicas no son objeto de la ciencia jurídica sino solamente su instrumento.

La disciplina jurídica que se dirige al conocimiento de las normas, crea su objeto en sentido epistemológico, al igual que la naturaleza, también en sentido epistemológico, es creación de la ciencia natural.

El Derecho como saber socio-normativo no es ciencia que contiene normas, o que funda normas, sino ciencia cuyo objeto es el estudio de las normas, dentro del cuadro que comprende las tres clases de ese tipo de ciencias, según Kalinowski.

2.—*La ciencia pura del derecho.*

La ciencia del derecho pretende ser, dentro de la doctrina kelseniana, una ciencia “pura” cuyo contenido no incluye elementos extraños provenientes de las ciencias de hechos, como la Psicología o la Sociología, ideologías o principios de fe, ni se oriente a fines prácticos que la pongan al servicio de intereses o prejuicios.

La Teoría Pura del Derecho ha escrito Kelsen, —“quiere ser una teoría general del derecho” es decir “una teoría que no se limite a determinado orden jurídico ni a determinadas normas jurídicas” sino que tenga por objeto “precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho; de esta manera proporciona la fundamentación teórica de toda consideración que tenga un derecho o institución jurídica especial”.

Queda así trazada la diferencia entre la Teoría Pura y la Ciencia Dogmática del Derecho o Dogmática Jurídica. Mientras aquélla es una teoría del conocimiento científico-jurídico, la Dogmática se ocupa de determinado derecho positivo en el ámbito de su estructura y de su aplicación.

En su tarea de deslindar el área del derecho de la que corresponde a otras disciplinas, con el propósito de "aislar" el fenómeno jurídico puro, Kelsen marca la diferencia que considera válida entre el conocimiento jurídico y la Sociología del Derecho.

La Sociología del Derecho es, según el autor de la Teoría Pura, una ciencia "que se impone como misión indagar las causas y efectos de aquellos sucesos naturales que, interpretados desde las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos".

Para la Sociología, en opinión de Kelsen, no es el derecho mismo el objeto de su conocimiento sino "ciertos fenómenos paralelos de la naturaleza". La Teoría Pura dirige su atención a esos hechos "solo en tanto están determinados por normas jurídicas".

La Teoría Pura del Derecho no deja de considerar que el orden jurídico positivo depende de factores históricos, económicos, morales y políticos, pero su objeto no es el estudio de tales factores sino "el derecho en su sentido inmanente, en su significación normativa específica".

Obedece a la misma exigencia de "pureza metódica" la precisión de las diferencias que existen entre la Ciencia del Derecho que es ciencia del espíritu y otras ciencias del mismo género, en especial la Moral.

Los juristas, ha dicho Kelsen, incurren con frecuencia en grave confusión entre las dos disciplinas normativas precisadas, al plantearse el problema de si una ley es justa o injusta, que es un problema moral y no jurídico.

La Teoría Pura del Derecho, dice su autor, "aisla completamente la noción de norma jurídica de la de norma moral, y atribuye una legalidad propia al derecho independiente de la ley moral. Ella no concibe la norma jurídica, a diferencia de la doctrina tradicional, como un imperativo, sino como un juicio hipotético que expresa la conexión de un hecho-condición con una consecuencia. La norma jurídica deviene ley jurídica y presenta la forma fundamental de la ley".

La raíz de la distinción entre el derecho y la moral se halla en que aquél es un orden coactivo, esto es, "un orden normativo que busca provocar conductas humanas vinculando a las conductas contrarias actos de coacción socialmente organizados, mientras que la Moral es un orden social que no establece semejantes sanciones sino otras que se limitan a la simple aprobación

de las conductas conformes a sus normas y a la desaprobación de las conductas contrarias a éstas, no entrando en su ámbito el empleo de la fuerza física”.

La separación entre el Derecho y la Moral no significa que se propugne un inmoralismo de la ciencia jurídica, sino simplemente su “amoralismo”. Tal separación no quiere decir que se ponga en cuestión “que el derecho sea moral, es decir, bueno, sino que rechaza la idea de que el derecho en si sea moral o bueno” en un sentido o en una medida cualquiera.

Kelsen considera que todo intento que tiende a presentar al Derecho como elemento de la Moral —sea porque se piense que debe conformarse a ésta o que debe ser considerado como parte de la misma— obedece al deseo de atribuir al Derecho un valor absoluto que no le corresponde.

Por otra parte, carece de fundamento la diferencia que se pretende establecer entre las predichas disciplinas señalando que la función de la Moral es obligar y la del Derecho atribuir derechos, porque este último obliga cuando impone determinada conducta, lo que constituye su función primordial, de la cual deriva la atribución de derechos.

La Teoría Pura del Derecho pretende ser, como lo indica su nombre, una “teoría pura” pero no una “teoría del derecho puro” que significa lo mismo que “derecho recto” o “derecho justo”.

De aquí deriva la posición de Kelsen que considera que la justicia, en el sentido de valor absoluto, no corresponde al ámbito del derecho y que su conocimiento, como el de los demás valores, no puede ser objeto de una ciencia racional.

La Teoría Pura, como derivación del “positivismo jurídico” es una doctrina relativista, de donde se desprende que toda consideración sobre la justicia dentro de ella, se refiere a una justicia de carácter relativo, que es la justicia inherente al derecho, que será considerado justo, si se conforma a un valor, pero que puede ser injusto si se le refiere a un valor diferente.

Si la justicia entendida —no como valor absoluto— sino como un término relativo, es inherente al derecho, el vocablo “justo” significa lo mismo que jurídico, por cuya razón la expresión “derecho justo” contiene una tautología.

Toda tentativa de erigir un valor absoluto de justicia, como perteneciente a un orden superior, diverso del que corresponde al derecho positivo, ha conducido, según Kelsen, a la elaboración de fórmulas vacías. Así la fórmula más comunmente

empleada "dar a cada uno lo suyo" (*suum cuique*) que significa reconocer a otro lo que le pertenece, lo que le es debido, representa también una tautología, puesto que dice que "debe darse a cada uno lo que debe dársele".

La mencionada regla para ser válida exige que se determine previamente qué se entiende por "lo suyo". De la misma manera "no hagas a otro lo que no quisieras que te hagan a tí", da lugar a una serie de contradicciones (el delincuente no quiere ser castigado). Tampoco está exento de críticas el imperativo categórico kantiano, porque no explica la "cuestión decisiva para la Etica" cual es "el contenido de la ley universal" a la cual debe conformarse la acción. Igualmente, la teoría aristotélica del "justo medio" no precisa cual es la esencia de la justicia, sino que se limita a reforzar la validez del orden social establecido a través de la moral positiva y del derecho positivo, de cuya función conservadora deriva su valor político.

La raíz de tales errores y de otros semejantes se halla, según Kelsen, en que la justicia considerada como valor absoluto, de carácter irracional, y como ideal del querer y del obrar, es convertida en objeto de conocimiento, con lo cual se transforma "inadvertidamente en la idea de verdad". Por este camino se produce la "logificación" de un objeto extralógico, lo que constituye la causa del referido problema.

La teoría Pura de Kelsen, como disciplina del derecho positivo, es radicalmente opuesta a la teoría del Derecho Natural basada en fundamentos de carácter metafísico.

Según la Teoría Pura, el jusnaturalismo corresponde al período del auge de la Metafísica que coincide con el predominio de la reacción de la burguesía liberal y de la monarquía absoluta. La reacción de la burguesía liberal, que parte del siglo XVIII y continúa en el siglo XIX, se dirige contra tales concepciones.

Según el pensamiento kelseniano, el aporte de las teorías de Derecho Natural a la disciplina jurídica, no ha sido científico sino político e ideológico, porque no han buscado el conocimiento y la explicación del derecho sino su justificación y su "glorificación".

La doctrina del Derecho Natural, según la concepción kelseniana, ha sido idealista y dualista a la vez, puesto que ha considerado un derecho ideal e inmutable y otro positivo, creado por el hombre, y, por tanto, variable.

De acuerdo con la mencionada interpretación, la naturaleza del hombre es creadora de las normas de derecho natural y, por tal razón, juega "el rol de autoridad normativa", lo que, según ella, constituye un grave error lógico, puesto que los deberes que pertenecen al mundo del "debe ser" no pueden ser deducidos de la naturaleza, constituida por hechos enlazados por el principio de causalidad, que corresponden al mundo del ser.

Dentro del criterio de las doctrinas del derecho natural, opina Kelsen, los preceptos de éste que se basan en la naturaleza, deben su permanencia y su regularidad a los hechos naturales sometidos a las leyes del mundo físico, de donde se deriva también su carácter teleológico, puesto que la finalidad es inmanente a dicho ámbito.

Tales son la fundamentación y el sentido de la teoría del derecho natural de la antigüedad y de la edad media y de la que, para el pensamiento kelseniano, "dominó en los siglos XVII y XVIII, y que después de un eclipse durante el siglo XIX ha reaparecido en el siglo XX, para ocupar con posterioridad a las dos guerras mundiales, y como reacción contra el nacional-socialismo, el fascismo y particularmente el comunismo, el primer plano de la filosofía social y jurídica, al mismo tiempo que de la especulación metafísica y religiosa y que tiene, sin lugar a dudas, un origen metafísico o religioso".

En pos de la sustentación de una teoría pura del derecho, Kelsen pretende librarla también de toda ideología.

El autor de la Teoría Pura, sostiene que la ciencia jurídica tradicional ha estado siempre al servicio de las diversas ideologías, a las que se enfrenta la mencionada teoría como una construcción "anti-ideológica".

La característica de las ideologías, se halla, en opinión de Kelsen, en que pertenecen no al mundo del conocer sino al del querer y se inspiran en un afán de servir, no a la verdad, sino a intereses sociales, políticos y económicos. De aquí que bajo la influencia de estos intereses, la representación de la realidad que proporcionan las ideologías sea errónea; aparece en ellas "como reflejada en un espejo defectuoso".

La Teoría Pura del Derecho tiene como propósito exponer el derecho en su realidad; pregunta por el derecho real y no por el derecho justo; rehusa valorar el derecho positivo, y se impone como tarea concebirlo "con arreglo a su ausencia" y "comprenderlo por un análisis de su estructura".

La teoría kelseniana de la ciencia del derecho, llega, por el camino recorrido, a la concepción de una disciplina pura al apartar de su contenido todo lo que atañe a las ciencias naturales, a la Moral, a la Metafísica y a las ideologías. De ese modo, limita su conocimiento a lo que ella misma considera como Derecho eliminando aquello que no le pertenece.

3.—La ciencia del derecho positivo.

Al comenzar una de sus obras principales —“La Teoría Pura del Derecho”— Kelsen afirma que ésta “es una teoría del Derecho positivo”.

La Ciencia del Derecho, desechada la doctrina del Derecho Natural, es una ciencia del Derecho positivo.

Debe entenderse como “Derecho positivo” no el que deriva de una voluntad extraña, sino el constituido por actos humanos, que son aquellos para los cuales se crean y a los cuales se aplican las normas.

Al caracterizar a tal derecho como positivo se expresa también, según Kelsen, que es un orden social eficaz. Esto no significa que se tenga por cierto que todas las normas de un sistema jurídico sean siempre y sin excepción eficaces, y que exista plena coincidencia entre la conducta humana y los preceptos de aquellas.

La positividad del derecho nos lleva a examinar nuevamente la relación entre su validez y su eficacia. Kelsen expresa que la eficacia de un ordenamiento jurídico no es razón de su validez, sino que esta última —la validez— tiene como sustento la norma fundamental, de la cual deriva la validez de la primera constitución, y, a través de ésta, la validez de las otras reglas del edificio normativo, pero “tan solo si esta constitución es la base de un orden jurídico eficaz”. Solamente si las normas jurídicas, expedidas en base a una constitución primera, son eficaces, dicha constitución primera es válida.

El Derecho positivo del que se ocupa la Ciencia del derecho, creado por actos del hombre y que pertenece a un orden eficaz, es el derecho “existente” porque pertenece a una “realidad jurídica” dentro del sentido que tiene esta expresión, como sistema de normas, distinto del que se entiende por realidad natural.

La teoría kelseniana de la ciencia jurídica ha sido impugnada mediante una serie de objeciones fundamentales.

La llamada "norma fundamental" desempeña, dentro del edificio construido por la Teoría Pura, un papel fundamental. Gracias a ella las normas que forman ese edificio adquieren validez.

Pero la norma fundamental es una abstracción vacía de contenido, que puede ser aplicada a todos los sistemas jurídicos y dentro de un mismo sistema puede justificar los diversos cambios que están expuestas a sufrir sus formas.

Por otra parte, dentro de cualquier sistema positivo cada una de sus normas poseen validez, la misma que depende en última instancia de dicha norma fundamental. Eso significa que se pasa del orden del "Sollen" al orden del "Sein" del debe ser al ser. "¿Cómo fundar la norma, el valor, sobre un hecho, dice Poulanzas, si se ha aceptado, como Kelsen, una distinción esencial y fundamental entre hecho y valor?"

Para eludir la anotada dificultad, Kelsen hace de la "norma fundamental" una hipótesis bajo el ejemplo que las ciencias, como las Matemáticas, se fundan en hipótesis. Pero en el caso del derecho, una hipótesis no verificada no tiene otro valor que el de una simple suposición.

De aquí que sea insalvable la contradicción del pensamiento kelseniano en cuanto se refiere a la relación existente entre validez y eficacia. No basta el elemento validez para caracterizar las reglas jurídicas; hay que recurrir a la eficacia o sea a los hechos, lo que contradice el presupuesto sobre la naturaleza de las normas.

La consideración del derecho como fenómeno autónomo no está exenta tampoco de dificultades. "El derecho, ha escrito Brimo, comporta una forma y un contenido; hay en el derecho, como en todo lo que es humano, un dualismo irreductible. Es preciso retornar a la humildad clásica del humanismo y tomar en cuenta todos los datos del problema para resolverlo". Desprovisto el derecho de su contenido, queda reducido a un sistema de reglas que pueden guardar entre si una coherencia teórica, pero nada significan si se les separa de la materia que deben normar.

Por otra parte, y en este mismo orden, la justicia no puede eliminarse como idea del derecho, al decir de Radbruch, a fin de no confundir un orden recto con la arbitrariedad, y la natu-

raleza humana, en tanto que fundamento del derecho natural, no es el hombre considerado como ente del mundo sino en cuanto es persona.

Finalmente, el derecho positivo como conjunto de normas que existen de hecho, consideradas sólo como esquemas de interpretación, es una noción que no se justifica plenamente.

Sin embargo, el pensamiento de Kelsen, uno de los juristas más destacados de la primera mitad de este siglo, ha logrado una influencia de gran ámbito y muchas de sus ideas representan un legado de valor indiscutible para las ciencias jurídicas.