Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XXVII — ABRIL-JUNIO DE 1959 — Nº 108

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

**CONSEJO CONSULTIVO:**

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

**HANS KELSEN**

# EL FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DEL DERECHO (1)

1.—Antes de hacer una elección entre las diversas soluciones dadas a este problema, es necesario definir con claridad los términos. Por derecho entendemos el derecho positivo, o sea un orden coercitivo dirigido a regular la conducta de los hombres y establecido por los hombres. Tal orden debe ser además efectivo, o sea realmente aplicado y observado sea dentro de un ámbito territorial circunscrito, como el derecho estadual, sea más allá de todo límite territorial como el derecho internacional.

En esta definición es necesario distinguir entre validez y eficacia. Por validez se entiende el carácter obligatorio del orden coercitivo. Esta palabra expresa el concepto de que los individuos deben aplicar y observar las normas reguladoras de su comportamiento. Hablar de validez de un ordenamiento quiere decir reconocer implícitamente que sus reglas deberán ser aplicadas y observadas. Hablar por el contrario de eficacia del ordenamiento jurídico significa afirmar que, grosso modo, las normas del ordenamiento dado son de hecho aplicadas y observadas. Validez y eficacia no son por consiguiente la misma cosa. Existe sin embargo una relación esencial entre los dos conceptos. Un ordenamiento jurídico no es válido si no es, grosso modo, eficaz, La eficacia es una condición de validez. Pero esto no significa, por otra parte, que la eficacia sea la razón, la causa, de la validez. La eficacia es conditio sine qua non, no conditio per quam de la validez del ordenamiento. Nuestro problema es, en consecuencia, el siguiente: ¿por qué razón los individuos destinatarios de las normas del ordenamiento deben realizar comportamientos conformes a las normas del mismo ordenamiento? No se trata de saber si el Derecho deba ser aplicado y observado o, lo que es lo mismo, si el Derecho Positivo sea válido. La teoría del De-

(1) Traducción del profesor don Mario Cerda Medina, de la publicación italiana "Rivista di Diritto Internazionale" Volume XL (1957) Fascículo 4.

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



recho Positivo afirma este dato como presupuesto. La fuerza obligatoria constituye un elemento esencial de la noción de Derecho Positivo. Si los actos legislativos, judiciales y administrativos crean y aplican normas obligatorias, esto sucede no sólo en virtud de su significado subjetivo sino también en virtud de su significado objetivo. Pero un acto que posee valor normativo desde el punto de vista subjetivo, esto es, que expresa la idea de que un individuo debe comportarse de una cierta manera, puede no poseer el mismo valor desde el punto de vista objetivo. Si un bandido os ordena entregarle la billetera, el significado subjetivo de su acto es que vos deberéis hacer lo que el bandido ordena. Pero ninguno atribuiría a un acto de esta especie el valor objetivo de norma obligatoria de conducta. Por consiguiente, nuestro problema se reduce a la cuestión de saber por qué razón los actos que crean y aplican Derecho Positivo son interpretados por nosotros como actos poseedores de valor objetivo de norma obligatoria. Y precisamente la respuesta a esta pregunta es la que constituye el problema fundamental de la Filosofía del Derecho.

2.—El problema es generalmente resuelto de la manera siguiente. Los hombres deben someterse al Derecho Positivo porque las normas generales creadas por un órgano legislativo o por la costumbre y las normas individuales contenidas en las decisiones de los tribunales o en los actos administrativos se conforman a los principios de la moral. Los hombres no estarán obligados a observar estas normas sino en la medida en que ellas se ajustan a tales principios. El conjunto de los principios morales concernientes a la creación y aplicación del Derecho constituye el ideal de justicia. Según este modo de razonar, el fundamento de validez del Derecho estaría en su carácter justo. Pero entonces —preguntamos nosotros— ¿cómo se determina lo que es justo? Una de las respuestas que se proporciona es que los principios de la justicia son inmanentes en la realidad natural y que basta examinar tal realidad para individualizarla. El conjunto de los principios así individualizados constituye un Derecho Natural, superior al Derecho (positivo) creado por el hombre. Es ésta la doctrina llamada precisamente del Derecho Natural, que concibe a la naturaleza como autoridad normativa. Según tal doctrina el Derecho Positivo deriva su validez del Derecho Natural. Los hombres son obligados a obedecer al Derecho Positivo porque así lo quiere la naturaleza, y en la medida en que la naturaleza lo quiere: y la naturaleza lo quiere en la medida en que el Derecho Positivo se conforma al Derecho Natural. Si se admite que las normas reguladoras de la conducta humana son inmanentes en la realidad natural, y que ellas pueden ser deducidas empíricamente de ésta, queda todavía por

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



establecer por qué razón los hombres deban sometérseles. La doctrina del Derecho Natural no responde directamente a esta pregunta. Ella presupone simplemente como obvio el hecho que los hombres deban obedecer a los mandatos de la naturaleza. Como veremos, esta norma no es suficientemente evidente. Ella constituye sin embargo la hipótesis fundamental de la doctrina del Derecho Natural, en cuanto es de ella que se deduce, según tal doctrina, la validez del Derecho Positivo.

Pero un teórico del Derecho Positivo no puede admitir esta hipótesis. Ante todo no es posible deducir de la observación de la naturaleza normas aptas para regular el comportamiento de los hombres. Las normas de conducta son expresiones de una voluntad. La naturaleza —sistema de hechos ligados por vínculos de causa y efecto— no está dotada de voluntad. Deducir normas de la observación de hechos —esto es, deducir lo que debe ser de lo que es— constituye una imposibilidad lógica. Afirmar que las normas son inmanentes en la realidad natural o —lo que es lo mismo— hacer de la naturaleza una autoridad normativa, una entidad sobrehumana dotada de voluntad creadora de normas es una superstición animista, a menos que no sea el resultado de una interpretación teológica de la naturaleza considerada como expresión de la voluntad de Dios.

También queriendo todavía admitir, con los jusnaturalistas, que el Derecho Positivo no es válido sino en cuanto se conforma a la justicia —la justicia encarnada en el Derecho Natural— nos encontraríamos frente a la alternativa siguiente: Si todo ordenamiento positivo es válido, todo ordenamiento positivo, según la doctrina del Derecho Natural, debe ser considerado justo, esto es, conforme al Derecho Natural. No faltan en efecto teóricos jusnaturalistas que, en el intento de justificar el Derecho Positivo revistiéndolo de autoridad sobrehumana, tienden sin más, más o menos conscientemente, hacia esta posición extrema. Pero justificar todos los ordenamientos positivos efectivamente existentes en base al Derecho Natural es posible solamente a condición que el Derecho Natural no tenga un contenido propio. Si todos los sistemas positivos son calificados como justos en cuanto conformes a la justicia del Derecho Natural o a cualquiera otra idea de lo "justo", Derecho y Justicia vienen a ser la misma cosa. Fundar por consiguiente la validez del Derecho Positivo sobre la Justicia —afirmar que los hombres deben someterse al Derecho Positivo en cuanto deben obedecer al Derecho Natural— no es sino una vana tautología. Se limita a decir, en sustancia, que el fundamento de validez del Derecho es el Derecho, que los hombres deben someterse al Derecho porque deben someterse al Derecho.

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Privando de todo contenido natural al Derecho Natural, la doctrina jusnaturalista no da una respuesta aparente a la interrogación.

Una variante de la identificación del Derecho Natural con el Derecho Positivo es la doctrina del Derecho Natural relativo. A diferencia de la doctrina clásica del Derecho Natural, esta doctrina afirma que el derecho inmanente en la naturaleza no constituye un valor absoluto, que él no es un sistema de normas eternas, inmutables, válidas siempre y por doquiera, sino que el contenido de sus normas cambia, adaptándose a la variedad de las circunstancias. Si se acepta esta tesis, se plantea la cuestión de saber si una norma que se presenta como norma de Derecho Natural relativo está verdaderamente adaptada a las circunstancias dadas. Si el Derecho Natural no es siempre y en todas partes lo mismo, no habrá un criterio absoluto para resolver el problema. En tal caso la afirmación de que una norma se "adapta" a las circunstancias dadas significa solamente que la norma misma es relativamente —y no absolutamente— natural o justa. El solo criterio que consienta acertar si un sistema jurídico está adaptado o no a las circunstancias dadas sigue siendo el mero hecho: el hecho precisamente, que el sistema jurídico en cuestión sea eficaz; lo que no excluye que en las mismas circunstancias pueda ser efectivo —y en cuanto a tal relativamente natural o justo— también un sistema jurídico de contenido diverso. Pero si la doctrina del Derecho Natural relativo resuelve el problema esencial en el sentido que un ordenamiento positivo es adaptado a las circunstancias dadas y por esto natural o justo cuando es eficaz, ella no se distingue de la teoría del positivismo jurídico que afirma que un orden jurídico positivo no es válido sino cuando es eficaz. Cualquier ordenamiento positivo puede, por consiguiente, ser concebido como Derecho Natural relativo o bien —lo que es lo mismo— como relativamente justo. De hecho cualquier ordenamiento positivo es relativamente justo. Abandonar la idea de una justicia absoluta significa, en último análisis, sustituir una idea de Justicia por la de Derecho Positivo. El Derecho Natural relativo es, en consecuencia, también él un Derecho Natural privado de contenido natural.

Si se identifica el Derecho con la Justicia y el Derecho Positivo con el Derecho Natural, los conceptos de justicia y de justicia natural no tienen más sentido; estos dos conceptos no poseen sentido sino en cuanto exista un contraste virtual entre Derecho Natural y Justicia por una parte y Derecho Positivo —o lo que se presenta como Derecho Positivo— por la otra. El contraste debería necesariamente manifestarse cuando se formulan

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



los principios de la justicia o del Derecho Natural como principios dotados de un contenido propio. Y así ha ocurrido efectivamente todas las veces que eminentes sostenedores de la doctrina jusnaturalista han proclamado, en nombre de la Justicia o del Derecho Natural, principios que no sólo estaban eventualmente en contraste entre sí sino que contrastaban directamente con no pocos ordenamientos jurídicos positivos. No existe ordenamiento positivo que no se encuentre en conflicto con uno u otro de los principios proclamados. Es absolutamente imposible demostrar, por lo mismo, cuál de estos principios debe ser reconocido como el único justo o natural en confronte con todos los otros. Ellos expresan en su totalidad —con igual vigor— juicios de valor, evidentemente subjetivos, pronunciados por los respectivos autores sobre lo que ellos consideran natural o justo.

Si el criterio de validez del Derecho Positivo estuviese constituído por su conformidad al Derecho Natural o a la Justicia, se debería poder negar validez a todo ordenamiento positivo, poniéndolo en confronte con los principios de la Justicia o del Derecho Natural. Si, como sostienen algunos autores —por ejemplo, Cumberland y Puffendorf—, el derecho de propiedad deriva de un principio de la naturaleza, el derecho establecido por un Estado comunista no será válido. Consecuentemente, todo ordenamiento semejante no será un orden jurídico válido, sino una organización fuera de la ley. Si viceversa, como lo afirman otros autores —por ejemplo, Morrelly en su famoso tratado sobre "Esprit des lois de la nature", orgullo de la doctrina socialista del ochocientos—, la propiedad privada es contraria a la naturaleza y la propiedad colectiva es la única compatible con el Derecho Natural, el orden jurídico establecido por un Estado capitalista no podría ser reconocido como sistema normativo válido al cual los ciudadanos deban someterse. Todavía, si —como enseña Locke— la democracia es la única forma de gobierno justo natural, no se sabría cómo justificar la sujeción al pretendido Derecho del Estado totalitario. Si, por el contrario, se acepta la teoría jusnaturalista de Filmer, según la cual la democracia sería la forma más innatural de régimen y la más injusta, porque sería contraria a la voluntad de Dios, que no gobierna democráticamente el universo, el Derecho democrático sería inválido y sólo los monarcas absolutos poseerían títulos válidos para legislar.

Es claro que una teoría que conduce a tales inconsecuencias es incompatible con la ciencia del Derecho Positivo, ateniéndose a la cual la validez de un sistema jurídico no depende del contenido sino de la eficacia del ordenamiento. De lo que hemos dicho hasta ahora podemos, por consiguiente, concluir que la doctrina que funda la validez del Derecho sobre la

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Justicia —donde el de la Justicia sea un concepto distinto de la del Derecho Positivo— no responde a nuestra pregunta. Planteando esta pregunta, nosotros presuponemos la validez de todos los sistemas positivos efectivamente operantes sobre la conducta humana. Nuestro problema es el de saber por qué razón todos estos ordenamientos son válidos, no si lo son. Si un orden coercitivo que se proclame jurídico no fuese válido sino en cuanto se conforme al Derecho Natural— el Derecho Positivo no tendría en sí mismo ningún elemento de validez. Sólo el Derecho Natural sería por su esencia válido por sí mismo. Y, por consiguiente, a las normas del Derecho Natural es que los hombres deberían someterse.

La doctrina del Derecho Natural no establece en realidad el fundamento de validez del Derecho Positivo: ella establece el fundamento de validez del Derecho Natural, que es una cosa muy diferente. Y lo establece volviendo a su hipótesis de partida de que los hombres deben someterse a los mandatos de la naturaleza: hipótesis que constituye su norma fundamental.

3.—Una doctrina que a primera vista resuelve de manera más satisfactoria el problema del fundamento de validez del Derecho Positivo es la Teología cristiana basada sobre la Epístola de los Romanos de San Pablo. "Que cada uno —dice San Pablo— esté sujeto a las autoridades superiores, ya que no existe autoridad que no derive de Dios, y las autoridades existentes están instituídas por Dios. Por esto, quien se opone a las autoridades resiste al orden establecido por Dios, y aquellos que resistieren atraerán sobre sí la condena. No por las buenas acciones sino por las malas, los magistrados son de temer. ¿Quieres no tener que temer de las autoridades? Haz el bien y recibirás su aprobación. El magistrado sirve a Dios para tu bien" (Rom. XIII, V. 1-4).

Se justifica, con este razonamiento, cualquier sistema positivo como orden coercitivo impuesto por una autoridad constituída. Los hombres tienen el deber de someterse al órden positivo cualquiera que él sea. Dios así lo ordena, y las autoridades legislativas representan a Dios sobre la tierra. Es Dios quien autoriza a los legisladores para legislar. En consecuencia, el Derecho así puesto en vigor no es meramente humano. Encuentra origen en la voluntad de Dios. En último análisis, los hombres deben someterse a Dios, más que al Derecho Positivo como tal.

Pero la afirmación de que los hombres deben someterse al Derecho Positivo porque Dios lo ordena, no resuelve de manera definitiva el problema del fundamento del Derecho Positivo. También, admitiendo que Dios así lo ordene, queda todavía por establecer por qué los hombres tienen el deber de obedecer a sus órdenes. Ahora, como ya hemos subrayado, es lógica-

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



mente imposible deducir una norma de un hecho, o sea, cualquier cosa que "debe ser" o "debe ser hecha" de cualquier cosa que "es" o "ha sido hecha". No se puede deducir la norma según la cual los hombres deban obedecer al Derecho Positivo, del hecho que Dios, mediante un acto realizado en un momento y lugar dados, ha ordenado que los hombres obedezcan al Derecho Positivo. La validez de una norma no puede encontrar fundamento sino en una norma superior. La norma según la cual los hombres deben someterse al Derecho Positivo es deducida, por San Pablo, de una norma que él presupone como evidente en sí misma y que, como tal, no es ni siquiera enunciada por él. Es ésta la norma según la cual los hombres deben obedecer los mandatos de Dios. La respuesta de San Pablo significa que los hombres deben someterse al Derecho Positivo porque deben obedecer a los mandatos de Dios; y porque Dios ha ordenado obedecer al Derecho Positivo.

La norma según la cual los hombres deben obedecer a los mandatos de Dios, no podría con todo ser presentada como una norma enunciada por Dios mismo. Si una autoridad enuncia una norma según la cual un individuo debe someterse a las órdenes de otro, esa norma implica que este último esté autorizado para pronunciar tales órdenes. El individuo que aprovecha de la delegación de poder está sujeto a esta norma tanto como el individuo que tendrá la obligación de obedecerle. Se sigue que la autoridad que enuncia una norma del género debe ser superior a ambos individuos. Si esto es exacto, Dios no puede enunciar una norma que autorice al mismo Dios a dictar órdenes. Dios es él mismo autoridad suprema, concepto incompatible con la idea de un Dios autorizado, aún si fuese autorizado por sí mismo. Es, por consiguiente, imposible que la norma según la cual los hombres tendrían la obligación de someterse a los mandatos de Dios, esté establecida por una autoridad. No puede tratarse sino de una norma presupuesta por la Teología y que constituye la hipótesis metafísica o la norma fundamental de la Teología.

Se llega así a un resultado análogo al alcanzado más arriba por la hipótesis jusnaturalista, según la cual los hombres deben someterse a los mandatos de la naturaleza. Puede únicamente ser presupuesta por la doctrina misma del Derecho Natural. Es precisamente esta norma, presupuesta por la doctrina del Derecho Natural, la que constituye, según dicha doctrina, el fundamento de validez del Derecho. La norma fundamental de la doctrina teológica —según la cual los hombres deben obedecer a los mandatos de Dios— es presupuesta por esta teoría del mismo modo como el precepto de que los hombres obedezcan a los

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



mandatos de la naturaleza es presupuesto por la doctrina del Derecho Natural.

La hipótesis metafísica de la doctrina teológica no es aceptable sino sobre el plano religioso. La aserción de San Pablo, de que Dios habría ordenado a los hombres someterse al Derecho Positivo, no puede ser acogida sino desde el punto de vista de la religión cristiana, por lo demás, por San Pablo. Y también desde el punto de vista religioso el dato no es del todo indiscutible, ya que la enunciación de San Pablo se encuentra en muchos puntos en contraste con la enseñanza original de Cristo. En todo caso, ni la hipótesis ni el dato de hecho es aceptable sobre el plano de la ciencia en general y de la ciencia jurídica en particular. Ninguna ciencia puede afirmar como dato de partida el postulado metafísico constituído por una entidad o por un hecho situado más allá de toda posibilidad empírica y por lo tanto fuera de la razón humana.

Teología cristiana y jusnaturalismo intentan, en suma, fundar la validez del Derecho sobre un orden jerárquicamente superior al Derecho Positivo, de carácter divino o natural. Según ambas doctrinas, el Derecho Positivo no estaría dotado de ningún elemento intrínseco de validez. Mirando bien, es la validez del orden divino o del orden natural, y no la validez del orden positivo, lo que constituye el objeto de estas dos teorías. Y es el fundamento de validez para cada doctrina una norma fundamental, no ya establecida por la autoridad suprema del orden divino o natural sino presupuesta como hipótesis por la doctrina misma.

4.—El análisis de las dos teorías hasta ahora consideradas demuestra dos cosas. En primer lugar, sus hipótesis no son aceptables por la ciencia del Derecho Positivo. En segundo lugar, si aquello que se busca es la validez inmanente del Derecho Positivo mismo, no se puede pretender fundarla sobre un ordenamiento jerárquicamente supraordenado. El Derecho Positivo debe ser considerado como ordenamiento supremo, o sea, como orden soberano.

Con el propósito de simplificar el problema, consideramos en un primer tiempo solamente el Derecho Estadual, dejando aparte el Derecho Internacional. El Derecho Estadual está caracterizado por una estructura jerárquica sintetizable en el esquema siguiente:

La base positiva del ordenamiento es la Constitución, escrita o no escrita, que regula la creación de las normas generales, o sea, la legislación. Es sobre la base de la Constitución que los órganos legislativos dictan las leyes. Apoyándose a su vez en la ley, y aplicándola, los tribunales y los órganos administrativos individualizan las normas generales en sentencias y

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



providencias. Estos mismos órganos, además, en cuanto autorizados por la Constitución o por la ley, pueden aplicar las normas generales puestas en vigor por la costumbre.

Si se nos pregunta por qué razón los ciudadanos deben someterse a las decisiones de los tribunales y a las providencias administrativas, la respuesta del positivismo jurídico es que esto debe suceder porque los órganos jurisdiccionales y administrativos están autorizados por la ley para pronunciar sentencias o providencias, y los ciudadanos están obligados a obedecer a las leyes puestas en vigor por los órganos competentes: o bien, porque los tribunales y los órganos administrativos están autorizados por la ley o la Constitución para aplicar el Derecho Consuetudinario y los ciudadanos están obligados a observar las normas.

Si ahora preguntamos por qué razón estamos obligados a obedecer a las leyes dictadas por el legislador o a las normas del Derecho Consuetudinario, la respuesta será que el legislador está autorizado por la Constitución para dictar las leyes, o bien, que la Constitución reconoce la costumbre como hecho normativo: en ambos casos, pues, en cuanto tenemos el deber de obedecer a la Constitución.

Si preguntamos, todavía, por qué razón tenemos la obligación de obedecer a la Constitución, la respuesta habrá que buscarla remitiéndonos a la Constitución vigente con anterioridad a la actual y después de ésta a la Constitución anterior a ésta y así sucesivamente, hasta la Constitución históricamente "primera".

Y si preguntamos, finalmente, por qué razón estamos obligados a someternos a las normas de la Constitución "primera" históricamente, la ciencia del Derecho Positivo, que por las razones indicadas no puede aceptar ni la hipótesis jusnaturalista ni la teológica, no tendrá otra respuesta que la siguiente: que, si se quiere considerar válido y obligatorio el orden coercitivo establecido sobre la base de tal Constitución y efectivamente aplicado y observado por los ciudadanos, la norma según la cual tenemos la obligación de someternos a las disposiciones de la primera Constitución histórica debe ser presupuesta como hipótesis. Es ésta la única conclusión posible si queremos colocarnos en situación de interpretar las relaciones sociales en cuestión como relaciones jurídicas, esto es, constituídas por situaciones de derecho, obligación o responsabilidad jurídica, antes que como relaciones de mera fuerza. Es ésta la única conclusión posible si queremos poder distinguir entre lo que es legal y lo que es ilegal y en particular entre el uso legítimo y el uso ilegítimo de la fuerza.

Tal es la norma fundamental de cualquier sistema de Derecho Positivo y, en definitiva, el fundamento de validez de

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



todo el Derecho Positivo. Porque si se nos coloca desde el punto de vista positivo —desde el punto de vista de una ciencia y no de una metafísica del Derecho—, no es posible admitir la idea de que la sujeción a la Constitución históricamente "primera" sea el objeto de un mandamiento de Dios o de la naturaleza. Es imposible suponer que los autores de la Constitución "primera" hayan sido inspirados por la naturaleza o por Dios.

La norma básica según la cual tenemos el deber de obedecer a las disposiciones de la Constitución históricamente "primera", no es una norma creada por una autoridad legal. Ella no es una norma positiva creada por un procedimiento previsto por la Constitución. Se trata de una norma que es afirmada como hipótesis por la ciencia del Derecho Positivo, en cuanto ella afirma el orden coercitivo efectivamente operante dentro de los límites territoriales de un Estado como el orden normativo poseedor de fuerza obligatoria para los habitantes de aquellos Estados. La hipótesis, bien entendida, no es fruto de nuestra imaginación; ella se basa sobre datos objetivamente verificables, tales como la instauración de una Constitución y los actos que, sobre la base de la Constitución instaurada, crean y aplican las normas generales e individuales de un orden coercitivo. Ella permite legitimar, sea el significado subjetivo de estos casos, sea su significado objetivo. Tal hipótesis es una aplicación del principio de la eficacia, que en cuanto principio normativo desarrolla una función de primer orden en el mundo del Derecho.

5.—Nuestra búsqueda del fundamento de validez del Derecho ha estado hasta ahora limitada a un ordenamiento estadual, considerado como orden soberano. Hemos dejado aparte el Derecho Internacional.

Yendo ahora hacia este último, se podría ante todo afirmar —sobre la base del mismo presupuesto de la soberanía del Derecho Estadual— que el Derecho Internacional no es válido sino en cuanto ha sido reconocido por la Constitución de un Estado, o sea, por la autoridad legítima de un Estado. Se podría afirmar, en otras palabras —para adoptar una terminología corriente—, que el Derecho Internacional no es válido sino en cuanto sea reconocido por los gobiernos de los Estados soberanos.

Si así fuese, permanecería firme nuestro concepto de que el fundamento de validez del Derecho se halla en una norma presupuesta, por la cual los hombres son obligados a obedecer a una Constitución estadual efectiva. El fundamento de validez del Derecho Estadual encerraría en tal caso en sí el fundamento del Derecho Internacional. Este último sería parte integrante del Derecho Estadual.

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Pero si consideramos el Derecho Internacional como un sistema jurídico superior a los ordenamientos estaduales, esto es, si afirmamos como soberano el Derecho Internacional antes que los ordenamientos de los estados particulares, la situación varía. El principio de eficacia, del cual la norma fundamental del orden estadual no es sino una aplicación, vendría en tal caso a ser una norma del Derecho Internacional Positivo.

Según el Derecho Internacional, un Gobierno independiente que controle efectivamente la población de un territorio dado, debe ser considerado como legítimo aunque haya asumido el poder de manera inconstitucional y revolucionaria. La comunidad colocada bajo el poder de semejante Gobierno, debe ser considerada como un Estado en el sentido del Derecho Internacional. El orden coercitivo según el cual se ejerce el poder gobernativo, debe ser considerado como el Derecho válido de este Estado: y los actos mediante los cuales las normas que lo constituyen son establecidas y aplicadas, deben ser considerados como actos jurídicos. Del mismo modo que para San Pablo cualquier gobierno efectivamente constituído debe considerarse instituído por Dios, así, según esta teoría del positivismo jurídico, cualquier gobierno eficazmente constituído debe considerarse instituído por el Derecho Internacional. Es en virtud de una norma de Derecho Internacional que la Constitución del Estado es válida, a condición de que el orden coercitivo bajo él establecido sea, grosso modo, eficaz.

Una vez afirmado el Derecho Internacional como sistema superior a los órdenes estaduales, la norma de Derecho Internacional Positivo que legitima estos últimos viene a desempeñar la misma función de la norma fundamental hipotética —o sea presupuesto— de un orden jurídico estadual considerado como sistema soberano, o bien, para atenernos a la terminología corriente, como el Derecho de un Estado soberano. Y es precisamente a causa del hecho de que una norma de Derecho Internacional viene a constituir el fundamento del Derecho Estadual, que el primer ordenamiento es superior al segundo. Pero esta norma de Derecho Internacional no constituye todavía el fundamento último —o primero— de la validez del Derecho Estadual afirmado como sistema subordinado al Derecho Internacional.

Llegados a este punto, en efecto, se nos preguntará cuál es el fundamento de validez de esta norma de Derecho Internacional y —continuando el razonamiento hasta el fondo— cuál es el fundamento de validez del Derecho Internacional en su conjunto. La respuesta será análoga a aquella contenida en la búsqueda del fundamento de validez del Derecho Estadual considerado como sistema soberano. Si el Derecho Internacional es su-

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



perior al Derecho Estadual pero el orden estadual —o el Estado— es calificado como "soberano", este término podrá sólo significar que el Estado o el orden jurídico con el cual se identifica no está subordinado a otro ordenamiento jurídico estadual. Es como decir que el orden estadual no está subordinado sino al ordenamiento internacional. Para usar la terminología tradicional, soberanía viene a significar que el Estado es independiente de cualquier otro Estado, o bien, que su gobierno es independiente del gobierno de cualquier otro Estado.

Pero si ahora nos preguntamos por qué razón el Derecho Internacional es un orden normativo válido, debemos comenzar por buscar —y efectivamente es la misma cosa— por qué razón el acto realizado por un Estado A frente a un Estado B, es lícito o ilícito.

La respuesta podrá ser que la calificación de lícito o ilícito deriva de la circunstancia de que el acto en cuestión esté conforme o no a un cierto tratado celebrado por A con B. Existe, por lo demás una norma de Derecho Internacional que ordena a los Estados respetar los tratados celebrados por ellos: la norma pacta sunt servanda. Es ésta una norma de Derecho Internacional Consuetudinario, o sea, una norma creada por la costumbre como resulta constituída por el comportamiento habitual de los Estados. También la norma de la cual hablábamos más arriba, y que constituye el fundamento del Derecho Estadual, es una norma de Derecho Internacional Consuetudinario.

El Derecho Internacional es, por consiguiente, un sistema de normas de Derecho Consuetudinario y de normas pactadas, en el que las normas de Derecho pactado son creadas mediante el acuerdo, previsto como idóneo, para establecer normas por una norma de Derecho Consuetudinario. Se desprende que el fundamento de validez del Derecho Internacional —la norma fundamental del Derecho Internacional— está constituído por una norma que califica como hecho productor de Derecho a la costumbre resultante del comportamiento de los Estados con respecto a los otros. Es ésta la norma según la cual todo Estado está obligado a comportarse como los otros Estados se comportan en sus relaciones recíprocas. Pero es imposible afirmar que esta norma sea creada ella misma mediante costumbre. Quien afirmase esta posibilidad caería en la misma repetición de principios en que cae quien asevere qúe la naturaleza autoriza a la naturaleza o Dios autoriza a Dios para dictar mandatos.

La norma que atribuye válor obligatorio a la costumbre internacional no puede ser sino una norma presupuesta por quien interprete las relaciones interestaduales como vínculos jurídicos constituídos por derechos, obligaciones y responsabilidad jurídica, antes que como relaciones de mera fuerza. Ella es presupuesta,

Artículo: Fundamento de validez del Derecho
Revista: Nº108, año XXVII (Abr-Jun, 1959)
Autor: Hans Kelsen

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



en otros términos, por aquellos que consideran los actos de los Estados como lícitos o ilícitos, presuponiendo la valoración positiva o negativa por parte de un orden jurídico válido. La norma fundamental es precisamente la hipótesis que, una vez afirmada como presupuesto, hace posible esta interpretación. Y es esta hipótesis —esta norma fundamental del Derecho Internacional— la que viene a constituir, en último análisis, el fundamento de validez de los ordenamientos jurídicos estaduales en cuanto están subordinados al ordenamiento internacional.

6.—Ha sido frecuentemente sostenido que el positivismo jurídico no resuelve de modo satisfactorio el problema del fundamento de validez del Derecho. Y de hecho el positivismo recurre a una mera hipótesis, desprovista de fuerza obligatoria. El positivismo jurídico, en otros términos, no justifica la sujeción al Derecho sino de un modo condicionado y esto no satisface al espíritu humano. Sería, por consiguiente, preferible la respuesta dada a la interrogante por la Teología y el Derecho Natural.

Se debe observar, sin embargo, que desde este punto de vista existe diferencia entre positivismo por una parte y jusnaturalismo y Teología jurídica por otra. Todas las doctrinas concuerdan en fundar la validez del Derecho sobre una norma-base de carácter hipotético. Del mismo modo, como la norma fundamental del positivismo no está establecida por una autoridad legal sino que es únicamente presupuesta por la ciencia jurídica, así las normas fundamentales del jusnaturalismo no son establecidas por una naturaleza o por Dios—autoridad de Derecho Natural o Divino y superiores al Derecho Positivo—, sino son presupuestas como hipótesis por ambas doctrinas. Consecuentemente, también la justificación proporcionada por esas doctrinas es condicionada.

La justificación es condicionada a la aceptación de la hipótesis. La diferencia está en el hecho de que la norma fundamental del positivismo jurídico constituye la base de la validez del mismo Derecho Positivo, que tras las normas fundamentales del jusnaturalismo o de la Teología cristiana fundan la validez de un orden natural o divino sin resolver el problema de la validez intrínseca del Derecho Positivo.