

¿Por qué debe ser obedecida la Ley? (*)

por Hans Kelsen

¿Cuál es la razón para la validez de la ley?. Si queremos precisar las diversas respuestas a nuestra interrogante, debemos aclarar previamente ciertos términos. Se entiende por "ley" la ley positiva —sea nacional o internacional—; y por "validez" la fuerza de obligatoriedad de la ley, es decir, que debe ser obedecida por aquellas personas cuyo comportamiento regula. El problema radica en saber por qué estas personas deben obedecer la ley.

Dentro del marco de una teoría del derecho positivo, no nos preguntamos por la validez de una ley; esto se presupone, pues, es una característica del derecho positivo. La significación subjetiva de los actos por los cuales se crean normas de derecho positivo, consiste necesariamente en que estas reglas deben ser obedecidas. Pero nuevamente nos preguntamos ¿por qué su significado *subjetivo* es considerado a la vez como *objetivo*?. No todo acto cuyo significado subjetivo es una norma, debe ser considerado válido desde el punto de vista objetivo. Por ejemplo, la orden de un ladrón para entregarle mi cartera, no puede ser interpretada como una norma obligatoria o válida. Replanteada nuestra pregunta diríamos ¿por qué interpretamos los actos por los cuales el derecho positivo es creado en el sen-

tido que tienen valor de normas obligatorias, no sólo subjetiva sino también objetivamente?

II

Una respuesta comúnmente aceptada sostiene que los hombres deben obedecer el derecho positivo porque está de acuerdo con sus principios morales. Los principios morales que se refieren a la elaboración y aplicación de las leyes humanas, constituyen el ideal de justicia; conforme a este punto de vista la razón para la validez del derecho es su justicia. A la pregunta de cómo han de ser hallados estos principios morales, la respuesta típica es que son inmanentes a la naturaleza; explorando la naturaleza podemos encontrar estos principios que forman el derecho natural; estos son superiores al derecho positivo humano.

El enunciado precedente constituye la doctrina del derecho natural, que concibe a la naturaleza como autoridad legisladora. Conforme a esta doctrina, el derecho positivo recibe su validez del derecho natural. Los hombres deben obedecer al derecho positivo en razón que la naturaleza lo ordena, y la naturaleza lo ordena en la medida en que el derecho positivo está en conformidad con el derecho natural.

Aun admitiendo que las normas que regulan el comportamiento humano pueden ser deducidas de la naturaleza, la pregunta de por qué los hombres deben obedecer estas normas, queda en suspenso. Para esta última interrogante, la doctrina del derecho natural no tiene respuesta. Simplemente presupone, quizá como evidente, que los hombres deben obedecer los mandatos de la naturaleza. Esta es su hipótesis fundamental, su norma básica, su razón para sustentar la validez del derecho.

Sin embargo, esta hipótesis fundamental no puede ser aceptada por una teoría del derecho positivo, por

cuanto es imposible deducir de la naturaleza normas que regulen el comportamiento humano. Las normas son expresión de una voluntad, y la naturaleza carece de ella. La naturaleza es un conjunto de hechos vinculados por el principio de la causalidad. Pero concebir la naturaleza como autoridad normativa, esto es, como un ser sobrehumano dotado de una voluntad creadora de normas, es una superstición animística, o el resultado de una interpretación teológica de la naturaleza considerada como manifestación de la voluntad divina.

Existen, sin embargo, otras con-

UNIVERSITY OF CALIFORNIA, BERKELEY

BERKELEY • DAVIS • IRVINE • LOS ANGELES • RIVERSIDE • SAN DIEGO • SAN FRANCISCO



SANTA BARBARA • SANTA CRUZ

DEPARTMENT OF POLITICAL SCIENCE

BERKELEY, CALIFORNIA 94720

April 3, 1967

Mr. Domingo García Belaunde
Lima - Peru

(*) El presente ensayo (*Why Should the Law be Obeyed?* incluido en el volumen *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley, 1960 pp. 257-265) ha sido especialmente traducido para su publicación en *Thémis* por el señor Jack Batievsky S. con la debida autorización de su autor (derecha).

Dear Sir
In reply to your kind letter I wish to inform you that I authorize you to translate into Spanish my essay "Why should the law be obeyed?" published in: What is Justice? 1960, pp 257-265.

Please send me the text of your translation before it is printed.

Sincerely

Haris Hansen

secuencias. La doctrina del derecho natural en cuanto sostiene que el derecho es válido porque está en conformidad con la justicia, conduce a uno u otro de los siguientes resultados, ambos inadmisibles para una teoría del derecho positivo:

a) Si cualquier ley positiva es considerada como válida, entonces, de acuerdo con la doctrina del derecho natural, debe ser considerada como justa. Así, cada ley de elaboración humana puede ser justificada dotándola de una autoridad sobrehumana, un acto consciente o inconsciente de muchos teóricos del derecho natural. Sin embargo, si toda ley positiva es justa, ley y justicia se identifican; y entonces, para decir que la ley es válida bastará con afirmar que la razón de su validez es la ley; la ley deberá ser obedecida, porque la ley se debe obedecer.

b) Si la ley se identifica con la justicia, y el derecho positivo con el derecho natural, entonces los conceptos de justicia o derecho natural carecen de significado. Carecerían de él, únicamente si existiera un posible antagonismo entre justicia o derecho natural por un lado, y derecho positivo, en el otro. Y dicho antagonismo es inevitable tan pronto como el contenido de los principios de justicia o derecho natural se definen. En efecto, destacados representantes de la doctrina del derecho natural han proclamado en nombre de la justicia o del derecho natural, principios que no sólo son contradictorios, sino que están en oposición directa a muchos ordenamientos legales vigentes. No exis-

te ley positiva que no esté en conflicto con uno u otro de estos principios; y no es posible asegurar cuál de ellos tiene un mejor derecho de prevalecer sobre los otros. Todos estos principios representan valiosos juicios altamente subjetivos de sus autores, con respecto a lo que ellos consideran como justo o natural. Si una ley positiva es válida por estar conforme, e inválida sino está conforme con la justicia o el derecho natural, entonces cada ley positiva podría ser considerada como no válida, cuando es confrontada con estos principios. Por ejemplo, si la propiedad individual es un derecho natural, como afirman algunos autores, entonces el ordenamiento legal de un estado comunista no es válido y es simplemente la organización de una banda de delinquentes. Pero si la propiedad individual está en contra de la naturaleza, como sostienen otros autores, el ordenamiento legal de un estado capitalista, no puede ser reconocido como derecho válido, cuyos ciudadanos deban obedecer. Si como enseñó Locke, la democracia es la única forma natural y justa de gobierno entonces, la obediencia a la ley establecida por un gobierno autocrático, no puede ser justificada. Y si la doctrina del derecho natural de Filmer es aceptada, conforme a la cual la democracia es la forma más injusta de gobierno, porque está en conflicto con la voluntad de Dios, quien no gobierna al mundo en forma democrática, no existiría ninguna razón para la validez de una ley democrática, ya que la tarea de elaborar leyes es un derecho exclusivo de un monarca absoluto. No

puede existir duda que esta segunda consecuencia de la doctrina del derecho natural es inaceptable para una ciencia del derecho positivo, y menos aún para el derecho comparado, como es el caso del primero.

El afirmar entonces, que el derecho positivo es válido porque es justo no es respuesta a nuestra interrogante. Si la validez del derecho positivo deriva del derecho natural, entonces el derecho positivo no tiene validez en sí mismo. Son sólo las normas del derecho natural las que deben obedecer los hombres. La doctrina del derecho natural no responde a la interrogante acerca de la validez del derecho positivo, pero sí a la pregunta totalmente diferente de por qué el derecho natural es válido. Y la respuesta a esta interrogante es una hipótesis. Es la supuesta norma de que los hombres deben obedecer los mandatos de la naturaleza. Esta es su norma fundamental.

III

Existe otra doctrina —la Teología Cristiana— que ofrece una respuesta a nuestra pregunta. San Pablo dice (1): “Todos habéis de estar sometidos a las autoridades superiores, que no hay autoridad sino por Dios, y las que hay, por Dios han sido ordenadas. De suerte que quien resiste a la autoridad, resiste a la disposición de Dios, y los que la resisten, se atraen sobre sí la condenación. Porque los magistrados no son de temer para los que obran bien, sino para los que obran mal. ¿Quiéres vivir sin temor a la autoridad?

Haz el bien y tendrás su aprobación, porque es ministro de Dios para el bien” (Rom. XIII,1ff). Esta es una justificación de cualquier orden positivo emitida por una autoridad establecida. Los hombres deben obedecer cualquier ley porque su obediencia es ordenada por Dios, cuyos representantes son las autoridades que elaboran las leyes; y consecuentemente, esta ley no debe ser considerada únicamente como hechura humana, ya que tiene su origen en la voluntad de Dios. En último análisis, la obediencia del hombre se sustenta en Dios, y no en el Derecho positivo como tal.

Sin embargo, la afirmación que sostiene: los hombres deben obedecer el derecho positivo porque Dios lo ordena, no es una respuesta final a la pregunta acerca de la validez del derecho positivo. Aun si se acepta el hecho que Dios emitió esa orden, la pregunta surge con respecto al por qué los hombres deben obedecer las órdenes o mandamientos de Dios. En cuanto la validez de una norma deriva únicamente de una norma superior, el verdadero significado de la respuesta de San Pablo a nuestra interrogante es: los hombres deben obedecer el derecho positivo, porque ellos deben obedecer las órdenes de Dios, quien a su vez ordenó obediencia al derecho positivo. El hecho de que los hombres deban obedecer las órdenes divinas es una norma que no puede ser presentada como emanada de Dios. Si una autoridad emite una orden prescribiendo que una persona debe obedecer

(1) La traducción ha sido tomada de la edición de la Biblia, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1964, (Nacar-Colunga).

órdenes de otra, esta norma implica la autorización de esta otra para emitir tal orden, y la persona autorizada por esta norma, estaría sujeto a ella, tanto como aquella que está obligada a obedecer. De aquí que una autoridad que emitiera tal norma, tendría que ser considerada superior a ambos. Dios no puede emitir una norma autorizándose a sí mismo a dar órdenes, porque Dios es la autoridad suprema. Consecuentemente, la norma que impone a los hombres obediencia a las órdenes de Dios, no puede ser una norma emitida por una autoridad; sólo puede tratarse de una norma supuesta por la teología. Su norma básica, es pues una hipótesis metafísica. Esta es, de acuerdo con la teología, la razón para la validez de la ley.

Tal hipótesis metafísica es sólo aceptable desde el punto de vista de una religión; y el hecho de que Dios haya ordenado a los hombres obediencia al derecho positivo, puede ser aceptado sólo desde el punto de vista de la religión cristiana, tal como fue establecida por San Pablo; y aún desde este punto de vista es discutible, pues difícilmente es conciliable con las enseñanzas originales de Cristo. La hipótesis al igual que el hecho, no pueden ser aceptados ciertamente desde el punto de vista de la ciencia en general, y de una ciencia del Derecho en particular. La ciencia no lo hace, ni puede operar en base a presunciones metafísicas, presunciones de una entidad o hecho fuera de nuestra experiencia, y especialmente, fuera del alcance de la mente humana.

La respuesta dada por la Teología

Cristiana a nuestra interrogante, al igual que la del derecho natural, encuentra la razón para la validez de la ley en un orden superior, ubicado por encima del derecho positivo, en un orden divino o natural. De acuerdo con estas doctrinas, el derecho positivo no tiene validez en sí mismo. Lo que interesa realmente es la validez del orden natural o divino. Y la razón para su validez es una norma fundamental que no está emitida por una autoridad de orden divino o natural, sino presupuesta como una hipótesis.

IV

El análisis de estas dos doctrinas muestra, primeramente, que sus hipótesis son inaceptables para una ciencia del derecho positivo. Y en segundo lugar, que si su validez inmanente está en discusión, la razón de la misma no debe ser buscada en un orden superior; el derecho positivo por el contrario, debe suponerse como supremo y como un orden soberano.

Este orden está caracterizado por una estructura jerárquica que tiene por base la Constitución, sea escrita o no escrita. Luego vienen las leyes establecidas por los legisladores, las cortes y órganos administrativos que al aplicar las leyes crean normas individuales. De esta forma, obedecemos las decisiones de un Juez o funcionario administrativo únicamente porque debemos obedecer la constitución. Si nos preguntamos, por qué debemos obedecer la constitución vigente, nos remitimos a la anterior, que ha sido reemplaza-

da por la actual por los cauces legales, y de esta forma llegaremos finalmente a la primera constitución, históricamente considerada. A la pregunta de por qué debemos obedecer estos dispositivos, una ciencia del derecho positivo sólo puede responder: la norma que señala que debemos obedecer la primera Constitución, debe ser presupuesta como una hipótesis, si el orden coercitivo, establecido por ella, y obedecido actualmente y aplicado por aquellos cuyo comportamiento regula, es considerado como un orden obligatorio; si las relaciones entre estas personas deben ser interpretadas como deberes legales, derechos legales y responsabilidades legales y no como meras relaciones de poder; y si fuera posible distinguir entre lo que es legalmente correcto e incorrecto, y especialmente entre un uso legal e ilegal de la fuerza. Esta es la norma fundamental de un orden legal positivo, la razón última de su validez, enfocada desde el punto de vista de una ciencia del derecho positivo. Y esto es así, porque es imposible presumir que la naturaleza o Dios hayan ordenado obediencia a la primera constitución, y que los padres de ella hayan sido autorizados por la naturaleza o Dios para establecerla. La norma básica que impone obediencia a la primera constitución no es creada por una autoridad legislativa; esto es, no es una norma de conformidad con la Constitución, sino como nos dice la ciencia del derecho positivo, algo que nosotros suponemos como una hipótesis si consideramos el orden coercitivo regulando en forma efectiva el comportamiento humano dentro del te-

rritorio de un estado, como un orden que obliga a sus habitantes. Este presupuesto no es un producto de la libre imaginación, ya que está referido a hechos objetivamente considerados: el establecimiento de una constitución y de actos que en base a ella crean y aplican las normas generales e individuales de un orden coercitivo. Ella legitima en forma subjetiva el significado objetivo de estos actos. Es la aplicación del principio general de la efectividad, el cual, como principio normativo, juega un papel importante en el mundo del derecho.

De esta manera, el positivismo legal responde a la pregunta de por qué el derecho es válido, refiriéndose a una hipótesis que puede o no ser aceptada; dicho en otras palabras, justifica la obediencia a la ley; pero sólo condicionalmente. Es por este motivo que se ha dicho frecuentemente, que esta respuesta no es solución satisfactoria al problema, y que por tanto es preferible la doctrina teológica o la jusnaturalista. En este aspecto, sin embargo, no existe diferencia entre el positivismo legal y la doctrina teológica o jusnaturalista. La razón de la validez del derecho, de acuerdo con las tres doctrinas, es una norma hipotética fundamental. Así como la norma básica del positivismo legal no es expedida por la autoridad legislativa, sino es presupuesta en el pensamiento jurídico, las normas básicas del jusnaturalismo y de la teología cristiana, no son emitidas por la naturaleza o por Dios, sino que son presupuestas como hipótesis. Consecuentemente, estas doctrinas pueden justi-

ficar la obediencia a la ley, mas sólo condicionalmente. La única diferencia consiste en que mientras la validez de la norma fundamental del positivismo legal radica en el derecho mismo, la norma básica del jusnaturalismo y de la teología cristiana, encuentran su justificación en un orden natural o divino.

V

Hasta aquí nos hemos referido a la validez del derecho nacional. Mas si consideramos el derecho internacional como válido sólo si es reconocido por la constitución y por la autoridad legal del derecho nacional, o, expresado en otros términos, si es reconocido únicamente por el gobierno de un estado soberano, nuestra respuesta es la misma: su validez radica en una norma fundamental presupuesta. De esta forma, la razón para la validez del derecho nacional implica la validez del derecho internacional, el cual sería una parte del derecho nacional. Pero si consideramos al derecho internacional como un orden legal superior a los ordenamientos legales nacionales, la situación cambia. El principio de efectividad aplicado a la norma básica del derecho nacional es una norma del derecho internacional positivo. De acuerdo a esta ley, un gobierno independiente, con control efectivo de su población y de un territorio determinado —aun si se ha establecido por medio de una revolución y no constitucionalmente— es un gobierno legítimo; la comunidad bajo este gobierno es un "Estado" en el sentido del derecho internacional, y el orden coercitivo a través del

cual ejerce un control efectivo, es la ley válida de este estado; y los actos por los cuales las normas de este orden son creadas y aplicadas, son actos legales. Si San Pablo enseñó que todo gobierno establecido es instituido por Dios, el positivismo legal enseña que cada gobierno establecido es instituido por el derecho internacional. De acuerdo con el principio de efectividad, una norma de derecho internacional —la constitución de un Estado— es válida, si el orden coercitivo derivado de ella, es ampliamente observado. Esta norma positiva de derecho internacional, concebida como superior al derecho nacional, tiene la misma función que la norma hipotética, o sea, es presupuesta como básica en un orden legal nacional, concebido como orden soberano, o como es formulado con frecuencia, como la ley de un Estado soberano. Esta es la razón para la validez del derecho nacional. Precisamente porque la razón para la validez del derecho nacional es una norma del derecho internacional, éste puede ser considerado como superior a aquél. Mas esta norma del derecho internacional no puede ser considerada como la razón última para la validez del derecho nacional. Surge entonces la pregunta ¿por qué es válida esta norma de derecho internacional? Y finalmente ¿por qué el derecho internacional como un todo, es válido? A esta última pregunta podemos contestar de la misma manera que respondimos a la pregunta acerca del derecho nacional —porque el derecho internacional y no el derecho nacional— es concebido ahora como un orden soberano. Si la ley na-

cional ("el Estado") todavía se caracteriza por ser soberano, esta "soberanía" sólo significa que el estado o lo que es lo mismo, el orden legal nacional que constituye el Estado, no está subordinado a ningún otro orden legal nacional, sino sólo al orden legal internacional, o sea, que es "independiente". Si queremos saber ahora porqué el derecho internacional es un orden normativo válido, preguntémosnos por qué un acto ejecutado por el estado A en relación al estado B es legal o ilegal. La respuesta puede ser: porque está en conformidad o disconformidad con un tratado concertado entre ambos, y porque de acuerdo a una norma de derecho internacional, los estados deben respetar los tratados que han suscrito. Esta es la norma *pacta sunt servanda*. Es una norma de derecho internacional consuetudinario. La norma del derecho internacional que representa la razón para la validez del derecho nacional es, asimismo, una norma de derecho consuetudinario; y el derecho internacional está compuesto por normas de derecho consuetudinario y de derecho convencional; siendo este último creado por los tratados en base al derecho consuetudinario. Consecuentemente, la razón para la

validez del derecho internacional, su norma básica, es la que instituye la costumbre como fuente creadora del derecho, y la norma de que los estados deben comportarse como comúnmente lo hacen en sus relaciones mutuas.

Esta norma sin embargo, no puede ser creada por la costumbre. Una declaración en contrario, caería en la misma falacia lógica que una declaración de la naturaleza autorizándose a sí misma, o de Dios autorizándose para emitir órdenes. La norma que autoriza la costumbre estatal para crear el derecho obligando a los estados, sólo puede ser presupuesta por aquellos que interpretan las relaciones mutuas de los estados, no como meras relaciones de poder, sino como relaciones legales, con obligaciones, derechos y responsabilidades; por aquellos, repito, que consideran los actos de los estados como legales o ilegales, esto es, como relaciones reguladas por un orden legal válido. Esta condición es una hipótesis, conforme a la cual tal interpretación es posible. Esta hipótesis es la norma fundamental del derecho internacional, que en último análisis es también la razón para la validez de los órdenes legales nacionales.