

CAPÍTULO XXVIII

KELSEN Y EL ESTADO DE DERECHO

1. IDEOLOGÍA Y DERECHO

Para lograr una unidad de análisis en la vasta obra de HANS KELSEN, no es suficiente el escrutinio microscópico de las ideas en que se apoya su *Teoría pura del derecho*. Conviene, pues, anticipar que no tienen esa pretensión algunas de las que he preferido para este recuerdo de su memoria, al cumplirse los cien años de su nacimiento.

Una de esas ideas, con la plenitud de vigencia en nuestro tiempo, es aquella que encara el derecho como una ideología. No obstante que los supuestos de su teoría son los de una total limpieza y purificación de la idea del derecho, para que no esté contaminada de ideología, ni de religión, ni de política, ni de moral, ni de sociología él mismo advirtió que no hay contradicción en que, simultáneamente, al confrontar el derecho con la realidad natural, aparezca ya como una ideología, y sin embargo se proponga presentado como algo desprovisto de toda ideología¹.

Estos supuestos suyos tienen plena validez y fundamento en su obra *Naturaleza y sociedad*² en la cual plantea escrupulosamente la diferencia que existe entre la naturaleza y la sociedad, es decir, la estructura social en la que va involucrado el derecho, como una implantación que hace el hombre sobre la naturaleza. De esa confrontación, en la que la naturaleza aparece regida por invulnerables leyes de causalidad y la sociedad por leyes de finalidad, concluye el sabio vienés su categoría de imputación como la correspondiente al derecho en oposición a la categoría de causalidad que corresponde a la naturaleza.

De ahí que inicie su especulación con un trabajo sobre la pureza metódica que le sirve para limpiar la noción del derecho de todas las vege-

¹ "El método y la noción fundamental de la teoría pura del derecho", núm. 2, París, *Revue de Métaphysique et de Moral*, 1934, págs. 183 a 204.

² HANS KELSEN, *Naturaleza y sociedad*, Buenos Aires, Edic. Depalma.

taciones que ha ido acumulando en la confusión de los métodos. Mediante esa depuración del método separa todos los elementos de otras disciplinas como la política, la moral, la psicología, la sociología y hasta la justicia, como ajenos al derecho. Brota así el derecho como un orden normativo, o, al revés, de esta postulación emerge la exigibilidad de un método que lo presente bajo la categoría de un "deber ser". Como técnica social, establecida para alcanzar determinadas finalidades humanas, el derecho en sí no tiene finalidad sino que es medio para otras finalidades que están más allá de él mismo y, por tanto, su conocimiento debe separarse radicalmente de los conocimientos adecuados a otras disciplinas. La normatividad lógica es la que compete al derecho que, reitera, es un "deber ser".

Para distinguirlo radicalmente de la ética y depurarlo de ese elemento, establece Kelsen que no es un imperativo de la voluntad, como en la norma moral, sino un juicio hipotético, en el que, si A es, debe ser B, es decir, si se da el hecho A, debe producirse el B. Si A compra, debe pagar (b) el precio; si comete tal delito, debe tener tal sanción. No es, pues, un juicio valorativo como en la ética sino un juicio imputativo.

Hasta dónde este ascetismo de todos los elementos ajenos a la norma jurídica sea posible, es otro problema que no cabe en el proceso del conocimiento de las normas en la concepción de Kelsen. El derecho, según él, es autocreador, y, por tanto, se da en situaciones históricas determinadas y de ahí se desprende que para Kelsen el derecho, es el derecho positivo, para lo cual resulta pleonástico agregarle ese adjetivo al sustantivo. A nivel del juez la teoría de Kelsen es una lógica jurídica cuyo conocimiento se realiza con la interpretación de las normas y, en cambio, para el legislador que estatuye la norma hace política. Simplificando hasta el extremo podría decirse que el juez hace derecho, mientras el legislador hace política. Es el conflicto entre lo que Kelsen llama el derecho estático y el derecho dinámico. En el último en la producción de la norma, entran todos los elementos psicológicos, sociológicos, políticos, etc. mientras en el primero, el estático, el que lo aplica prescinde de todos esos elementos. Finalmente, en la producción de la norma se refleja toda la ideología dominante en ese momento.

2. Kelsen desde el marxismo

Las repulsiones que pueden producirse en la confrontación de la idea del derecho en Marx y en Kelsen podrían ser analizadas como dos versiones del positivismo. El de Marx, opuesto a todo mecanismo, quiere

decir dialéctico, y el de Kelsen, oriundo de la concepción kantiana. Ambos han disuelto la distinción entre derecho privado y derecho público, señalándolos como una unidad, es decir, como una instancia jurídico-política. Kelsen lo manifiesta explícitamente cuando afirma: "La distinción entre el derecho público que sería político y un derecho privado que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado, creado por contrato, pertenece, lo mismo que el derecho público, al dominio de la política"³.

También ha borrado Kelsen la dicotomía entre derecho objetivo y subjetivo, porque no hay dos derechos, la norma y la facultad. Solo la norma es derecho que se pone al servicio de una persona en determinadas condiciones. De paso sucumbe la distinción entre personas físicas y personas jurídicas, porque esta también es una asignación política que el Estado confiere al estatuir que todas las personas físicas son personas jurídicas.

Sobre la idea de que la estructura jurídica es un orden, también el marxismo postrero ha derivado hacia esa definición. Si en un principio, los intérpretes bisoños de Marx, pensaron que se identificaban la concepción burguesa y la concepción jurídica, para desembocar en aquel detonante eslogan, según el cual, "el derecho es el último refugio de la ideología burguesa" que tan vehementemente critica Stucka⁴, parece que ya oficialmente se ha aceptado la misma definición del derecho que propone Stucka: "El derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase"⁵.

La controversia con el marxismo la expone Kelsen en la *Teoría comunista del derecho y del Estado*⁶. Kelsen, al analizar la concepción de Marx y Engels sobre el derecho y el Estado, les señala que tienen una dirección hacia la naturaleza ideológica de esas dos concepciones que, desde luego, es opuesta a su teoría, por cuanto Kelsen lo que pretende es una fundamentación "antiideológica" tanto del derecho como del Estado. La doctrina epistemológica de Marx está formulada así: "El modo de producción en la vida material determina el carácter general del proceso social, político y espiritual de la vida. No es la conciencia de los

³ HANS Kelsen, *Teoría pura del derecho*, ed. cit., cap. ix.

⁴ P. I. STUCKA, *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, Barcelona, Ediciones Península, 1969.

⁵ Idem, pág. 34.

⁶ HANS Kelsen, *Teoría comunista del derecho y del Estado*, Buenos Aires, Edit. Emecé, 1957.

hombres lo que determina su existencia, sino, por el contrario, su existencia lo que determina su conciencia". Con este presupuesto conceptual consagra MARX, según Kelsen, una ideología, a pesar del carácter de falsedad que MARX atribuye a la ideología como incapaz de contener la realidad. Esa falsa conciencia refleja la necesidad de que desaparezcan en el futuro tanto el derecho como el Estado. Puntualmente subraya Kelsen, cómo esta tesis de MARX está referida al Estado y al derecho existentes pero no alcanzan a cubrir los requerimientos de lo que sería una teoría del Estado y del derecho en su forma pura y no como ideologías existentes.

MARX presenta, pues, el derecho burgués como norma en tanto que ideología. Al igual que los juristas burgueses, sostiene HANS Kelsen, que la norma es un valor moral, identificando dos supuestos que son: "el derecho es una norma", con este otro: "el derecho es justo". Evidentemente esta es una deformación social y, por tanto, una falsa ideología. Kelsen sostiene que puede describirse el derecho, empleando el término "norma" o "deber ser" sin ninguna connotación moral y realmente con el significado lógico de la vinculación entre condición y consecuencia en las disposiciones del derecho, sin incurrir en distorsiones ideológicas de la realidad social. Desde ese punto de vista el derecho sí se constituye como un objeto del conocimiento, es decir, como realidad jurídica.

La teoría de Kelsen tiene una estructura que pudiera llamarse de ferroconcreto por cuanto al distinguir entre el juicio moral y el juicio jurídico le asigna al primero el adjetivo axiológico y al segundo lógico para distinguir exactamente la clase de lógica que le es aplicable a cada uno y para liberar al juicio jurídico de toda connotación axiológica o moral que, es en el fondo, lo que hace MARX al enjuiciar el derecho burgués, asimilándolo a juicio moral.

3. DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO

Con los anteriores supuestos en abreviatura, Kelsen discrimina, como MARX y ENGELS homologan, "Derecho" con "Teoría del derecho". Al identificar ellos el derecho con las relaciones de producción, le asignan a estas últimas el carácter de realidad y al derecho como un opuesto, la ideología, cuya función es la de falsificar la realidad. Lo real son, pues, las relaciones de producción, de las cuales emergen como superestructuras el derecho y el Estado sindicadas por MARX y ENGELS como "ideologías". No se ve claro en este planteamiento por qué entonces la ideología no pueda ser considerada como realidad, siempre que corresponden tan

exactamente esas superestructuras con las relaciones de producción. De cualquier naturaleza que sean esas relaciones de producción, generan unas instituciones como derecho y Estado, instituciones sociales reales, que, sin embargo, para MARX y ENGELS son falsificaciones "ideológicas".

Aparecen así, según Kelsen, confundidas dos instancias profundamente diversas como son teoría y derecho, por cuanto teoría es función del pensamiento, en tanto que el derecho es función de voluntad y, por esto mismo, no puede ser una ideología. Kelsen descubre que MARX y ENGELS no acertaron la puntería hacia el derecho sino a una determinada teoría del derecho, es decir al derecho burgués, una especial teoría del derecho y no el derecho en sí. Desde ese punto de vista resulta lógico que, si el derecho y el Estado, son productos ideológicos de la lucha de clases, suprimidas las clases debían evaporarse también esas dos instituciones ideológicas, derecho y Estado.

Por otra parte, convertir el derecho y la moral en una interpretación de normas, sí constituye una ideología, y en esto, paradójicamente, vienen a coincidir MARX y ENGELS con los ideólogos burgueses. La norma se convierte así en un valor moral⁷ a juicio de Kelsen, y, por tanto repugna a su teoría muy explícita despojar al derecho de toda valoración axiológica. De ahí la insistencia de HANS Kelsen en distinguir los dos tipos de realidades que son la realidad natural y la realidad social. Ni el derecho ni el Estado pueden ser encaradas como realidades naturales sino como realidades sociales. Y como realidades sociales es como Kelsen propone una redefinición de las dos instituciones y no la supresión. Para redefinir el derecho se libera, pues, de la posición ideológica que asume el jurista burgués de tomar la norma como lo moral, es decir, lo justo y, mediante esa "purificación" refina simultáneamente una concepción igualmente alejada de lo que el jurista burgués asume como derecho y el marxismo engloba como ideología.

4. CONOCIMIENTO Y CREACIÓN DEL DERECHO

Toda la teoría de Kelsen va dirigida al conocimiento de ese objeto que denominamos derecho. Desde el prefacio lo advierte explícitamente, así: "Tratábase de dar despliegue a sus tendencias dirigidas, no a la

⁷ HANS Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires. Edit. Losada, 1941, pág. 25.

creación, sino exclusivamente al conocimiento del derecho, y de acercar lo más posible sus resultados al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud⁸.

Lo que ha perturbado muchas veces los juicios sobre su doctrina consiste en considerarla solamente como una apología del derecho positivo y no como una doctrina sobre el derecho sin más. El adjetivo no tiene, pues, otra connotación al asignarle la positividad que la de oponerlo a la teoría del derecho natural que Kelsen considera como una concepción metafísica y, más bien, como un apéndice de la ética que como auténtica doctrina del derecho sin más. En el derecho natural, según Kelsen, se seguía la lógica de la causalidad, mediante la cual se vinculaban la causa y el efecto como un "tener que ser", mientras en este derecho positivo, bajo la categoría de la imputación lo que surge es un "deber ser". La norma, pues, resulta diferente en la moral y en el derecho porque para la primera hay un imperativo, mientras para la segunda, hay una condición.

La teoría del derecho natural la enjuicia Kelsen precisamente como ideológica y un recurso al que han apelado sucesivamente el estado de policía de las monarquías absolutas hasta los movimientos revolucionarios más extremos. La burguesía liberal del siglo XIX consagra contra esa concepción el positivismo, pero no disuelve la vegetación, oriunda del derecho natural, de la idea de justicia, idea ética, según Kelsen⁹.

Esa idea del derecho natural, afirma Kelsen, "es quizás la sombra de la resignación proyectada por el idioma sobre el pensamiento, al afanarse este, inútilmente hasta ahora, por la solución de un problema cuya insolubilidad parece indicar ya de antemano en el supuesto de su planteamiento: el contraste entre valor y realidad, deber ser y ser, sociedad, es decir, *justicia y naturaleza* queda suprimido, y se hace que lo justo sea lo natural, y lo natural sea lo justo"¹⁰.

Señala también Kelsen como diferencia entre el llamado derecho natural y el llamado derecho positivo, en que, asimilado más bien como ética, el natural no tiene sanción exterior mientras el segundo, es decir, el positivo es un orden *coactivo*, es decir, tiene una coacción exterior. Al respecto afirma Kelsen: "Este es el segundo punto en que se distingue esencialmente el derecho natural del derecho positivo. Este último es por

⁸ HANS Kelsen, *Teoría pura del derecho*, ed. cit., pág. 17.

⁹ Ídem, pág. 45.

¹⁰ Ídem, *La idea del derecho natural*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1946, págs. 16 y 17.

esencia un orden coactivo y tiene que serlo —precisamente en contraste con el derecho natural— porque sus normas proceden del arbitrio de una autoridad humana¹¹.

5. DERECHO Y COACCIÓN

Convendría aquí despejar un equívoco esparcido sobre la teoría de Kelsen al destacar la coacción como esencial al derecho. Nuestra tesis ha sido la de que la coacción es una propiedad y no esencia del derecho y, aun cuando los iusfilósofos han soslayado el problema o no lo han esclarecido satisfactoriamente, valdría la pena reproducir lo que afirma uno de los más agudos y, desventuradamente, olvidados iusfilósofos americanos, el uruguayo LLAMBÍAS DE AZEVEDO, cuando escribe: "Sostener que la coacción física es esencia del derecho sería lo mismo que afirmar que la gravedad es esencia de los números"¹².

Con el mismo pensador uruguayo interpretamos a Kelsen en el sentido de que inserta el derecho en un *orden coactivo* del que carece el orden moral, es decir, que tiene una exigencia exterior propinqua a ser coactivamente requerida, no necesariamente con requerimiento físico. El *orden coactivo* que menciona Kelsen es un conjunto de normas que regulan la posibilidad de la coacción. En el mismo sentido habla LLAMBÍAS DE AZEVEDO al escribir: "El derecho es un orden coactivo, se compone de normas coactivas. Pero para Kelsen esto no significa "disposiciones" cuya violación esté garantizada por la coacción, sino precisa y exclusivamente normas reguladoras de la coacción"¹³.

La capacidad de ser exigida la norma desde fuera es el fundamento de esa coacción, lo que no ocurre en lo que Kelsen llama la ley natural. En la ley natural se enlaza un hecho como causa o antecedente con otro hecho como consecuente que, necesariamente, se va a dar y, por consiguiente, la forma de enlace de esa relación es la causalidad, es decir, "tener que ser". En cambio, en el derecho no puede aplicarse esa relación necesaria de "tener que ser", sino el "deber ser" que una norma impone, oponiendo así la categoría de *imputación* a la de causalidad. Desde ese punto de vista es como Kelsen sindicaba la teoría del derecho natural como metafísica, al introducir subrepticamente en la relación necesaria de la natu-

¹¹ Ídem, pág. 20.

¹² JUAN LLAMBÍAS DE AZEVEDO, *Eidética y aporética del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, págs. 71, 72.

¹³ Ídem, pág. 77.

raleza, es decir, a algo que "tiene que ser", una categoría que no le es pertinente, la imputación, "el deber ser". Es con ese supuesto como "purifica" también su teoría de todo sociologismo que estudia cómo los hombres se conducen en la realidad, mientras el jurista lo que estudia es cómo debe conducirse. Esta sería la absurda pretensión, según Kelsen, de extraer un derecho de la naturaleza, estableciendo un puente que no existe entre el "ser" y el "deber ser".

Kelsen se remite constantemente a su planteamiento entre naturaleza y sociedad, entre naturaleza y espíritu, entre ciencias de una y otra esfera, en el empeño de lograr una pulcra teoría del derecho de la que estén expulsados todos los gérmenes de otras ciencias. "Si la ciencia natural, escribe, fue capaz de lograr su independencia respecto de la política, fue debido a que existía un poderoso interés social en esa victoria"¹⁴.

Esa insistencia la aduce para liberar el derecho positivo de las connotaciones políticas que le había inculcado el positivismo del siglo XIX que son, precisamente las fronteras que aspira a superar con su teoría.

6. DERECHO Y ESTADO

De lo anterior salta la escisión que establece Kelsen con el positivismo del siglo XIX, cuya concepción del Estado era política y social. Ese proceso riguroso de depuración lo lleva a considerar el Estado como un objeto jurídico, es decir, objeto de la ciencia jurídica imposible de confundirse con otra visión, como pudieran ser la política, la sociológica, etc. La perspectiva de la *Teoría pura del derecho* sobre el Estado no puede ser sino la jurídica, suprimiendo así ese dualismo en que lo separó el positivismo jurídico anterior. Aquí el poder como esencia del Estado se convierte en un problema de validez jurídica exclusivamente y todos los problemas que se han planteado sobre el Estado se subsumen en problemas jurídicos dentro de la concepción kelseniana.

La identidad entre Estado y derecho rechaza, pues, la tradicional legitimación del primero por el segundo, no porque considere imposible la legitimación del Estado, o, a la inversa la del derecho por el Estado, por cuanto esa legitimación del uno por el otro supone ya una ideología, en cuanto implica una valoración que lo retrotrae al ámbito de la ética y de la política, privándolo del conocimiento objetivo. Según Kelsen todo Estado

¹⁴ HANS Kelsen, *Teoría pura del derecho*, ed. cit., pág. 22.

es un orden coactivo que se expresa en derecho y de ahí que la teoría del Estado de derecho resulte en su doctrina como una redundancia. Es obvio que, cuando en rigor se ha entendido como Estado de derecho aquel en el que los poderes del Estado están limitados, Kelsen conceptúa que eso nos remitirá al derecho natural que él ha situado en el ámbito del ser y lo desplaza del que les es pertinente que es el del "deber ser". No se trata, pues, de que Kelsen rechace la legitimación del Estado y del derecho, como erróneamente han interpretado algunos autores, porque es perfectamente válida la necesidad de su legitimación, sino que ella no puede hacerse "científicamente" bajo los supuestos que él propone, es decir, ambos conceptos, Estado y derecho, como orden normativo. Otra cosa sería discutir la validez de bloquear como científico solamente el dato empírico de la norma.

7. AGNOSTICISMO AXIOLÓGICO

La expulsión de todo elemento axiológico en la teoría de Kelsen no implica, sin embargo, que rechace *per se* la consideración o validez de un valor más allá del concepto puro del derecho. Le niega, eso sí, el dictado de "científico" a tal valor por cuanto Kelsen arranca del agnosticismo metafísico de Kant y desde allí hay que interpretar las conclusiones a que llega el filósofo vienés. Fue también en ese ámbito como el iusfilósofo argentino, Carlos Cossio, confrontó su *Teoría egológica* con la de Kelsen, oponiéndole de entrada la intuición de lo jurídico.

Según Cossio la norma es en Kelsen lo que constituye el derecho en cuanto objeto de conocimiento, mientras el filósofo argentino admite la intuición como capaz de señalar el ámbito total de lo jurídico y de determinar el objeto específico de la ciencia jurídica y así no aparece la norma como el elemento fundante del derecho sino como un elemento fundado¹⁵. Para Cossio la relación gnoseológica es entre norma y conducta, como concepto y objeto y es así como sobrepasa sin negar la *Teoría pura del derecho* de Kelsen.

8. ORDEN JURÍDICO Y ESTADO DE DERECHO

Con los anteriores elementos tal vez resulta más claro plantear un grave problema que ha suscitado en todas partes la tesis de Kelsen sobre

¹⁵ Kelsen-Cossio, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Ed. Guillermo Kraft, 1952, pág. 115.

las relaciones entre derecho y Estado. En efecto, de la teoría de Kelsen puede deducirse que todo orden jurídico es un Estado de derecho, y sobre esa unidad de análisis conviene esclarecer todos sus alcances que él mismo, es decir, Kelsen rectificó en cierta forma después de la última guerra ya como exiliado en Norteamérica.

Si nos atuviéramos a la nuda tesis de que todo orden jurídico es un Estado de derecho, encontraríamos que los totalitarismos de derecha o de izquierda son Estados de derecho, puesto que todos ellos son un orden jurídico. El Tercer Reich de Hitler tuvo su normatividad jurídica, como la tuvo el fascismo de Mussolini y la ha tenido la Unión Soviética.

El tema debe ser encarado tomando el orden jurídico como el género y el Estado de derecho como la especie. Habría, pues, que distinguir entre el género de orden jurídico para emparejar todos los Estados que, inevitablemente, tienen que tener un orden jurídico así sean tan diferentes como el que sigue la tridivisión del poder como Francia, o el que se constituye como un Estado teocrático como el del Ayatola Khomeini en Irán. La especie de Estado es la que da la clave para definir si ese Estado es de derecho, y esto último nos remite forzosamente al tema axiológico, es decir, a compulsar si ese orden jurídico garantiza los derechos fundamentales del hombre, es decir, la libertad, la seguridad, la vida, la búsqueda de la felicidad.

9. LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD

Conviene ser muy claros para distinguir los conceptos de legitimidad y legalidad porque, de la única manera que la legalidad sucumbe es oponiéndole el concepto de legitimidad y no solo desde su armazón jurídica sino más allá de lo jurídico, cuáles bases legítimas tiene ese aparato. Solo cuando están ensambladas la legitimidad y la legalidad surge la plenitud jurídica. Si el Estado afirma los valores fundamentales de la persona humana, sin distingos de clases, sexos, razas, estirpes, creencias, etc. entonces podrá hablarse de un Estado de derecho en el que los ciudadanos tienen la facultad de oponerse a las normas dictadas por el Estado, cuando ellas violan esos derechos. Estas conquistas las logró el hombre tras intensas luchas cuando consagró esos principios en la revolución norteamericana y la francesa y, desde allí, se habla de Estado de derecho cuando se practican en el orden jurídico de cada Estado esos principios, sobre un aparato que le da autonomía a las tres ramas fundamentales del poder público.

10. LA IMPUTACIÓN NATURAL Y LA NORMATIVA

El traslado de la imputación desde el individuo a quien va dirigida la norma, hasta el Estado como representante de un orden normativo, es un lúcido enfoque de Kelsen en la *Teoría general del Estado*¹⁶. Mediante esa categoría de imputación, por oposición a la de causalidad, engloba en el orden normológico que le es peculiar la teoría del derecho y la del Estado. Si aparentemente se disuelve en esa tesis la de la separación de los poderes en cuanto el ordenamiento jurídico que es el Estado significa una voluntad unitaria y no dispersa en diversos órdenes, la imputación, en cambio, atribuye los actos a personas que no obran en cuanto tales sino en cuanto son órganos del Estado y, por tanto, susceptibles de ser encarados desde el punto de vista de la validez de que estén investidos por ese orden.

Para penetrar en profundidad el sentido que da Hans Kelsen a esa imputación, conviene subrayar muy nítidamente cómo el autor de la *Teoría pura del derecho* distingue la llamada "voluntad jurídica" de la "voluntad psicológica", contrayendo esta última al mundo del ser para instaurar la primera, es decir, la voluntad jurídica, en el mundo del deber ser. En efecto, sostiene que la voluntad psíquica está asociada a un fin, a la representación de un fin cuya consecución está en nuestro poder. El derecho no se funda sobre el hecho físico, sostiene, sino sobre la norma en tanto que se quiere porque es válida. Así distingue entre el querer psicológico y el querer jurídico. Los contenidos de la norma jurídica no se relacionan, pues, por el principio de causalidad como los contenidos de la voluntad psíquica sino por el vínculo del deber de donde se concluye que la voluntad jurídica es una construcción normativa cuya representación es el punto final o "término de la imputación".

Solo a partir de estos supuestos podemos entender cómo para Kelsen determinadas acciones de individuos investidos en el orden jurídico de determinados poderes, no son actos suyos sino de algo que ellos representan, otro sujeto ideal distinto de ellos sobre el que recae una imputación especial, es decir, una imputación normativa. Estos individuos adquieren el carácter de órganos del Estado y los actos suyos, es decir, de tales individuos, que pueden imputarse al Estado, esa otra persona ideal, es lo que la ley jurídica determina. El Estado es así un centro de imputación que no se constituye como una persona psicológica sino como una persona jurídica.

¹⁶ HANS KELSEN, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1934, pág. 117.

Todo esto converge a respaldar la tesis de que el Estado es una personalidad jurídica creada por el derecho y no como brotada del mundo de la naturaleza. Esa personalidad no nace, pues, como la voluntad psíquica, sino de los enlaces imputativos que le otorga la norma.

Estas son algunas de las ideas con que el pensador vienés se constituye en el jurista de la centuria que él ha llenado con su pensamiento. La magnitud de sus trabajos confieren a su actividad una desmesurada atención puesto que no se encantonó en el sector estrictamente jurídico, sino que se proyectó sobre muchas provincias del conocimiento, que abarcan desde la *Teoría del Estado* en DANTE ALIGHIERI, radiante estudio histórico, hasta las densas elucubraciones que hemos soslayado.

CAPÍTULO XXIX

LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO

La cuestión de la crisis del Estado de derecho conviene situarla en una perspectiva que evite cualquier especie de ambigüedad. Sucede que es distinta la intención de quienes presentan el tema como algo irrevocable, tiñendo el acento con una recóndita alegría para legitimar las ambiciones subconscientes por un Estado en el que el derecho no tenga espacio. Frente a este grupo de sepultureros eufóricos del Estado de derecho está el de los que plantean el tema nostálgicamente, señalando el hecho histórico como transitorio y concitando la imaginación para que ese ideal no periclite definitivamente. Esta es la perspectiva que prefiero para sustentar nuestro punto de vista*.

La piramidal bibliografía que hoy está acumulada sobre este tema suele confundir los espíritus y lanzarlos a la perplejidad y de ahí que me propongo evitarla, en cuanto sea posible, para referirme solo a los libros más esenciales y contemporáneos.

Creo que en estas circunstancias cobra luminosa vigencia lo que escribió alguien "la cortesía del filósofo es la claridad".

Para empezar, parto de un supuesto según el cual el Estado es un orden de convivencia impuesto y asegurado por el derecho, y que el Estado de derecho es aquel en el que las funciones de dictar la ley, ejecutarla y castigar a quienes la trasgreden no están en cabeza de una persona, un partido o una clase, sino en órganos separados. La primera tesis corresponde al Kelsen de la época primigenia, cuando sostuvo que todo Estado es un orden jurídico y que en ese sentido todo Estado es un Estado de derecho. Como hipótesis, en cuanto lo jurídico es una legalidad y es, de todas maneras, una normatividad, puede aceptarse entonces que el Estado como sistema jurídico es el género pero el Estado de derecho, es una especie de ese sistema jurídico. Lo que quiere decir que la especie de Esta-

* Ponencia presentada en el Segundo Encuentro de Abogados Rosaristas, que se adelantó en la Universidad de Caldas [N. del E.].