

Siendo el Derecho de Propiedad el derecho real de contenido más amplio, es el más dinámico y eficaz instrumento en la organización de la economía y, por ende, determinante de la organización económico-social.

Dentro de un régimen socialista es naturalmente la Propiedad Socialista de todo el pueblo la base económica, política y social del Estado.

Representa, en consecuencia, la primera categoría de propiedad, siendo un derecho absoluto, eterno y exclusivo, que tiene prioridad respecto de los demás derechos de propiedad, tanto en el hecho como en el derecho.

La Propiedad Cooperativa se aproxima a la Propiedad Socialista del Estado, tanto por su contenido como por la protección de que goza. La expresión más importante de la propiedad socialista cooperativa es la Propiedad Koljosiana.

En la esfera de los intereses personales y privados, el sistema socialista tiende a atenuar progresivamente el carácter subjetivo absoluto del derecho de propiedad, socializándola, tanto en cuanto a sus fuentes como respecto de sus fines. Aun la Propiedad Personal dentro del régimen soviético de propiedad está limitada en cuanto a su contenido, importancia y protección.

De esta manera, las características del derecho de propiedad varían según sean los intereses que proteja, sociales o individuales, referentes a bienes de interés social, como lo son las riquezas naturales y los bienes de producción en general, o referentes a bienes destinados al consumo individual. En este sentido el sistema de propiedad de la URSS tiene una clara y definida estructura conforme a un objetivo político social preestablecido, el régimen socialista en el período de construcción del comunismo.

## La trampa del "Purismo" en el derecho (\*)

JOSE RODRIGUEZ ELIZONDO

### I.—La Teoría de la Pura Norma

La cosmovisión mística, propia de los adherentes al Derecho Natural, ha tenido tristes resultados para Dios Padre. Como ya se ha visto, por obra y gracia de esa escolástica, Dios se ha convertido en progenitor del régimen esclavista, en protector del señor feudal y en líder de la libre empresa.

Para los arreligiosos, comprendiendo entre ellos desde los ateos hasta los "espiritualistas independientes", esa situación era un tanto injusta y, tal vez, un poco rebuscada. Por eso, junto con el advenimiento del racionalismo, trataron de encontrar la raíz pura del derecho, desvinculándolo de la moral religiosa, por un lado, y de la simple materialidad, por el otro.

Inevitablemente debieron partir del reconocimiento de la sustancial ambigüedad del derecho moderno, que era el que tenían en observación, según la cual si se lo toma como valor refluye en la ética, sin positivarse, y si se le toma como "lo positivo", se confunde naturalísticamente con la fuerza, sin que logre valorarse. Como expresa Umberto Cerroni, "el reconocimiento de esta duplicidad del derecho es común a las grandes directrices fundamentales que señalan el pensamiento jurídico moderno: la que restringe el objeto de estudio al derecho positivo como norma y la que tendencialmente subordina el derecho normativo a la consideración de la realidad social que le sirve de matriz" (53). Esto significa que, haciendo abstracción del misticismo, los racionalistas dieron impulso a la investigación pura de un derecho puro, por una parte, y a la subordinación mecanicista de la Ciencia del Derecho a las conclusiones de la Sociología, por otra.

(\*) El presente trabajo es parte de una obra en preparación. Por ello, no se ha alterado la numeración correlativa de las notas.

En esto, como en muchas cosas, actuaron bajo la supervigilancia del filósofo Kant, quien ya había dejado establecida la oposición conceptual entre la equidad (de filiación moral) y el derecho de necesidad (de filiación naturalista). Por ello, coligieron que el derecho debía buscarse fuera de la equidad y de las leyes de la causalidad, tratando de descubrir una tercera posición "en la que las acciones humanas puedan considerarse como articulaciones de una tipología susceptibles de organización al nivel de la abstracción y generalidad propia de la norma, de tal manera que pueda ser accionada coercitivamente, sin descender al nivel de la pura fuerza" (54).

Lo cierto es que el mismísimo Kant había llegado a resultados bastante desalentadores, y había tenido que conformarse con una sucesión de tautologías tales como las siguientes:

"El derecho estricto se funda sobre la conciencia de la obligación de cada uno de conformarse a la ley".

"El derecho se apoya únicamente en el principio de la posibilidad de una constricción externa".

"Derecho y facultad de obligar significan lo mismo".

"Desde el punto de vista práctico, el origen del poder superior es inescrutable para el pueblo que está debajo de él, es decir, el súbdito no debe sofisticar sutilmente en torno a tal origen, como si se tratara de un derecho dudoso, por respeto a la obediencia que a él se debe".

"Se debe obedecer al poder legislativo, actualmente existente, sea cual fuere su origen".

"Solamente gracias a la sumisión de todos a su voluntad (del legislador) es posible un Estado jurídico" (55).

Del derecho divino de los reyes a la obligación de obedecer al legislador del Estado, sobre la base de un imperativo categórico y abstracto, no se había avanzado mucho desde el punto de vista de la determinación del posible ser del derecho. La elucubración tenía un serio y no desdeñable objetivo político, ya que inauguraba los tñjerales del futuro Estado de Derecho de la sociedad moderna, pero, en esencia, se limitaba a sustituir la autoridad de Dios y del rey por la de la ley. Valoraba apriorísticamente "lo jurídico", para seducir con la promesa de la juridicidad, pero mantenía inconmo-

vibles los factores reales del poder y, por ende, los del derecho.

Cuando la crítica develó los vicios de la construcción, los kantianos fueron rápidamente sustituidos por los neo-kantianos, y éstos nuevamente erigieron como bandera la necesidad de eliminar del derecho todo trazo pecaminoso de ideología política (reemplazante de la teología) y de simple naturaleza. Así fue afinándose la tentación ermitaña del derecho, hasta que, en 1934, Hans Kelsen estuvo en condiciones de sistematizar, refundir y proyectar el viejo anhelo de Kant sobre la pantalla del positivismo, culminando con la notable construcción de la Teoría Pura del Derecho.

Con la finalidad conciente y casi obsesiva de encontrar "lo jurídico", superando todos los dualismos "internos" del derecho, Kelsen procedió a dividir previamente los fenómenos y el conocimiento de los fenómenos "externos", separando las ciencias naturales de las ciencias sociales, la causalidad de la imputabilidad, la imputabilidad ética de la religiosa, y la religiosa de la jurídica. De este modo, llegó a "descubrir" la norma jurídica, y anunció al mundo que el derecho, como ciencia, debía limitarse a la descripción de la norma jurídica y del sistema en que esa norma estaba inserta.

"La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular", empieza diciendo Kelsen (56). Y, de ahí en adelante, sindicó como objeto exclusivo de la Ciencia del Derecho a la norma jurídica o, más específicamente, al sistema de normas jurídicas que conforman un ordenamiento positivo, al tiempo que inventa las "reglas de derecho" como "proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto" (57).

De todo ello colige que la tarea del jurista consiste exclusivamente en conocer el derecho y describirlo con la ayuda de las reglas de derecho, de la misma manera como el pianista interpreta la sonata de un compositor:

"Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas crea-

das y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas" (58).

En palabras más asequibles, esto podría significar que Kelsen, observando lo dado y existente, concluyó con visión uniformadora que todo lo que se calificaba como derecho era un conjunto de proposiciones típicas, susceptibles de caracterización propia. Una vez caracterizadas en su teoría esas proposiciones, las reconoció con el nombre de normas jurídicas y rechazó como objeto del derecho toda clase de proposiciones que no tuvieran las características requeridas. Más allá aun, frente a la necesidad de hacer referencia a esas normas jurídicas semicorpóreas, manifestó que ello debía efectuarse mediante reglas de derecho; esto es, descripciones de la norma jurídica que, como tales, sólo podían ser verdaderas o falsas, pero no aptas para calificar otras circunstancias.

En consecuencia, abocado a resolver el antiquísimo problema de la preexistencia del huevo o de la gallina, lo resolvió de una simple plumada, diciendo que para eso estaba, justamente, la ciencia jurídica.

En todo caso, como el círculo vicioso era bastante notorio, Kelsen se apresuró a explicar que ello "se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto" (59). Con lo cual, obviamente, reintrodujo la norma jurídica a la categoría genérica de todos los objetos del conocimiento, con la clara implicancia de que ello destruye su pureza absoluta. Pues Kelsen no demuestra que el conocimiento que las ciencias tienen de sus objetos sea un conocimiento previamente juridizado.

Pero este no es el único ni el más grave desviacionismo interno de la Teoría Pura. Existe otro, particularmente notable, que dice relación con la eficacia de un ordenamiento jurídico. Kelsen, pese a todo, vive en la tierra. Quiere ser un "pájaro del buen Dios", pero su sentido

común lo tironea y lo obliga a palpar lo palpable. Y lo palpable es que "siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas (jurídicas) que la regulan". Hecho tan notorio y tan evidente, que lleva a Kelsen a reconocer que la eficacia de un ordenamiento jurídico se encuentra subordinada a que ese desacuerdo no sea muy grande. Que no llegue a constituir la regla general. Es lo que quiere decir cuando afirma que "un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite" (60).

Si con buena voluntad creyéramos que sólo se trata de ripios mínimos del sistema, que pueden ser explicados por la sociología o por la epistemología, nos encontraríamos, en todo caso, con una tercera desviación insubsanable, ya que es la que sirve de soporte a la validez de toda su teoría. Se trata, naturalmente, de esa Norma Fundamental o "Grundnorm" que valida jurídicamente todas las relaciones normativas, sin ser ella misma una norma jurídica:

"El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico sólo puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas" (61).

Ahora, el que Kelsen llame norma a esa suposición —"esta suposición es en sí misma una norma", sostiene impertérrito— no es más que un nuevo y sofisticado volador de luces. Y aunque el mismo autor no quiera admitirlo, se encuentra en íntima conexión con su otra afirmación, ya analizada, de que "el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener" (62).

Así es como, después de ímprobos esfuerzos, la Teoría Pura termina por agarrarse la cola: "Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la cien-

cia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz" (63).

La obsesiva búsqueda del derecho puro ha concluido, al igual que las otras búsquedas de la pureza, en la tautología, en la ficción y en el convencionalismo. Sólo es posible hablar de derecho puro si se acepta que la norma jurídica es un ente al margen de las valoraciones sociales; si se considera que recibe su consagración ex-nihilo o de una norma fundamental juridizada en virtud de una simple ocurrencia, y si se acepta que el jurista sólo está para describir el sistema interno normativo.

Es decir, si se acepta, como quiere Kelsen, que el prestigio científico especializado se jerarquiza al desechar por extraños los elementos que puedan aportar las otras ciencias; que la "ciencia jurídica libre" es la que estudia un residuo bárbaramente desgarrado del conocimiento humano, y que ninguna ideología emana del conocimiento por "estar ligado a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad" (64).

Pero, si no se aceptan tales premisas y, por el contrario, si se reconoce que la profundidad y seriedad de la función científica implica una labor de integración de conocimientos; que la libertad y la pureza de las ciencias no son sino los eternos subterfugios que permiten eludir responsabilidades y que no existe incompatibilidad entre la representación de intereses y la representación de la verdad, entonces la preconcepción kelseniana se derrumba carcomida por la base. Se convierte en un saludable ejercicio de lógica aristotélica y en un ingenioso juego de reticencias y repulsiones inde mostradas, con todo lo cual resulta posible concluir que la Teoría Pura del Derecho no es más que una teoría de la pura norma.

En este sentido, es justo decir, con Cerroni, que a las espaldas del "purismo" kelseniano se encuentra toda la sociedad individualista moderna, desarticulada en la independencia-separación de las personas y en la compactidad y organicidad de las relaciones económicas objetivas. Es decir, "esa sociedad que por vez primera en la historia llega a presentar

la esfera pública como totalmente separada de la esfera social y que en la separación de Estado y sociedad encuentra su ligazón y al mismo tiempo su efecto" (65).

¿Por qué?

Porque, evidentemente, la teoría kelseniana embriaga al jurista con la pureza, lo asimila a un recitador de reglas de derecho y, en definitiva, lo convierte en un ente subalterno. El jurista, "en cuanto jurista", no tiene nada que hacer con la crítica jurídica, pues para eso está el político. El jurista, en cuanto tal, no puede relacionar los sistemas económicos con los ordenamientos normativos, pues para eso está el economista y el político. El jurista, en cuanto tal, está al servicio de cualquier legislador, siendo su función aplicar una técnica de coacción social. Y nada más.

## II.—Entre Santo Tomás y el Normativismo

Sin embargo, reconociendo que la Teoría Pura sirve para valorar acriticamente un tipo de sociedad determinada, mediante la abolición de sus impugnadores jurídicos, puede descubrirse todo un repertorio de afirmaciones valiosas. Fuera, por supuesto, del espléndido análisis y disección de la norma jurídica como ente aislado, que sirve en todo tipo de ordenamientos y que es fundamental en toda investigación de orden lógico-formal.

Entre esas afirmaciones valiosas se encuentra la de que los regímenes socialistas tienen ordenamientos jurídicos. Esto, que pudiera parecer baladí, obvio o simplemente peregrullesco, no deja de ser meritorio frente a los obcecados románticos que niegan la posibilidad de la existencia del derecho allí donde no se protege al derecho privado de propiedad y que, por lo demás, se niegan hasta a aceptar la existencia de países con setecientos millones de habitantes. Para Kelsen, esto es síntoma de la infiltración ideológica o metafísica de la doctrina tradicional del derecho, "poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista" (66).

Pasando por alto esa afirmación

(¿ideológica o metafísica?) de que puede haber un capitalismo democrático, podemos ir al encuentro de una tesis kelseniana realmente bombástica:

¡La revolución es fuente de derecho!

Efectivamente. Explicando el contenido de la Norma Fundamental, Kelsen señala que su importancia se revela particularmente en los casos en que “un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal, sino por una revolución”. Entonces, el nuevo orden sirve de fundamento para la juridicidad de todo un nuevo ordenamiento, “pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario” (67).

Considerando que el racionalismo kantiano fue una revolución anti-teológica, resulta interesante comprobar como Kelsen demuestra que la doctrina del derecho natural, que es patrimonio fundamental del tomismo y, por ende, del cristianismo, no encuentra asidero en la tierra, sino en el cielo:

“Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos” (68).

Habiendo formulado tamaña crítica al derecho natural, Kelsen, con gran honestidad, debe reconocer que dicha doctrina persigue defender el derecho de propiedad privada y el capitalismo mismo:

“Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta a pretender que

la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida” (69).

De resultados de lo cual, llega obligadamente a develar los intereses que están detrás de la división entre derecho objetivo y subjetivo:

“Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho positivo se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No resulta difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reservado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos” (70).

Y, de peldaño en peldaño, tiene que descubrir que el dualismo anterior sirve de soporte al dualismo subsidiario de los derechos personales y de los derechos reales:

“Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto”... Porque... “si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una explotación” (71).

De aquí a reconocer que el propio Derecho Privado cumple una función “interesada”, sólo mediaba un paso. Y Kelsen lo dio:

“Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una

economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política" (72).

Con lo cual no hacía sino salir al encuentro de la afirmación de Marx de que la infraestructura económica determina la superestructura ideológica y, más precisamente, de la aseveración de Engels de que "si el Estado y el Derecho Público se hallan gobernados por las relaciones económicas, también lo estará, como es lógico, el Derecho Privado, ya que éste se limita, en sustancia, a sancionar las relaciones económicas existentes entre los individuos y que bajo las circunstancias dadas son las normales" (73).

Por si esto pudiera parecer desconcertante, vale la pena hacer presente que lo que para Marx y Engels es observación para la crítica y crítica para la acción, para Kelsen es sólo observación para la justificación. En efecto, a renglón seguido de su afirmación, señala que en una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente:

"Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual".

Indudablemente, el esfuerzo de Kelsen aparece como el más grande en el campo del racionalismo positivista. No sólo eso: como insuperable.

Porque Kelsen, con honestidad ejemplar, puso las cartas sobre la mesa. Junto con repudiar a los juristas-hombres

políticos, reconoció paladinamente que el ordenamiento jurídico que él valoraba como democrático era la institucionalización del capitalismo. Y que querer demostrar otra cosa era síntoma de una infiltración "foránea", sea ideológica, sea metafísica.

Clausurado el debate de esta manera, el Dios del tomismo pasó a llamarse Norma Fundamental.

También para mayor gloria del capitalismo.

#### NOTAS

- (53) V. "Marx y el derecho moderno", de Umberto Cerroni. Edit. Jorge Alvarez. Bs. Aires, 1965, pág. 24.
- (54) V. ob. cit., nota anterior, pág. 34-35.
- (55) Id., pág. 36.
- (56) V. "Teoría Pura del Derecho". Eudeba, 1960, pág. 46.
- (57) Id., pág. 46.
- (58) Id., pág. 48-49.
- (59) Id., pág. 49.
- (60) Id., pág. 53.
- (61) Id., pág. 40.
- (62) Id. pág. 74.
- (63) Id., pág. 143.
- (64) Id., págs. 14, 16 y 64.
- (65) V. Cerroni, ob. cit., pág. 43-44.
- (66) Kelsen, ob. cit., pág. 69.
- (67) Id., pág. 140-141.
- (68) Id., pág. 103.
- (69) Id., pág. 111.
- (70) Id., pág. 117.
- (71) Id., pág. 119.
- (72) Id., pág. 185.
- (73) Federico Engels desarrolla esta tesis en Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía clásica alemana".