

**CONTRIBUCIÓN A LA CRÍTICA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL
EN EL ESTADO MODERNO DEMOCRÁTICO DESDE EL PUNTO DE
VISTA DE LA TEORÍA NORMATIVA DE HANS KELSEN ***
por Christian Alfaro Muirhead **

INTRODUCCION

1.— CONSIDERACIONES DE ALCANCE EPISTEMOLOGICO¹: Nada cae de la nada. Querámoslo o no, somos herederos, tipos cognoscentes terminales, de una cultura que nos envuelve y perfila en los más complicados y sutiles repliegues de nuestra conciencia. Sea que dicho fenómeno ocurra en el espíritu de nuestra propia subjetividad, sea, en fin, que se manifieste en el llamado espíritu de la época o en el espíritu objetivo según lo expresara Hegel. Lo importante es, después de todo, tener desde la partida un control relativo de nuestras reflexiones. A nadie escapa, en consecuencia, así se encuentre uno apenas familiarizado con los grandes temas de la historia de la filosofía del derecho, la fácil tendencia al empantanamiento jurídico de naturaleza tautológica, esto es, nuestro inadvertido encuentro con las llamadas aporías de los filósofos. Lo anterior, para no reconocer una pequeña siesta teórica, de claro tinte digestivo, en un día que, ya podría decirse, dura más de lo recomendable en el reino de este mundo.

A nuestros propósitos, el derecho romano es al derecho de la ilustración francesa post revolucionaria lo que la teoría pura de Kelsen es al tema de la crítica de la función jurisdiccional en el moderno Estado democrático. Ello, entre otras, por una razón bastante simple, debida a la temprana familiarización que contrajimos con la teoría normativa del derecho, cuando, al par de su modernidad, nos entusias mó, en grado sumo, en nuestros tiempos de estudiantes de primer año, en la época de la reforma de los estudios de derecho, su coherencia interna y su formidable apertura a una serie importante de temas conexos sin perder, en sus momentos más significativos, su solidez explicativa, su fundamento racional².

La crítica de la concepción kelseniana del derecho y del estado, a nuestro juicio, no ha sido capaz de extraer las mejores consecuencias ni

* Publicado con anterioridad en el *Anuario de Filosofía jurídica y social* 1988. *Lecturas de Filosofía jurídica chilena del siglo XX*. Publicado en la RTFD el 28 de julio de 2002.

** Juez de tribunal de juicio oral en lo penal de Temuco. Profesor de derecho penal, parte general en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Miembro del Capítulo chileno de IVR. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona. Egresado de Derecho de la Universidad de Chile (Chile).

¹ Jorge Millas, 'Los determinantes epistemológicos de la teoría pura del derecho', Págs. 31 y 63 de la *Apreciación Crítica de la Teoría de Kelsen*; Edeval, 1982; J. Millas, "Curso de filosofía del derecho", Ed. Universitaria, 1961, 282 Págs.

² Alfredo Nazar Riquelme., *Teoría General del Ordenamiento Jurídico*; Ed. Mimeo grafiada de la Fac. de Derecho de la U. de Chile., años 1966 y 1967; *La Teoría Pura del Diritto come teoría generale della scienza giurídica*; Tesi di diploma, Scuola de perfezionamento in filosofía del diritto, Università di Roma, 1963.

prácticas, desde la óptica de una praxis consciente, ni filosóficas y menos, científicas, que de su sistema se derivan. A lo sumo, se la ha plegado como una justificación de orden ideológico jurídico a una rutinaria técnica interpretativa en el ámbito exclusivo y profesionalizante de la dogmática jurídica. Tal ha ocurrido desde el ejercicio del poder. Sus oponentes de la cátedra universitaria, de inevitable impronta jusnaturalista, en vez de extraer la riqueza metodológica que vertebra una interesante y novedosa teoría racional del mundo del derecho, tras el enorme desprestigio en que la han sumido los primeros, optan por ignorarla, cuando no le reprochan un exagerado formalismo sino una ausencia de moralidad manifiesta³.

En nuestro medio, por una parte, no son pocos quienes se nutren de un modo más o menos sistemático en la vertiente del normativismo jurídico, sobre todo debido, quizás, al relativo desarrollo de tipo formal o de carácter orgánico de nuestro ordenamiento jurídico nacional y, al franco grado de hermeticidad interpretativa que ha alcanzado el derecho chileno, incluidas, por cierto, las crisis⁴ profundas y recurrentes que aquél ha experimentado en el correr de la presente centuria. Por otro lado, a dicha tendencia, que pudiéramos calificar de minoritaria o parcialmente circunscrita a algunos importantes departamentos de investigación universitaria, no le es ajena tanto la raíz romanística y francesa de nuestro derecho como el carácter de su formalización escrita que consecucionalmente reviste⁵.

Con todo, permítasenos señalar que echamos de menos una inserción real de la teoría normativista del derecho allí donde, precisamente, está ella convocada a producir sus más ricas y dilatadas consecuencias, esto es, en la práctica misma del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Al placer estético que nos depara la contemplación de una sólida construcción teórica debe, necesariamente, seguirle un espíritu práctico, un verdadero afán, científicamente fundado, por plasmar en la propia facticidad del

³ Véase de Francisco Cumplido *¿De Derecho en Chile?*. Instituto de Estudios Humanísticos, 1983, o cualquiera de las ediciones del *Curso de Introducción al Derecho*, de Jorge I. Hubner. Ed. Jurídica de Ch.

⁴ Rubén Galecio G., "El Juez en la crisis", Tomo I.XIII *Revista de Derecha y Jurisprudencia*, Julio 1966; Oscar Santelices Smith, "Crisis del sistema judicial chileno?", Mensaje N° 174, Noviembre de 1968; Eduardo Novoa Monreal, "Justicia de clase?", Mensaje N° 187, Marzo-Abril 1970; *Derecho y Sociedad*, editado por la Corporación de Promoción universitaria, C.P.U., bajo la dirección de Gonzalo Figueroa, varios autores y trabajos de diversas épocas, publicado en Junio de 1978; *Revista de Derecho y Jurisprudencia* relativa al cambio de régimen y gobierno en Chile, de 1973; Jorge Correa Sutil, "Críticas a la labor judicial", Decano de Derecho de la U. Diego Portales, Mensaje N° 362 de Septiembre de 1987. Este autor pareciera fundar sus críticas desde el punto de vista de la Teoría de Kelsen fundamentalmente, pues cita la última versión de su obra cumbre, traducida para la U.N.A.M. México, 1983, como única fuente bibliográfica.

⁵ *Derecho, desobediencia y justicia*, 406 Págs., de A. Squella. Edeval, 1977, constituye una excelente exposición de la teoría jurídica esencial de Kelsen, incluida su tesis de la sentencia judicial como acto de creación jurídica.

derecho el servicio que aquella teoría puede prestar en función de la realidad para la cual fue, sin lugar a dudas, concebida.

Ahora bien, séanos también permitido señalar que cuando nos ocupamos de problemas tales como El Derecho Moderno, La Función Actual del Poder Jurisdiccional del Estado o del Régimen de Garantías Fundamentales del Hombre y del Ciudadano Modernos, nos estamos situando, por la fuerza misma de las cosas, dentro de una perspectiva de naturaleza macro social, inclusiva de una variedad y riqueza considerable de categorías de orden histórico y cultural, en una acepción amplia de estos términos. Es por ello que, al momento de tener que articular nuestros temas centrales de indagación teórica, dentro de una órbita de problemas que les son afines cuando no operan con el carácter de significativas condicionantes de los mismos, se nos plantea con verdadero dramatismo el problema del método jurídico de la investigación, cuestión en la que la teoría normativista del derecho de Hans Kelsen está llamada a proporcionarnos las mejores coordenadas lógico formales de su desarrollo científico. Hoy en día no es posible, pues, la reflexión teórica sobre determinadas cuestiones de índole jurídica sin que, al propio tiempo de ir desbrozando sus explicaciones y temáticas, no nos hagamos cargo, de un modo explícito, de la legalidad interna que posibilita y controla cualquier discurso indagatorio. **El derecho y las instituciones que lo componen, o lo que es lo mismo, la nomoestática o nomodinámica kelsenianas, se encuentran, en el mundo actual de las relaciones sociales requeridos con inquietante ferocidad, por concepciones totales del mundo y de la vida que se disputan, ajenas a todo control internacional que no sea el de naturaleza estrictamente bélica, el ser y el destino del hombre contemporáneo, cualquiera que sea su ubicación geográfica, política o social⁶.**

En suma, insistiendo sobre conceptos más arriba ya expuestos, nos adherimos a la perspectiva metodológica que proporciona la teoría normativista de Kelsen, expresada en su obra fundamental la Teoría Pura del Derecho⁷, en razón de su apertura tanto jurídica como valórica, sin por ello menoscabar su coherencia sistemática y su clara preferencia por el orden democrático, permitiéndonos, por dicho modo, abocarnos, libremente, al tratamiento doctrinario del problema de la Función Jurisdiccional en el Estado Moderno Contemporáneo, sobre la base del ejercicio de la soberanía popular con todo lo que ello implica en la situación actual de la sociedad y el hombre concretos, históricamente determinados.

⁶ Al efecto, léase el prólogo de Kelsen a la edición alemana de 1934, fechada en Ginebra, de su obra *La teoría pura del derecho*. Trad. francesa de 1953, . en español por Eudeba, 1960.

⁷ Christian Alfaro Muirhead, "Lineamientos generales para un Curso de Introducción al Derecho sobre la base de la Teoría Pura de Hans Kelsen", *Revista Frontera de la Universidad local*, Págs. 131 a 142; Temuco 1982.

2.— EL HEGEMONISMO JURÍDICO EN EL AMBITO GENERAL DE LAS RELACIONES SOCIALES: Importa señalar, a los efectos de circunscribir nuestra temática en una perspectiva más específica, el carácter que invisten las normas jurídicas, cualquiera que sea su rango, dentro del conjunto de aquellas a que hace referencia el llamado fenómeno normativo⁸.

Creemos, pues, que no resulta ocioso recordar la especificidad propia de las normas jurídicas en conexión con el conjunto de relaciones sociales sobre y dentro de las cuales se entretienen las acciones de las sociedades, ya sea intra o interestatalmente consideradas, sobre todo a la luz del problema de la interpretación jurídica ejercida como función del Estado.

Lo anterior, por cuanto al interpretar las normas de derecho, la autoridad, al tiempo que resuelve un conflicto entre partes, en el campo civil, o dispone una sanción en el orden penal, cualesquiera sean sus magnitudes, postula y ordena, con carácter objetivo, un plan de conductas determinado, un deber ser específico, con prescindencia de la naturaleza normativa de orden extrajurídico que las disposiciones aquellas comprenden o a que se refieren. El orden jurídico como producto cultural dimana, en su génesis misma, de un orden social en permanente desarrollo, en un proceso constante de diversificación hacia gradas normativas de mayor complejidad. Además, si bien es cierto que la práctica interpretativa del aparato judicial está llamada a reconocer aquellas normas que en exclusiva se tienen como integrantes del orden jurídico, no lo es menos el hecho que dicha actividad se encuentra referida, necesariamente, tanto al ser como al deber ser de las conductas y normas metajurídicas de aquellos sobre quienes impera, con prescindencia formal, incluso, y esto es lo más importante o significativo desde el punto de vista de la libertad de las personas, de sus particulares estimativas de orden moral, religioso, político o cultural⁹.

El orden jurídico democrático se caracteriza, fundamentalmente, por la resolución más adecuada que ofrece a este problema.

Como quiera que el derecho ostenta como una propiedad única o específica suya, dentro del género de las normas sociales consideradas globalmente, la coercibilidad que garantiza su acatamiento, esto es, que su eficacia se encuentra reforzada por el ejercicio del monopolio de la fuerza que detenta el Estado, su configuración como ordenamiento general de la sociedad, de tipo objetivo, plantea como un problema

⁸ H.L.A. Hart, *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*; Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962.

⁹ Al efecto, véase la cita de Grispigni en la Pág. 183 del trabajo de M. de Rivacova "Proyecciones de la teoría pura del derecho en el pensamiento penal" en *Apreciación crítica de la teoría de Kelsen*, Edeval, 1982.

principal, y por modo inequívoco, la índole de la solución social a que arribe respecto de las cuestiones antes indicadas.

La realidad de los hechos permite sostener que hoy como quizás nunca había acontecido en la historia de las sociedades, **el derecho ha acentuado su naturaleza de constituir un rasero normativo igual para situaciones desiguales**. Es aquí, en ésta, su otra propiedad, donde la función interpretativa del Poder Judicial del Estado está convocada, con toda la fuerza de la facultad a él con ferida por una sociedad basada en principios democráticos, consagrados constitucionalmente, a implementar, para los casos particulares de que conozca, la regulación que mediante su actividad creadora de derecho está llamado a ejercer en el ordenamiento jurídico del que forma parte¹⁰.

Como dejamos dicho, el tipo especial de coercibilidad y objetividad de las normas de derecho cobran una máxima actualización estrictamente positiva, desde el punto de vista de los demás regímenes normativos a cuyo través se organiza una Sociedad comprendido, por cierto, el mismísimo orden jurídico¹¹, al momento de ser interpretadas, recreadas y aplicadas por la judicatura del Estado. Esta inflexión normativa y específica, del conjunto de las normas sociales se realiza en el Estado, no obstante que la práctica de las sociedades jurídicamente organizadas suele ocultarla sin mayor advertencia, privilegiando el instante, en la sicología de sus destinatarios, de la legitimación del ejercicio de la fuerza para un caso particular, casos que, sumados unos con otros ad infinitum, velan de un modo empobrecedor, la real magnitud de esa actualización normativa, la que debiera apreciarse como solidaria, según podríamos reconocer, de toda una familia de reglas sociales de conducta, de una enriquecedora continuidad normativa cuyo centro gravitacional, según se destaca mucho más nítidamente en los sistemas del common law, **se encuentra radicado en esa norma jurídica nueva de creación eminente de los tribunales de justicia**¹².

¹⁰ Al efecto, véase de A. Squella “Tres alcances sobre la creación judicial”, Págs. 139 a 167 de la *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 3, Valparaíso, Dic. de 1972, U. de Ch. Ed. Jurídica.

¹¹ Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, 1963.

¹² “La concepción de Montesquieu, —aquella que le asigna a la función judicial una función meramente declarativa de derechos establecidos en la ley—, era una concepción políticamente necesaria para las ideas jurídicas del siglo XVIII, porque suponía una reacción contra ciertas ideas anteriores; pero la concepción procesal del derecho y el endiosamiento del juez como instrumento necesario para la experiencia jurídica, representa el exceso de una concepción estatista, autoritaria, de la vida, que no coincide con los datos de la experiencia jurídica”. Couture, pág. 72. Véase además, pág. 71 y la nota de la pág. 68. Couture, *Introducción al proceso civil*; Ed. Depalma, reimpresión de 1978 de la primera edición de 1949.

I.— EL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL DEL ESTADO EN LA TEORIA TRADICIONAL DEL DERECHO, SU RAIZ EPISTEMOLOGICA.

Como quiera que se destaque la existencia y relevancia del momento de creación de derecho que reviste propiamente la función interpretativa del Estado¹³, según Kelsen; pues, importa sobremanera, definir con la mayor exactitud esa función creadora de derecho, distinguiéndola de la mera función simplemente aplicadora del mismo. Allí, según creemos, es donde cobra una nitidez especial la voluntad política de orden general, con todas sus implicancias y matices, que anima a este poder del Estado en la realización de su cometido, instante en que se vincula una actividad profesional de tipo corporativo con una actividad de naturaleza política que significa, inevitablemente, el ejercicio de un poder de la magnitud social a que alcanza el judicial.

Ahora bien, es común apreciar que en la judicatura nacional opera casi como un prejuicio bastante extendido, incluso en el ámbito de los mejores especialistas que en su seno ella comprende, la identificación de derecho con derecho privado. En consecuencia, es así como el ejercicio de la función jurisdiccional se la reduce notablemente a la composición de los conflictos de índole civil, empobreciendo la función de hombres de Estado que los miembros de la judicatura están llamados a ejercer en lo penal, laboral, político constitucional, o, en fin, en lo económico.

Los efectos generales que para la sociedad se derivan de dicha actitud de nuestros jueces son que la vida, la libertad y la seguridad de los súbditos del Estado, no resultan debidamente garantizados con la misma eficacia, —que un ordenamiento jurídico de tipo democrático posibilitaría realmente— con que aparece salvaguardada, en la facticidad de nuestro mundo del derecho, la administración de los derechos de propiedad de dichos individuos.

Tan cierto es lo antes expresado que, en estos días¹⁴ un brillante juez de nuestros tribunales superiores, ha creído necesario señalar, con ocasión de constituirse como subrogante en una causa criminal de gran notoriedad en nuestro medio, que empleará todos los esmeros a su alcance para restablecer “los derechos de los deudos y de la sociedad”

¹³ Couture, en obra ya citada, pág. 56, señaló: “No se me oculta que para la doctrina francesa, habituada tradicionalmente a una concepción simplemente declarativa del proceso, la idea de que éste constituye un instrumento de producción jurídica, esto es, creador de nuevas formas de derecho no existentes antes de la sentencia, es una proposición revolucionaria”. En la pág. 48, ya había criticado la “idea rigurosamente romana” que Pothier desarrollara “en su primoroso” *Traité de la procédure*.

¹⁴ Nos referimos a la actuación que, en los meses de Junio y Julio de 1987, le cupo al Ministro Carlos Cerda Fernández, miembro titular de la IL. Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.

en la delimitación de un homicidio, de un posible asesinato, y de otro cortejo de delitos conexos a dichas acciones.

Ahora bien, la gran satisfacción intelectual que pudiera deparar el ejercicio y desenvolvimiento concreto y particular de las instituciones clásicas del derecho civil chileno, no lo conocemos aplicado a los casos en que se reclama una verdadera creación jurisdiccional relativa a los mundos del derecho penal, constitucional, económico, político o social, perdiendo así nuestro ordenamiento jurídico una auténtica posibilidad de ver plasmados en el conjunto normativo que éste constituye, la aplicación y creación jurídica sobre la base de sus últimos principios ordenadores, que indudablemente, lo configuran como un Estado moderno, caracterizado por una gran complejidad y riqueza de significaciones estrictamente jurídicas.

Por otra parte, y siempre dentro de una perspectiva normativista, es un hecho que los ordenamientos jurídicos, se dan como tales en los Estados modernos, toda vez que no es posible sino identificar, cada vez con mayor fuerza, las nociones de Derecho y Estado, así se trate de las propias imbricaciones teórico-prácticas que ambos conceptos traen recíprocamente implicadas entre sí. En suma, cuanto hemos dicho viene a parar en que lo que se echa de menos, respecto del derecho u ordenamiento jurídico, es su creación social consciente, diaria, permanente y constante, en la vida de un Estado.

Buscando, pues, los antecedentes que explicarían aquella falta así descrita, ésta la atribuimos, sin pecar por ello de unilaterales o desquiciadores del derecho, a la ausencia de una clara noción de la riqueza que lleva aparejada la función interpretativa del orden jurídico por la autoridad jurisdiccional de un Estado, actividad que se lleva a cabo anclada por las nociones restrictivas de su alcance como función social en un Estado moderno, radicándola con toda la fuerza de su autoridad tan sólo en uno de sus ámbitos jurisdiccionales, esto es, en las relaciones reguladas por los principios básicos del derecho civil, dejando a otras fuerzas o poderes, sociales o culturales, carentes de todo revestimiento jurídico real y necesario, la configuración o determinación de las restantes relaciones normativas, produciendo con ello los inevitables desequilibrios sociales y espirituales recurrentes a dicho orden de cosas, caracterizado, en definitiva, por la falta de una efectiva seguridad jurídica que deba realizarse como valor de una situación social e histórica que pueda definirse como propia de un Estado verdaderamente democrático y representativo. Señalamos, entonces, que contrariamente a lo que describen como el carácter fundamental de su praxis jurídica¹⁵, nuestros tribunales superiores de justicia han carecido de una voluntad política necesaria e inherente al ejercicio y desempeño de uno de los principales poderes del Estado. Ello

¹⁵ Extracto del discurso que pronunciara en Talca el Sr. Ministro de la C. Suprema, Enrique Correa Labra. El Mercurio de 7 de Sept. de 1988.

es así por cuanto tienden a identificar, como dejarnos dicho, la noción de derecho o la de principios fundamentales de éste con las normas y principios configurativos de tan solo una de sus ramas o ciencias jurídicas particulares, esto es, con el derecho civil, tanto en lo que respecta a su construcción positiva como en lo que guarda relación con su formulación doctrinaria. Por otra parte, como quiera que esa voluntad política que echamos de menos en el ejercicio de la función interpretativa del derecho por nuestra autoridad judicial no puede, es cierto, sino hacérsela descansar en una teoría general del derecho y del Estado, ésta, de otro lado, existe de hecho y resulta aplicada de manera constante y reiterada en los múltiples actos objetivos de creación jurídica. Ahora bien, esa teoría general, así se trate de una verdadera ideología jurídica, sin que se la formule de una manera explícita, se confunde estrechamente con las instituciones y principios clásicos del derecho civil francés, derecho que a su turno no hizo sino desarrollar para las necesidades propias del eurocentrista siglo XIX, las instituciones clásicas del derecho civil romano anterior al medioevo.

Decimos, entonces, que la teoría general del derecho que aplican nuestros tribunales superiores en la racionalización de la praxis jurídica total del sistema es debida, fundamentalmente, al desbrozamiento actualizado de las instituciones básicas romanas¹⁶.

Aquí radica, a nuestro juicio, la causa gnoseológica principal de la empobrecida voluntad política que se le atribuye, no sin razón, al ejercicio profesional de la judicatura en nuestro medio, con todas las deformaciones y distanciamientos que ello implica respecto de la realización completa y armónica de un Estado moderno democrático representativo. Como puede apreciarse, la raíz de lo que pudiéramos llamar la abdicación de una verdadera y actualizada vocación política que debiera implicar el ejercicio de uno de los poderes del Estado moderno es, en un primer momento de reflexión de índole teórica y, más precisamente, concerniente al ámbito particular de una gnoseología jurídica mejor enriquecida por las más recientes reflexiones filosóficas del derecho y de las ciencias jurídicas y sociales.

Sin temor a errar, podremos siempre claramente identificar las grandes transformaciones y desarrollo que han experimentado las

¹⁶ Sobre dichos respectos es útil recordar la diferencia que una misma base jurídica romana traducen los sistemas del *common law*, mucho más dinámico en su capacidad de crear normas jurídicas nuevas de la misma manera a como lo hacían los pretores en su tiempo, y el sistema jurídico del período post revolucionario francés que, por razones políticas e históricas, paralizó gravemente la productividad normativa de las clásicas instituciones jurídicas que recogiera en su seno, llevando a no pocos regímenes jurídicos, que en él se basarán, a un verdadero escolasticismo de ideas jurídicas liberales con aquellas más propias de la cristiandad del medioevo. Véase *Revista de Derecho*, N 102, Octubre-Diciembre de 1957, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Págs. 710 a 745, trabajo de Germán Martínez Bustos: Algunos aspectos notables del "Common Law" o ideas para una comparación con el derecho latinoamericano, Universidad de Concepción.

sociedades y sus respectivos estados de derecho. Tal, no ha ocurrido, ni siquiera modestamente, con nuestras instituciones jurisdiccionales. Como decía en su tiempo el mensaje con el que se acompañó para su aprobación legislativa nuestro actual código civil de la República, la judicatura ha ido agregando por manera inconexa como simples añadidos debido al transcurso inevitable de los tiempos, ramas completas del derecho, preteriendo un análisis indispensable de sus respectivas dinámicas internas, de los reales conflictos jurídicos a que su armonización con el sistema total del derecho aquellas reclamaban¹⁷.

Aquella función armonizadora que por la vía de la interpretación deberían realizar nuestros tribunales no se piense, consiguiendo con ello tan solo aumentar el expediente justificatorio de una omisión, que es de naturaleza exclusivamente pedagógico-jurídica o, que guarde relación con una mera aplicación del derecho formalmente existente. Dicha función ha requerido, en sus momentos de inflexión más significativos para la vida y la praxis de un poder del Estado, de una verdadera voluntad política orientada a la solución real de los problemas que se han originado en nuestras actuales sociedades jurídicamente organizadas. Concretamente, el Supremo Tribunal de la República, esto es, la expresión más elevada de la función interpretativa y de integración del orden jurídico total que se realiza a través del ejercicio de las facultades que le brinda su constitución como tribunal de casación reviste, sin más, los caracteres propios de una voluntad y acción eminentemente políticos, deprimida en su ejercicio por lo que pudiéramos llamar la existencia de una voluntad política de signo opuesto, refractaria a la consideración del derecho, en su relación con la sociedad a la que regula, desde una perspectiva diferente de la tradicional, o lo que viene a significar lo mismo, se la reconoce como una actividad política sólo que hipostasiada.

Por otra parte, los ordenamientos jurídicos en un Estado moderno revisten por sí mismos, por su sola existencia o validez, consecuencias políticas inmanentes bastante específicas¹⁸. Pues, de un modo u otro, se trasuntan a su través órdenes políticos determinados, esto es, una clara opción de carácter ideológico de tipo general que hace una sociedad respecto a cuestiones vitales de organización social de sus ciudadanos. **Asimismo, podemos constatar que los Estados modernos se caracterizan, contra toda apariencia fáctica de naturaleza meramente episódica o circunstancial, por su inclinación preferente hacia el orden democrático como**

¹⁷ Véase de Eduardo Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI editores, 8 Edición 1986, 255 Págs.(contrario: Stuka).

¹⁸ Agustín Squella: 'Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen', en *Apreciación Crítica*, ya citada, pág. 1 "El postulado de la neutralidad valorativa del conocimiento jurídico, tampoco significa desconocer que todo derecho positivo alberga o cristaliza determinados valores o valoraciones que se sustentan, de modo objetivo, en las mismas normas de todo ordenamiento". Kelsen, *What is the pure theory of law*, citado por Squella.

organización del poder político de las sociedades. En suma, podríamos asumir, sin mayores contratiempos, la hipótesis de que la mayoría de los Estados actuales postulan como un orden jurídico normal aquel que se inscribe en el ideal democrático de convivencia ciudadana.

Ahora bien, dichos órdenes democráticos difieren en grados más o menos apreciables, desde el punto de vista de su ordenación jurídica, en los reconocimientos que hacen en su interior respecto a las formas que asume la distribución del poder político, en los grados de mayor o menor representatividad de las fuerzas sociales efectivas en sus instituciones jurídicas y sociales y, en fin, a los modos como institucionalizan el acceso al ejercicio del poder político de las más variadas organizaciones, clases e intereses sociales, siendo, a la vez, una característica propia de dichos regímenes la configuración normativa a que tienden, en los procesos de reconocimiento institucional, de los distintos actores sociales en las diversas gradas del orden estatal¹⁹.

Por último, cábenos también destacar la filiación cultural que la noción misma de Estado moderno democrático representativo tiene en el marco de lo que ha venido a conformar nuestro mundo occidental, cimentado sobre bases histórico-culturales muy precisas, configurativas de un tipo definido de civilización en la que se centra el valor esencial, irreductible e inasimilable de la persona, su libertad y su desarrollo material y espiritual, como el valor supremo de su realización.

El derecho, a su turno, como técnica social específica, ha venido a materializar en los tiempos actuales una suerte de identificación de las nociones de Estado y ordenamiento jurídico. Incluso, es más, dentro de la teoría normativista del derecho de Kelsen ya no es posible distinguir, en último término, las nociones de Estado, Derecho y Sociedad; como categorías fácticas distintas apenas, señala aquel autor, y con razón según estimamos nosotros, se sostienen desde un punto de vista científico que las construye, como un principio de conocimiento, únicamente. Si para los efectos del análisis de las ciencias generales y particulares son separables las categorías de derecho, estado y sociedad, como formas de conocimiento de una determinada realidad social, desde el punto de vista del objeto total ello no es así, pues dichas realidades teóricas conforman una sola unidad real en el mundo social a que aquéllas se refieren.

A la luz del conjunto total de la teoría kelseniana, pareciera que el carácter democrático de un derecho, de un Estado y de una sociedad, pudiera constituir un valor inclusivo en dichas categorías, como resultado final de la aplicación de una teoría general a una realidad

¹⁹ Agustín Squella, 'Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen', *Apreciación crítica* antes citada, Pág. 105 y ss,

dada que fuera posible configurar por dicho modo. Es aquí donde, según creemos, se produciría una relación enormemente significativa entre norma y conducta, entre el **ser** y el **deber ser**²⁰, entre dos principios opuestos de conocimiento, el de **imputación** y **causalidad**, o lo que es lo mismo, y siempre dentro de los marcos totales de la concepción de Kelsen, entre la ética y la ciencia del mundo modernos. Lo anterior vale, sobre todo, si se tiene en vista una racionalización relativamente adecuada a lo que pudiéramos describir como la práctica real del ejercicio de la función jurisdiccional en un Estado moderno democrático. No debe olvidarse, a estos respectos, que una praxis jurisdiccional envuelve, siempre, una aptitud propia al conocimiento teórico y el despliegue fáctico, jurídicamente fundado, de una voluntad socialmente determinada.

Hans Kelsen, en cuanto jurista, en la continuidad total de su conciencia, en el marco de una realidad espacio-temporal dada, logra identificar su obra con el mundo moderno y sus tendencias a través de la mediación de lo que él ha descrito como la esencia y valor de la democracia²¹. Mirado dicho fenómeno, desde el punto de vista alegórico de la pintura, parafraseando la obra de Rembrandt en la que aparece un Aristóteles renacentista contemplando el busto de Homero, vestido, además, a la usanza de un holandés de su tiempo, podemos decir que hemos visto a un Kelsen veintiunocentista, con los rictus y esperanzas propias de un hombre del siglo veinte, contemplando el busto de Aristóteles junto al tomo de la fenomenología del espíritu de Hegel²².

II.- LOS CRITERIOS DE JUSTICIA, VALIDEZ Y EFICACIA EN EL DERECHO DEL ESTADO MODERNO REPRESENTATIVO, SUS POSIBILIDADES LÓGICAS²³.

La idea central del desarrollo teórico anterior, el cual pudiera adolecer, aparentemente, de cierto cariz de tipo ideológico en el tratamiento de los problemas que nos ocupan, consiste en apreciar el esquema general de la teoría pura de Kelsen como un esquema abierto

²⁰ William Ebenstein: "La teoría pura del derecho", pág. 20. *Bases filosóficas de la teoría*; F. de C.E., México, Ed. en español de 1947 de la inglesa de la U. de Wisconsin de 1945.

²¹ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, con un brillante epílogo de Peter Romer, "La teoría pura del derecho de H. Kelsen, como ideología y como crítica de la ideología" en homenaje al 90 cumpleaños de su autor, 1971. Ediciones Guadarrama, Punto Omega, Madrid, 1977. Véase, asimismo, la obra de Kelsen, *Socialismo y Estado, una investigación sobre la teoría política del marxismo*, trad. en español por Siglo XXI, editores, 1982, de la 2 edición alemana de 1923.

²² Véanse, al efecto, las bellas expresiones de Couture desarrolladas en el párrafo referido a la estructura del proceso. Págs. 53 y 54, de su obra ya citada en las que le rinde un cumplido tributo al maestro de Jena.

²³ Estas reflexiones se sostienen como inmanentes con los supuestos teóricos esenciales de Kelsen y, preciso es señalarlo, no se confunden con la *Teoría Tridimensional del Derecho* de M. Reale. Edeval, 1978.

a su contrastación con las distintas posibilidades de los órdenes jurídicos existentes según incluyan o no una mayor o menor orientación y realización del valor de la democracia. Pues apreciamos como muy intrasistemáticamente vinculadas entre sí, las más importantes categorías que según Kelsen delimitan los problemas generales del derecho en la época actual, Así, la noción de validez jurídica, siendo la piedra angular de todo su sistema teórico respecto del mundo del derecho, el que resulta desde luego visto como un fenómeno de carácter normativo, al par de fundar la especificidad propia de una ciencia, la ciencia jurídica en su sentido estricto, recoge en su seno, dinámicamente, sin menoscabo de aquella especificidad así lograda, otras categorías significativas para el estudio y delimitación de acuciantes problemas que plantea el derecho como fenómeno social. Tal es el caso **del criterio de eficacia como condición última de validez.** Aquí, en esta dimensión, Kelsen, con el agregado del criterio de justicia que va envuelto en toda consideración de lo normativo propiamente dicho, aparece vinculando en el cuerpo completo de su teoría, ambas categorías, la de validez y la de justicia, con los órdenes más o menos democráticos de los más diversos Estados. **Pues, identificando a la postre el derecho con la sociedad, el jurista vienés pareciera postular como el orden jurídico más pleno aquel cuyo centro cardinal se sitúa en la realización fáctica de valores esencialmente democráticos.** En suma, bien podríamos señalar que, no obstante la total autonomía del criterio de validez como único o fundamental principio que nos permitiría abocarnos en cuanto especialistas ante un orden social que se pudiera objetivar como jurídico, **la teoría normativista del derecho funda, asimismo, la posibilidad de asentar como sistema jurídico más completo aquel que resulta eficaz sobre la base de la realización social de los más fundamentales principios de la democracia.** Es esta caracterización de la validez jurídica lo que permite a Kelsen situar también históricamente el problema del derecho, no tanto por el rol más bien lógico que él le asigna a la norma hipotética fundamental, sino en el sentido de lo que han sido efectivamente los pasados órdenes jurídicos como los que efectivamente se dan hoy en día en los más diversos regímenes estatales, sin prescindir, incluso, por la vía de la crítica jurídica, de los ordenamientos jurídicos posibles en las sociedades del futuro. **Con Kelsen se rompe, entre otros varios, el mito de que la ciencia del derecho debe ir forzosamente, con paso lento y claudicante, a la zaga de los hechos. Su riguroso análisis del mundo del derecho funda así, en definitiva, una verdadera ciencia jurídica, abierta, coherente y libre de prejuicios de orden ideológico, cualesquiera que sean sus títulos, morales, religiosos o filosóficos.**

En fin, y siempre sobre los respectos antes indicados, debemos señalar como uno de los méritos más sobresalientes de la teoría normativista de Kelsen es el modo cómo logra articular, en el desarrollo de su teoría del derecho, los principios básicos de la lógica aristotélica, enriquecida, sin duda, con los aportes más recientes de la lógica

moderna, sobre todo por aquella que situó los problemas del lenguaje como uno de sus temas cardinales, con la lógica propia de lo que podríamos estimar inherentes al pensamiento jurídico de Hegel. Esto último, si bien es cierto no lo ex presa el jurista austro-húngaro en ninguno de sus escritos por nosotros conocidos, bien puede deducirse como implícito en su concepción nomodinámica del orden jurídico moderno.

A fin de despejar cualquier equívoco con lo sostenido en las explicaciones precedentes, importa destacar, asimismo, que si bien es posible filiar filosóficamente una teoría científica, cuestión que por lo demás siempre ha ocurrido en la historia de la cultura, ello no significa, necesariamente, que la teoría así lograda deba identificarse con los sistemas filosóficos que originaron su fundación o que la hicieron posible. **La ciencia en sí misma es absolutamente autónoma como forma de conocimiento o de aproximación abstracta a la realidad; sus postulados teóricos son independientes de los sistemas filosóficos que en un momento dado le sirvieron como fundamento general a sus formulaciones.** La relación filosofía y ciencias, si bien traba un permanente y enriquecedor diálogo entre ambas, no puede implicar ninguna suerte de identificación entre sí, so pena de constituirse en una híbrida ideología que acarrearía la muerte de ellas por la paralización que dicho proceso lleva inevitablemente consigo²⁴.

III.— HACIA UNA GENEALOGIA DE LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO DE KELSEN²⁵.

Un rasgo muy característico y diferenciador de la perspectiva kelseniana, es su aporte a la reflexión de los problemas jurídicos relativos a las nociones de derecho y Estado, en cuanto ambas categorías las vincula con la noción misma de democracia. Pues, pareciera que Kelsen en un momento localizó en la base predominantemente romana de toda la reflexión jurídica tradicional, producida, precisamente, en la tradición iluminista que la precediera, uno de los obstáculos principales, con vistas a una integración, científica y éticamente fundada, de los tres clases de problemas claves de toda indagación jurídica: los de validez, justicia y eficacia del derecho moderno. **Kelsen, podríamos decir, sin temor a mal interpretarlo, barruntó con mucha propiedad la necesidad de recurrir a la noción**

²⁴ Para una adecuada comprensión de este problema, véase “La filosofía del derecho como filosofía y como teoría de la ciencia jurídica”, Págs. 9 a 33 de la obra de Luis Legaz y L.acambra, editada con el nombre *Derecho y Libertad* por Librería Jurídica de Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952; conteniendo, además, otros excelentes ensayos del autor. Uno de dichos en sayos constituye un verdadero anticipo al tratamiento de la cuestión de la risa que hace Eco en su *El nombre de la rosa*.

²⁵ Carlos José Errázuriz Mackenna, *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1986, con tiene a lo largo de toda la 1 parte, Págs. 19 a 419, valiosa información para una historia tanto externa como interna de esta teoría del derecho.

de democracia, núcleo racional derivado del pensamiento filosófico y político del mundo griego, como la mejor y más atinente posibilidad jusfilosófica en orden a abarcar y comprender las nuevas dimensiones sociales que la realidad jurídica le ofreciera, en su tiempo, a su mirada de teórico de una ciencia que urgía refundar²⁶. La ciencia jurídica anterior, como ha quedado antes dicho, se encontraba empantanada debido a una suerte de identificación que aquella hiciera con las instituciones básicas del derecho romano, mediado tan solo por la sistematización doctrinaria del derecho positivo francés del período post-revolucionario.

Hoy día resulta claro que la realidad de los Estados europeos, al final de la primera guerra mundial, carecía de una teoría jurídica capaz de comprender, en su interior, los nuevos y formidables problemas que sus respectivos ordenamientos se encontraban resolviendo en la práctica misma del derecho. Era asimismo evidente, por vez primera, que en el derecho civil no se contenían ya todas las normas y principios jurídicos llamados a resolver los conflictos sociales nuevos que, las diferentes constituciones, encomendaban a los poderes jurídicamente organizados de sus respectivas sociedades²⁷.

Ahora bien, y siempre en relación a estos tópicos, no es indiferente la identificación que durante la Edad Media había hecho la cultura jurídica germano-cristiana con el sistema, en su dimensión nomodinámica, del derecho romano, pasando, a su través, los principios y fundamentos jurídicos, así logrados, al derecho foral y consuetudinario de la sociedad feudal de la época.

Los iluministas europeos, a su turno, más bien iniciaron un proceso de depuración de las instituciones romanas de los rasgos políticos propios de dicho régimen, en lo fundamental. Sólo así es posible ponderar que, en los comienzos de la presente centuria, la teoría tradicional del derecho encontraba sobreabonado el terreno cultural e ideológico para ejercer, sin graves disputas, su hegemonismo prácticamente indiscutido en lo que venía a constituir **la** ciencia jurídica de su tiempo.

Es entonces pues, cuando en medio de grandes conmociones bélicas, y cataclismos sociales, anclados en ideologismos tan inevitables como exacerbantes, Europa vio, por primera vez, formulada en su forma casi perfecta, en el año **1934**, la **Teoría Pura del Derecho de Hans**

²⁶ "Die Hellenisch - Makedonjsche Politik und die Politik des Aristóteles", Hans Kelsen, aparecido en la "Zeitschrift für öffentliches Recht". Vol. 13, año 1933; traducido por Luis Legaz y Lacambra, incluido en *La idea del derecho natural y Otros ensayos*, de Hans Kelsen, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, prologado por Enrique Aftalión.

²⁷ Allan Janik y Stephen Toulmin, *La Viena de Wittgenstein*, Ed. Taurus, 1987; Dossier, Weimar: "Más allá de una república", Págs. 37 a 68, *Revista Universitaria N° 24*, 1988.

Kelsen, contribución científica que, en medio de tantas guerras, intestinas o internacionales, pasó por un largo tiempo, si no completamente inadvertida, con muy escasas posibilidades de verse plasmada en la construcción positiva del derecho y las doctrinas de los nuevos Estados emergentes.

En suma, lo que deseamos señalar es que tratándose del derecho romano tal como éste fue rescatado por los clásicos iluministas, ello debía traer aparejado un enraizamiento de los problemas jurídicos dentro de una perspectiva esencialmente individualista, de corte agrario, refractaria a una consideración más amplia y diversificada de dichos problemas, comprensiva de una visión realmente integradora y que resultaba así requerida por los problemas derivados propiamente de los procesos de industrialización acelerada; masificación de la vida social con su pérdida correlativa de espiritualización de la cultura²⁸; interdependencia cada vez más reforzada de todos los factores de la producción y vida urbana como consecuencia de la permanente revolución científico-tecnológica, etc. La noción de democracia, de raíz eminente mente griega, permitiría a Kelsen situar las cuestiones más vitales del mundo del derecho dentro de un marco teórico radicalmente nuevo, mucho más enriquecido en su cuerpo de doctrinas y principios; mejor vinculado en sus partes más esenciales y, sobre todo, capaz de dar una superior y más cabal cuenta de los fenómenos sociales en conexión dinámica con los típicamente normativos del mundo moderno. El célebre jurista austro-húngaro evitó, así, los dos posibles excesos que, en forma regular y permanente, reclamaban la atención exclusiva de una verdadera ciencia jurídica, esto es, las tendencias psicologistas y sociológicas como opuestas a su visión normativista del mundo del derecho, salvándola, pues, de la ruina en que ambas corrientes pretendían disputarse sus despojos.

En las palabras de Couture, y refiriéndose a la interpretación judicial, éste dirá, en 1949, “en cada una de estas dos posiciones van comprendidos los excesos que trae consigo toda lógica sin experiencia y toda experiencia sin lógica”²⁹.

²⁸ Jorge Millas: *El desafío espiritual de la sociedad de masas*, Ediciones de la U. de Ch., Stgo., 1962; 218 Págs.

²⁹ *Introducción al estudio del proceso civil*, pág. 74, Ediciones Depalma, Buenos Aires, ed. de 1978 de la 1ª Edición de 1949. Véase, con todo, *La naturaleza de la función judicial* de Benjamín N. Cardozo, quien fuera Ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos; Ed. Arayu, Buenos Aires, 1955, 146 Págs.; traducida de la obra original en inglés, editada por vez primera en 1921. Contiene un interesante prefacio de Carlos Cossio.

IV.- CONSECUENCIAS SOCIALES QUE DE LA CONCEPCION TRADICIONAL SE DERIVAN PARA LA FUNCION INTERPRETATIVA, ENTENDIDA COMO COMETIDO ESTATAL.

Según se expresara en los párrafos anteriores, el Juez, al par de aplicar normas jurídicas referidas al caso particular de que conoce, crea, además, una norma jurídica nueva dentro del orden jurídico total³⁰. La particularidad o grado de concreción que en este nivel alcanzan dichas normas, no modifica, en sentido alguno el carácter que ellas invisten. **Una vez ejecutoriadas sus resoluciones, cualquiera que sea, incluso, el vicio de que adolecieran en orden a declarar su anulabilidad, las normas jurídicas así creadas pasan a integrar el ordenamiento con igual propiedad que aquellas abstractas y generales de las cuales éstas derivan su validez, sean que se trate de normas constitucionales o simplemente legales; normas de procedimiento o de carácter sustantivo³¹.**

Ahora bien, ese acto creador de normas jurídicas supone también, desde luego, una clara instancia de conocimiento y estudio del orden jurídico vigente en un momento dado. Dicha etapa implica, evidentemente, que en la persona del juez cualquiera que sea el nivel de su actividad, se perfila con toda nitidez la configuración de su actuar como la propia de un científico social que se encuentra abocado a la apreciación tanto del derecho como de los hechos o conductas por él regulados. Excusado decir que ello importa la existencia misma, en la conciencia del juez, del instrumental teórico necesario al fin propuesto. Tan importante es el conocimiento jurídico particular de las diversas disciplinas que conforman el derecho, como la capacidad del juzgador para premunirse de una teoría general del objeto de su ciencia, esto es, comprendidas las cuestiones de método y gnoseológicas en ellas implicadas.

Con todo, la actividad antes descrita no agota, ni mucho menos, el proceso que llamamos, junto a Kelsen, de creación de normas jurídicas en su nivel de concreción que le es propio.

Terminada pues la etapa del conocimiento objetivo de los hechos y del derecho, auxiliado ya sea por la ciencia jurídica general y por las ciencias jurídicas particulares, sin excluir, incluso, los resultados generales o particulares de otras ciencias, el juez vincula a dicha actividad su condición de integrante de un poder del Estado llamado a decidir, en cuanto autoridad, políticamente, instante en el cual deberá optar por una solución, dentro de varias lógicamente posibles, referida a

³⁰ Antonio Bascuñán V., *La función judicial en la teoría pura del derecho*; pág. 167 y ss. de la obra *Apreciación crítica de la teoría pura del derecho*, varios autores; Edeval, U. de Valparaíso, 1982.

³¹ Agustín Squella, *Validez, eficacia y valores en el Derecho, a partir de la teoría pura de Hans Kelsen*, Edeval, 1977, aunque editada en Chile con el título con que se señala en la Nota N° 5.

la regulación del conflicto social particular y que se encuentra, constitucionalmente, bajo su sometimiento.

Es indudable, pues, que la función creadora de derecho, y que le es atribuible a la actividad jurisdiccional del Estado, es una función política³². La elección de la solución acogida por un tribunal en su fallo es una decisión política referida a una cuestión práctica y vital de los sujetos imperados por esa norma jurídica nueva, que se distingue claramente de las normas generales y abstractas de las que ella deriva su validez.

Importa señalar, por otra parte, que **el juez**, en tanto individuo perteneciente a la clase jurídica de que hablan Hegel o Tocqueville, en su actividad que es la propia de su cometido estatal, es una sola persona llamada a decidir sobre la materia o conflicto so metido a su conocimiento. Separar lo jurídico de aquello que no lo es en el plano de su conciencia individual, resulta poco menos que un imposible. Su momento científico o de racionalizaciones jurídicas, no resulta fácilmente discernible de aquel de cariz inevitablemente ideológico que tiene su conducta como la de **cualquier otro miembro de la sociedad**, momento que va envuelto irremisiblemente en sus resoluciones, así sean notables los tecnicismos y giros terminológicos especiales que asuma la exposición de su discurso; la forma verbal de sus resoluciones, etc.

Ahora bien, cuando se señala por los más autorizados representantes de la judicatura de un Estado que a ellos sólo les compete la mera aplicación del derecho válido o existente, están admitiendo de una manera hipostasiada que la creación jurídica, con su significación política que le es inherente, con iguales títulos con que es admitida sin ambages tratándose de un órgano legislativo³³ se realiza a sus respectos completamente al margen de sus propias voluntades. Ello, decimos nosotros, desde el punto de vista de la teoría normativista, dista mucho de ser así.

A.— Tratándose de la dictación de los autos de procesamiento en materia criminal, normalmente, por una cuestión de simple rutina, nuestros jueces tienden a identificar dicha resolución como una mera anticipación de lo que deberá ser más adelante, en el proceso penal, la sentencia de término.

³² Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Vol. 1, Págs. 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 145, 146, 147, 149, 152, 153, 154, 155, 264 a 276; SARPE, 1984.

³³ H. Kelsen, "No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración una ley conforme a la Constitución". *Teoría pura del derecho*, pág. 169, Eudeba, 1960. Véase también la declaración que sobre estos respectos emitió 1 pleno de la Excma. Corte Suprema el 8 de Julio de 1987.

Mediante esta práctica, que nosotros encontramos afincada en la teoría tradicional del acto jurídico, nuestros magistrados optan, con bastante antelación, acerca del modo como ellos entienden deben llevarse los procesos criminales en sus respectivos tribunales, renunciando, anticipadamente, a una verdadera y rica etapa de investigación judicial que, conducida dentro de los marcos jurídicos vigentes, no tiene por qué confundírsela con tan elevado margen de certeza de responsabilidad delictual, preteriendo, en la mayoría de los casos, la aplicación de aquellas normas que los facultan, precisamente, para dejar sin efecto las encargatorias de reo o autos de procesamiento por ellos dictados, amén que la institución del sobreseimiento definitivo encuentra muy escasa aplicación práctica, en nuestros medios judiciales.

Las consecuencias de tal actitud saltan a la vista. Por aquella vía, nuestros jueces se privan de ejercer una función preventiva general de orden político que apreciamos inherente al ejercicio de uno de los poderes del Estado, en relación a los sujetos cuya conducta se encuentra llamado a regular. Pues, si apreciamos que los súbditos* de un Estado se hallan imperados por normas jurídicas abstractas y generales contenidas en los ordenamientos jurídicos vigentes, podemos lícitamente preguntarnos ¿de qué mecanismos se sirven, entonces, nuestros jueces para establecer desde sus inicios, en el curso de un proceso penal, sobre la significación jurídica precisa del caso escogido por ellos como ameritable de una investigación de este tipo?

Por otra parte, resulta también cierto que aquí entran en juego, de un modo permanente, las garantías constitucionales re feridas al debido proceso y a la libertad de las personas. Con todo, estimamos, ello no elimina el problema de la elección sobre la procedibilidad criminal, respecto de determinados individuos, ante figuras penales específicas aparentemente realizadas en las conductas a ellos imputables. Más bien, diríamos, torna más compleja aquella elección primera, al par que dicha situación arroja bastante luz sobre el carácter y consecuencias sociales, desde el punto de vista de la eficacia del derecho, que tal decisión inevitablemente inviste.

Hegel en su filosofía del Derecho, en el párrafo 234, expresa que “Las relaciones de la existencia externa vuelven a entrar en la infinitud intelectual; por lo tanto, no existe límite en sí de lo que sea perjudicial o no, y, también, respecto a un delito, de lo que sea sospechoso o no sospechoso, de lo que se deba prohibir o vigilar, o se deba dejar exento de interdicción, de vigilancia de sospecha, de reclamo y de justificación. Son las costumbres, el espíritu de la restante constitución, la situación del caso, el peligro del momento, etcétera, lo que dan las determinaciones más particulares”.

B.— La teoría tradicional del derecho, al hacer de la teoría clásica del acto jurídico su piedra de toque, esto es, al privilegiar un tipo

particular de voluntad jurídicamente manifestada que, a su turno, es la piedra angular de toda la construcción normativa propia del ámbito del derecho privado, se incapacita, automáticamente, para comprender y arrojar siquiera alguna luz efectiva sobre otras manifestaciones de voluntades, más modernas según pudiéramos decir, así se trate de toda la gama expresiva que la soberanía popular tiene en los Estados democráticos vigentes, sobre las que se edifican los regímenes jurídicos particulares del mundo normativo penal, constitucional, económico o laboral. Es evidente que la teoría normativa de Kelsen, con su categórico reconocimiento de su dimensión estatal³⁴, entendida como fuerza social y material jurídicamente organizada sobre las bases más o menos democráticas según sea el soberano cuya voluntad expresa aquel Estado constitucional, implica, pues, una clara aceptación de una voluntad social generadora de relaciones jurídicas enteramente diferentes de las de raíz civil romana, toda vez que se trata de una teoría comprensiva de objetos jurídicos radicalmente nuevos, notables por su absoluto carácter inmaterial, complejos en su estructura interna y, enriquecidos en sus fines ético-sociales que ya muy poco tienen en común con la Roma precristiana o con el período post-revolucionario francés.

El acto jurídico civilista tiene, a nuestro juicio, el grave defecto de estrechar o empequeñecer el bien jurídico tutelado por normas cuyo carácter principal es su origen social o colectivo, de tipo estatal, cuando se vuelca, por ejemplo, en el proceso de interpretación y creación de normas jurídicas nuevas en el orden penal o en aquel constitutivo del régimen de garantías de los ciudadanos de un Estado.

C.— En los casos de delitos económicos, por ejemplo la usura³⁵, la teoría del acto jurídico resulta por entero insuficiente, con miras a dar por establecida la existencia de este ilícito penal, tratándose de las entidades financieras que pactan intereses exorbitantes por la vía de las cláusulas penales que resultaren aplicables, como sanción, por el incumplimiento del contrato de mutuo por el particular solicitante del préstamo de dinero a interés. Por esta vía, nuestra justicia criminal admite como lícitos desde el punto de vista del artículo 472 del Código Penal Chileno, dichos intereses sancionatorios, cualesquiera que sean sus montos, así alcancen niveles que pudieran estimarse de carácter usurarios, sólo por tratarse de normas jurídicas creadas por las partes contratantes y que estima, a su juicio, perfectamente incluidas dentro de la teoría clásica del negocio jurídico. El resultado práctico no puede ser otro que el amparo social, del bien jurídicamente protegido por el

³⁴ Kelsen; *Teoría pura del derecho*; pág. 182, Eudeba, 1960. “La Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin, paradoja ver un acto del estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico”.

³⁵ *Gaceta Jurídica* N 49, Julio de 1984, pág. 31 y ss. Klaus Tiedemann; *Poder económico y delito*, Ariel Derecho, ed. 1985, pág. 188.

ordenamiento penal, desaparece automáticamente. Los niveles socialmente aceptables y que pudieran alcanzar los intereses financieros, encuéntrense éstos cubiertos o no por cláusulas penales, práctica mente carecen de protección jurídica en nuestro ordenamiento penal; pues, mediante el análisis de la discusión parlamentaria que diera en su tiempo origen a dicha disposición, se llega a fundar, jurídicamente, el desuetudo de la misma, contra incluso, dictado con posterioridad a su establecimiento (artículo 6 del D. L. N 455).

D.— Por otra parte, y desde un ángulo diferente, median te únicamente la aplicación de la teoría normativista de Kelsen es posible fundar con propiedad científica la inexistencia de lagunas en el derecho. Pues, tratándose del campo jurídico civil, a través de la teoría del ordenamiento jurídico, es posible prescindir, a es tos efectos, de la teoría clásica en comento, en los casos que aparentemente no pueden ser resueltos por los tribunales a falta de ley o regulación contractual no prevista por quienes las establecieron, trátese en un caso del legislador o de las partes concurrentes en el otro. Con ello se prueba, de paso, la futilidad de la teoría del acto jurídico en materia civil, desde el punto de vista del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

Ahora bien, si la teoría clásica del acto jurídico ha resultado eficaz en orden a la creación de los ordenamientos jurídicos particulares en el campo civil, comercial, penal, administrativo o laboral, entendida, incluso, como técnica legislativa, de ello no se sigue, necesariamente, que también deba resultar eficaz desde el punto de vista señalado en este acápite. Al contrario, según lo dejáramos antes dicho, aquella teoría ha probado su efecto reductor en el campo de la interpretación judicial, pues coarta, de un modo inevitable, el surgimiento de una visión amplia y decisiva, por sus significaciones jurídicas, en el intérprete llamado a crear normas jurídicas nuevas.

Pues, en la base del ordenamiento jurídico, esto es, en la generación de normas particulares, se produce una función social inestimable de uno de los poderes del Estado. Es allí, en ese momento normativo, donde, según creemos, cobra una eficacia clara y distinta el orden jurídico total en conexión con la sociedad a la cual regula³⁶.

Ahora bien, según sea mayor o menor el grado o carácter democrático del ordenamiento jurídico, los súbditos del estado apreciarán, mejor, desde el punto de vista de la eficacia, las garantías individuales y colectivas que el ordenamiento jurídico tiene por fin último realizar. Resulta, así, que la actividad jurisdiccional se encuentra sometida en un régimen democrático, a un verdadero juicio ciudadano, de carácter extrajurídico, como correlato ineludible

³⁶ Véase de E. Barros Bourie, “La relación entre la ley y la sentencia judicial y los principios de la teoría pura del derechos”, en la *Revista de Ciencias Sociales* de la U. de Valparaíso, N 6, ya citada, Págs. 255 a 293.

del ejercicio de este poder estatal frente a los sujetos imperados por sus normas decisorias.

Lo anterior, no puede llamar la atención, o generar repulsas de género alguno, a ningún magistrado en un régimen democrático representativo. Pues con ello no se vulneran los principios de autonomía e independencia políticas con que regularmente se encuentra instituida, en las actuales constituciones de Occidente, la función jurisdiccional.

Ya Hegel, en su comentario al párrafo 228, de su obra antes citada fechada en Berlín, el 25 de Junio de 1820, señaló: “Si el conocimiento del derecho, mediante la naturaleza de lo que constituye las leyes en su ámbito, además del procedimiento de las discusiones judiciales, y la posibilidad de proseguir el derecho, es propiedad de una clase, cuya exclusividad llega hasta el empleo de una terminología especial, lenguaje extraño para aquellos de cuyo derecho se trata. Los miembros de la Sociedad Civil, que a la propia subsistencia ordenan su actividad y su particular saber y querer, son considerados como extraños y puestos bajo tutela, más bien bajo una especie de servidumbre frente a la clase mencionada, no solamente con respecto a lo más propio y personal, sino también con relación al derecho, que es aquí lo sustancial y racional.

Si realmente esos miembros tienen el derecho de estar presentes en juicio, personalmente con sus propios pies (*in iudicio stare*), esto es poco, si no pueden estar presentes espiritualmente, con su propio saber; y el derecho, que obtienen, resulta para ellos una vicisitud exterior”.

De la circunstancia que la magistratura de un país se encuentre integrada por individuos versados en las ciencias jurídicas, como cuestión primordial, no es lícito deducir que su función carezca de un perfil claramente identificable como de naturaleza política, conforme integra uno de los poderes de que se compone el propio Estado. No existe, entonces, ninguna razón jurídica válida para no estimar como política, así sea de una manera muy particular, la función jurisdiccional dentro de una teoría general que, debido a sus propios imperativos de conocimiento, lleva o conduce a la identificación final de las nociones de derecho y Estado, mediadas éstas por otra de gran significación científica, esto es, la noción jurídica de fuerza³⁷. Extremando, pudiéramos referirnos a la noción de fuerza pura y simplemente. Mas, ello dentro de la concepción general que del derecho tiene Kelsen, no ocurre así, pues se trata de identificar al ordenamiento jurídico estatal como el estatuto regulador de la fuerza. Siguiendo a Jorge Millas, no

³⁷ *El derecho como hecho*, Cap. IV. El derecho y la fuerza, de Karl Olivecrona; quien fuera profesor de derecho en la Universidad de Lund, Suecia. Ed. Depalma, 1959, Kelsen; *Teoría pura del derecho*, Págs. 142 y 143, Eudeba, 1960.

debemos olvidar que “el orden propio del derecho es el de la desobjetivización de las relaciones de poder dentro de la sociedad”³⁸.

He allí, pues, la riqueza civilizatoria que esta noción de fuerza del derecho tiene en el mundo moderno, la única que es posible admitir en esa tensión tan eterna como inescrutable entre Eros y Tanatos.

V.— PALABRAS FINALES: HACIA UNA INTEGRACION DEMOCRATICA DEL ORDEN JURIDICO EN LA FUNCION JURISDICCIONAL DEL ESTADO MODERNO.

Como quiera que nos hemos referido a la importancia general que tiene para la reflexión del mundo del derecho la Teoría Pura de Kelsen, la que como bien dice un autor nada tiene que ver con una teoría del derecho puro³⁹, o lo que es lo mismo, y yendo siempre más allá de su empresa de refundación de la Ciencia Jurídica como una ciencia normativa específica, el reconocimiento a su enorme contribución de orden epistemológico; la referencia que también hicieramos a lo que hemos llamado la continuidad del fenómeno normativo, momento en el cual la inflexión interpretativa de la norma jurídica, que se realiza en el Estado, viene a representar el instante de mayor concreción y objetividad expresiva de dicho fenómeno; los alcances que formuláramos respecto a la naturaleza claramente política y que le reconocieramos a la función interpretativa del orden jurídico, entendida como cometido constitucional de uno de los poderes del Estado; la identidad final que establecieramos del momento propiamente jurídico con aquel de carácter metajurídico como constitutivos de una sola actividad, la del juez, cualquiera que sea su rango, esto es, la fusión práctica de los criterios de validez, justicia y eficacia que debe operarse, necesaria como ineludiblemente, en la actividad jurisdiccional de un Estado moderno, enriquecida y diversificada en sus varias determinaciones; en fin, admitido que sea el carácter instrumental que reviste también el ordenamiento jurídico en un Estado, o, lo que viene a significar lo mismo, su reconocimiento racional como técnica social específica dentro de un proceso civilizatorio general de las distintas sociedades, cada una de ellas considerada en sus respectivos momentos históricos, réstanos, pues, ahora tratar, aunque sea someramente, y siempre dentro de los marcos propios de la teoría normativista, determinadas condicionantes particulares que estimamos inherentes a un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional en un Estado moderno democrático, basado en el principio elemental del ejercicio pleno de la soberanía popular.

³⁸ Jorge Millas; *Ensayos sobre la historia espiritual de Occidente*, ed. universitaria, 1962.

³⁹ Juan E. Serra; “Algunas dificultades para la determinación del objeto en el conocimiento jurídico”, *Apreciación crítica* ya citada, pág. 29, Edeval,

A los efectos así expresados, destacaremos dos principios fundamentales que consagra la Constitución Española de 1978⁴⁰, esto es, el principio de unidad jurisdiccional establecido expresa mente en el artículo 117 de dicha Carta, y el principio de separación de las funciones de gobierno interno de la judicatura de aquellas propiamente técnicas cuyos contenidos guardan relación directa con las funciones auténticamente jurisdiccionales del poder judicial de un Estado, según se establece en el artículo 122 del mismo cuerpo constitucional.

Ahora bien, el artículo 117, ya señalado, cuyo origen ciertamente se encuentra en las Constituciones de Italia de 1947 y de la República Federal de Alemania de 1949, prohíbe expresamente los Tribunales de excepción. En la italiana, se atribuye la función jurisdiccional a los magistrados ordinarios y se prohíbe el nombramiento de jueces extraordinarios o especiales. En la Constitución de Bonn, en su artículo 101, se prohíbe, en iguales términos a como lo prescribe la Constitución Española, el establecimiento de tales tribunales. Es, pues, en este principio de la unidad de jurisdicción, consagrado en las respectivas constituciones de los modernos Estados europeos antes citados, donde encontramos positivamente configurado, desde un punto de vista normativo, el establecimiento de un poder judicial como un orden jurídico parcial de naturaleza piramidal, al igual que el ordenamiento jurídico total de un Estado, apreciado desde la óptica de la nomoestática kelseniana. Es más, el artículo 123 de la Constitución Española, en su número 1 establece que es el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, el órgano jurisdiccional superior en todos los otros órdenes, salvada que sea la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional que la propia carta política establece en materia de garantías constitucionales.

La validez jurídica de las normas creadas por el poder judicial encuéntrase así, mediante la consagración constitucional del principio aludido, garantizada plenamente, sin interferencias extrañas de poderes ajenos al mismo. Ello, viene a significar, también, en definitiva, la constitucionalización del principio de la plenitud del ordenamiento jurídico de un Estado, pues, según hemos visto, la coherencia interna de un sistema jurídico dado no puede verse alterada en su esencia en virtud de situaciones jurídicas de excepción, En suma, la continuidad de tal sistema no se rompe en momento alguno por otras creaciones jurídicas de naturaleza particular que pudieren resultar del arbitrio de tribunales distintos de los ordinarios, los únicos con competencia exclusiva para crear normas jurídicas válidas dentro de un solo gran sistema, regulado conforme a las normas básicas del Estado democrático y acordadas por la propia sociedad.

⁴⁰ José Belmonte, *La Constitución, texto y contexto*; Ed. Prensa española, Madrid, 1979. 417 Págs.

Ahora bien, el principio de la separación de las cuestiones de gobierno interno de la judicatura de aquellas que dicen relación directa con el funcionamiento técnico de orden piramidal del sistema judicial de un Estado, nos parece, es, quizás, el principio de mayor trascendencia jurídica desde el punto de vista de la llamada nomodinámica kelseniana. Pues es allí donde, estimamos, se consagra el más claro y fundamental principio de la autonomía real y verdaderamente significativa del poder judicial de un Estado, toda vez que lo apreciamos directamente vinculado, de un modo inmanente, al criterio jurídico de validez, cobrando éste, así, un rol sumamente dinámico, realmente enriquecedor de la tarea propia de los jueces, cualquiera que sea el nivel de su actividad, vale decir, la creación sustantiva de normas jurídicas válidas referidas a la solución de conflictos sometidos a su acción decisoria final dentro del ordenamiento jurídico del Estado.

Es indudable que, mediante dicho arbitrio político constitucional, se autonomiza relativamente, en medida considerable, la función jurisdiccional de todos los tribunales de un Estado. Las decisiones de los jueces, esto es, su creación de normas jurídicas nuevas, cobran un perfil verdaderamente democrático, autónomo e independiente. Pues, como quiera que el órgano o instancia judicial llamado a pronunciarse respecto de la validez de las normas creadas por uno inferior o de primer grado, no es el mismo con facultades relativas a los nombramientos, ascensos, inspección o régimen disciplinario de los jueces, sino que les son atribuidas éstas a otro muy distinto y más democrático en su constitución e integración misma, de ello, no puede sino inferirse una producción normativa claramente superior, no mediada por consideraciones del todo ajenas a un auténtico control de validez jurídica. Es más, ello viene a significar una verdadera garantía constitucional referida a aquella producción normativa así establecida, con todas las consecuencias éticas, científicas y prácticas que le vienen a ser inherentes⁴¹.

Para terminar con nuestro empeño, en el sentido de abrir, así sea modestamente, un espacio racional en nuestro medio judicial chileno a la obra y pensamiento del ilustre jurista vienés, lo dejo, pues, con sus palabras que él pronunciara en una conferencia de despedida como miembro activo de la Universidad de California, en Berkeley, el día 27 de Mayo de 1952, en los EE.UU. de Norteamérica: “Si la democracia es una forma justa de gobierno, lo es porque supone libertad, y la libertad significa tolerancia. Cuando la democracia deja de ser tolerante, deja de ser democracia. Pero, ¿puede la democracia ser tolerante en su defensa

⁴¹ Gregorio Peces-Barba, en su *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Debate, colec. universitaria, Segunda Ed., Sep. de 1984, Madrid; abunda en consideraciones acerca de la influencia de Kelsen en la moderna constitución española de 1978. Incluso señala que en dicho texto constitucional por vez primera se introdujo el concepto ‘ordenamiento jurídico’ en su conocido sentido kelseniano; Arts. 1, 9, 96 y 147. A su manera, y dentro del enorme alcance de su influencia, lo propio ha hecho N. Bobbio en Italia.

frente a las tendencias antidemocráticas? Sí, puede en la medida en que no debe suprimir la expresión pacífica de las ideas antidemocráticas. Esta tolerancia distingue la democracia de la autocracia. Mientras mantengamos esta diferencia, podremos rechazar la autocracia y sentirnos orgullosos de nuestra forma de gobierno democrática. La democracia no puede defenderse a sí misma si se rinde. Pero un gobierno tiene el derecho de eliminar y prevenir cualquier intento de derrocarlo por la fuerza, derecho que no tiene nada que ver con los principios de la democracia ni de la tolerancia. En algunas ocasiones puede resultar difícil delimitar claramente la línea fronteriza entre la libre expresión de las ideas y los preparativos para el uso de la fuerza. Pero el mantenimiento de la democracia depende de esta delimitación. Es posible que esta línea de demarcación traiga consigo cierto riesgo. Pero el honor y la esencia de la democracia exigen correr este riesgo, y si ésta no puede correrlo, no merece ser defendida". HANS KELSEN, en *Qué es Justicia*, trad. de Albert Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982.

OBRAS DE KELSEN CONSULTADAS Y EDITADAS EN ESPAÑOL

1.— *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*; Editorial Universitaria de Buenos Aires, Décima edición de 1971 de la 1 de 1960, traducida de la edición francesa de 1953 que corrigió la original en alemán de 1934, 245 Págs. Conocida como la edición intermedia después de la alemana de 1960.

2.— *Teoría general del derecho y del Estado*, E. de 1969 de la Universidad Nacional Autónoma de México, trad. por E. García Maynez de la edición inglesa de 1944, de Berkeley, California. 478 Págs.

3.— *La idea del derecho natural y otros ensayos*, 1927, Ed. Losada de Buenos Aires, 305 Págs., donde se incluyen los siguientes trabajos (1946):

— La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución, 1939.

— La justicia platónica, 1933.

— La "Política" de Aristóteles y la política heleno-macedónica, 1933.

— La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica, 1941.

— Los juicios de valor en la ciencia del derecho, 1942, y

— La paz por el derecho, 1943-44.

4.— *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. Ed. Siglo XXI, México, 1982, editado en alemán en 1922-1923, Págs. 175 a 402.

5.— *Esencia y valor de la democracia*; Ed. Guadarrama, colección universitaria punto omega, Madrid, 1977, 191 Págs. En alemán, se editó en 1920 y 1929.

6.— En Hans Kelsen, *Revista de Ciencias Sociales* N 6, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la U. de Ch., Valparaíso, Dic. de 1974, se incluyen los siguientes trabajos:

- El fundamento de la validez del derecho.
- La autodeterminación del derecho.
- Acerca de la norma fundamental.
- Norma y valor.
- Proyecto de declaración de los derechos y deberes de los Estados.

7.— *¿Qué es justicia?* Ed. Ariel, Barcelona, 283 Págs., 1982, con tiene además los siguientes trabajos:

- La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia.
- Absolutismo y relativismo en filosofía y en política.
- El derecho como técnica social específica.
- ¿Por qué obedecer al derecho?
- Causalidad y retribución.
- Causalidad e imputación.
- Ciencia y política.