

## LA NORMA RETROACTIVA EN HANS KELSEN \*

Por

HUMBERTO QUIROGA LAVIE

UBICACIÓN DEL TEMA EN LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. — Dentro del ajustado marco de su Teoría General, Kelsen no ha desarrollado lo suficiente el tema de las "normas retroactivas". Lo trata, ocasionalmente, al estudiar los ámbitos de validez de las normas jurídicas, uno de los distintos enfoques que hace sobre la validez y la eficacia del derecho. Allí realiza el estudio sucinto de cada ámbito de validez, sin detenerse en un análisis más profundo de cada uno.

Kelsen considera la retroactividad de la norma jurídica como un aspecto de la aplicación del derecho en el tiempo, es decir que la estudia dentro del ámbito temporal de validez de las normas.

En principio, antes de realizar el análisis de la "norma retroactiva" y previa a toda consideración de las conclusiones a que Kelsen llega sobre ella, diremos que, en esta materia, al sostener que: "Nada nos impide aplicar una norma, como esquema interpretativo o criterio de estimación, a hechos que ocurrieron antes del momento en que empezó a tener existencia"<sup>1</sup>, aquél sale al paso a conclusiones de corte clásico, las cuales, basadas en ideologías jurídico-políticas, sostuvieron la injusticia que significaba enlazar una "sanción" a actos que no estaban prohibidos en la época de su realización.

Apoyadas en este razonamiento, dichas ideologías sustentaron la invalidez de una "norma para el pasado" y, como consecuencia de ello, la validez de las normas sólo para el futuro. Tales objeciones obviaron el carácter descriptivo que debe tener la ciencia del derecho y fundaron su alegato en juicios de valor que, como tales, son relativos; dichos juicios no contestan el interrogante de en qué consiste y cuáles son las características de una "norma retroactiva", niegan su validez por razones no científicas, pero no se ocupan de analizar la posibilidad de dicha norma.

Será, pues, el análisis de la posibilidad de la "norma retroac-

\* Este trabajo obtuvo el segundo premio del concurso organizado por *Lecciones y Ensayos en homenaje al sesquicentenario de Mayo*.

<sup>1</sup> HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynes, Imp. Univ. de México, 1949, pág. 44.

tiva" quien nos dirá si ella es válida o no. Obvio será, a los fines de la ciencia del derecho, recurrir a argumentos ideológicos.

POSSIBLE DOBLE DESCRIPCIÓN DE LA "NORMA RETROACTIVA". DIFERENCIAS CON LA NORMA NO RETROACTIVA. — Es preciso, en primer lugar, saber qué entiende Kelsen por "norma retroactiva", vale decir, cuál es la descripción que él hace de una "norma" de ese carácter; no resulta tarea fácil contestar a este interrogante pues trata el tema de dos maneras diferentes que hacen equívoca la conclusión al respecto. En efecto, mientras por un lado Kelsen dice: "Nada nos impide aplicar una norma, como esquema interpretativo o criterio de estimación a hechos que ocurrieron antes del momento en que empezó a tener existencia"<sup>3</sup> y más adelante agrega "aplicamos normas... válidas en nuestro tiempo a esos hechos"<sup>4</sup>, por otra parte afirma: "esta norma (la "norma retroactiva") es válida tanto para el sujeto que debe abstenerse del delito, como para el órgano obligado a ejecutar la sanción. Tal norma es, en relación con el particular obligado, válida para el pasado"<sup>5</sup>.

Los párrafos transcritos hacen posible una doble descripción de la "norma retroactiva". Por un lado dicha "norma" no haría otra cosa que enlazar una "sanción" a actos realizados con anterioridad a la creación de la misma; pero, en cambio, si se sostiene que la "norma retroactiva" "es válida para el pasado en relación con el particular obligado", ella haría algo más que enlazar una "sanción" a un acto, pues trataría de motivar la conducta del particular.

Ubicados en el último supuesto, la descripción de una "norma" del carácter de la que estamos analizando, diferiría de la que corresponde hacer si consideramos a esa "norma" desde el otro supuesto. Decir que el sujeto debe abstenerse del delito o hablar de particular obligado, significa que el enunciado de una "norma retroactiva" no difiere en absoluto del que corresponde a una no retroactiva; ambas dirían: si alguien cometiere incesto entonces debe ser prisión. Por el contrario, si consideramos a la "norma retroactiva" como un mero enlace de una "sanción" a un acto realizado antes de la existencia de esa "norma", el verbo usado en la descripción sería otro; el enunciado de una "norma" de ese tipo diría así: "si alguien cometió incesto entonces debe ser prisión".

Afirmar que Kelsen considera a la "norma retroactiva", ya en una forma ya en otra, es cuestión nada sencilla, porque al hacer él afirmaciones como las que hemos señalado, se vuelve difícil conocer con exactitud la idea que al respecto tiene. Con todo, nos

<sup>3</sup> Loc. cit., pág. 44.

<sup>4</sup> Loc. cit., pág. 45.

<sup>5</sup> Loc. cit., pág. 45.

inclinamos a pensar que, para Kelsen, una "norma" de esta clase no difiere para nada de las normas no retroactivas y, en consecuencia, el enunciado que corresponde es exactamente igual al de estas. Basamos esta afirmación en las razones que pasamos a exponer:

Ante todo, al definir Kelsen el ámbito temporal de una norma sostiene que es "únicamente... el tiempo durante el cual el individuo debe observar determinada conducta"<sup>8</sup>, con lo cual se destaca el fin motivante de la norma jurídica; ello queda más claro aún al decir Kelsen "... las normas tienen que regular la conducta humana en todos los respectos indicados"<sup>9</sup>, es decir, en todas las esferas de validez allí estudiadas.

Pero, quizás se quiera sostener que esas expresiones verbales futuras son sólo utilizadas genéricamente al tratar las normas no retroactivas y que, al considerar a una "norma" que se dirige al pasado, Kelsen la enuncia de otra forma. Tal argumento se vería robustecido si observáramos que entre dichas expresiones leemos "Tal norma es... válida para el pasado"<sup>7</sup> con lo cual se estaría definiendo a la "norma retroactiva" como un mero enlace de una "sanción" a un acto pretérito, puesto que la expresión "válida para el pasado" no significaría validez en el pasado.

A la norma válida en el pasado le corresponde, precisamente, un enunciado similar al de las normas válidas en el presente y en el futuro, por lo que, descartar tal clase de validez significaría descartar el enunciado semejante.

Pero las expresiones no van emitidas aisladas sino en un contexto, de forma que, a lo que leímos primero, es decir: "válida para el pasado"<sup>8</sup>, debe agregársele "en relación con el particular obligado"<sup>9</sup>, con lo cual, cambia esencialmente el sentido del concepto. Si una "norma" vale para el pasado en relación con el particular obligado, ello significa que vale en el pasado, es decir, que existe en el pasado. Ello se desprende, con toda claridad, de las propias palabras de Kelsen al definir la validez de una norma del siguiente modo: "Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia —o lo que es lo mismo— a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente aquellos cuya conducta regula"<sup>10</sup>. La validez de una "norma retroactiva" representa pues, para Kelsen, la existencia de ella en el pasado, porque al reconocerle fuerza obligatoria frente al particular, cumple con el requisito que él mismo exige para la existencia de tal norma, vale decir: "que

<sup>8</sup> Loc. cit., pág. 44.

<sup>9</sup> Loc. cit., pág. 44.

<sup>7</sup> Loc. cit., pág. 43.

<sup>8</sup> Loc. cit., pág. 43.

<sup>9</sup> Loc. cit., pág. 43.

<sup>10</sup> Loc. cit., pág. 31.

tenga fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula.

Por otra parte, y para que no quede ninguna duda de que la expresión para el pasado no tiene un significado específico, apuntaremos que Kelsen usa indistintamente, al estudiar las esferas de validez de las normas no retroactivas, las expresiones: "válidas para cierto tiempo" y "válidas en cierto tiempo"<sup>13</sup>, con lo cual aquella suposición queda descartada.

Hay todavía, otra razón para pensar que Kelsen no hace distinción entre el enunciado de una "norma retroactiva" y el de una no retroactiva. En efecto, al tratar la relación entre las "normas retroactivas" y la ignorantia juris, afirma que, no obstante ser realmente imposible conocer una "norma" de este tipo en el momento en que se realiza el acto, "con respecto a la posibilidad o imposibilidad de conocimiento de la ley, no existe ninguna diferencia esencial entre una ley retroactiva y muchos casos en los cuales otra no retroactiva no es ni puede ser conocida por el individuo a quien tiene que aplicarse"<sup>14</sup>. De esta forma, Kelsen no reconoce la diferencia, a nuestro juicio más esencial, entre las "normas" que estamos aquí considerando y las normas jurídicas ordinarias, cual es la posibilidad o imposibilidad de conocer uno y otro tipo de "normas".

Una "norma retroactiva" no puede ser conocida, es imposible que se conozca y ello, el mismo Kelsen lo afirma; una norma no retroactiva puede ser conocida, pero ello, y he aquí el equívoco de Kelsen, no constituye una presuntio juris et de jure, ello es una realidad; lo que el derecho presume no es la posibilidad del conocimiento de las normas, sino el conocimiento en sí de las mismas. El derecho supone que los particulares conocen todas las normas que les son dirigidas, y es en base a esta presunción que niega a la ignorancia del derecho valor como eximente de sanción. La posibilidad de que el derecho sea conocido no es una presunción, es la realidad en que se basa la misma validez del derecho, ya que la posibilidad de conocimiento existe, precisamente, desde el momento en que se crea el derecho.

Pero el argumento decisivo que quita toda duda sobre el problema que tratamos de resolver es que resultaría contradictorio en Kelsen, enunciar las "normas retroactivas" usando una expresión verbal pretérita. En todo el desarrollo del derecho como una técnica social específica, Kelsen destaca repetidas veces la función del derecho como motivador de la conducta humana. En ese sentido dice: "Es función de todo orden social el provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran

<sup>13</sup> Loc. cit., pág. 43.

<sup>14</sup> Loc. cit., pág. 46.

perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón repútanse útiles a la misma"<sup>13</sup>; y más adelante agrega: "lo que distingue al orden jurídico de todos los otros órdenes sociales es el hecho de que regula la conducta humana por medio de una técnica específica"<sup>14</sup>; vale decir que, conforme a la exposición de Kelsen, hace a la esencia de toda norma jurídica su función de motivadora de conductas. En consecuencia, como para motivar conductas es preciso que las mismas no hayan aún ocurrido, es lógico que, la norma motivadora sea enunciada en tiempos verbales futuros.

DESCRIPCIÓN DE LA "NORMA RETROACTIVA". — Con lo que llevamos dicho, hemos intentado aclarar el pensamiento de Kelsen, sobre un punto a nuestro juicio nada claro, si bien no se nos oculta que pudo ser otra la idea que al respecto tuvo. La ambigüedad del texto de la teoría general y lo incidental del tratamiento que de la materia allí se hace justifica, de todos modos, el desarrollo analítico del tema.

La descripción indistinta de las "normas retroactivas" y de las no retroactivas nos colocan frente a una ficción. En efecto, el alcance de una descripción de este tipo de la "norma retroactiva", es el de retrotraer el acto de creación de la misma, en virtud de una disposición jurídica, a un momento anterior a su creación. Dicha disposición establece que la "norma retroactiva" tendrá validez y eficacia, no sólo desde el momento de su creación hacia el futuro, sino desde determinado momento del pasado, con o sin límite en el tiempo.

De esta forma, al retrotraerse el acto de creación, la "norma" produce sus efectos desde ese momento, como si hubiera sido creada verdaderamente en fecha anterior. Tal suposición trae aparejados todos los efectos que produce una norma aplicable en el futuro, sin hacer distinción alguna entre "normas retroactivas" y no retroactivas. De ese modo, así lo expresa Kelsen, esa "norma" tiene validez en el pasado "tanto para el sujeto que debe abstenerse del delito, como para el órgano obligado a ejecutar la sanción"<sup>15</sup>; es decir que en la "norma retroactiva" hay un acto antijurídico como supuesto de la "sanción" que se le enlaza y un deber jurídico como opuesto contradictorio de ese acto antijurídico.

Esta descripción no corresponde, en verdad, a lo que acontece realmente y, por ende, representa sólo una ficción jurídica, que no presta, en este caso, la utilidad que ellas, las ficciones, suelen prestar en otros. Lo que acontece en la realidad es algo

<sup>13</sup> *Loc. cit.*, pág. 15.

<sup>14</sup> *Loc. cit.*, pág. 27.

<sup>15</sup> *Loc. cit.*, pág. 43.

muy distinto: no se trata de suponer existente en el pasado, antes de su creación, a una norma. Las normas existen siempre en el presente, en el pasado sólo puede decirse que existieron y si tal cosa no ha ocurrido no puede determinarse esa existencia a posteriori. No nos parece posible, en consecuencia, hablar de validez de la "norma retroactiva" en el pasado o para el pasado, en el sentido que hasta ahora llevamos expuesto.

No queda otro camino que estudiar estas "normas", teniendo en cuenta el otro enunciado, vale decir, aquel que genéricamente diría: si alguien mató, entonces debe ser prisión. Es este enunciado mucho más rico en consecuencias importantes, pues él nos permite fijar el justo alcance de una "norma" de este tipo y, sobre todo, estudiar con más fundamento las afirmaciones de Kelsen ya apuntadas.

LA "NORMA RETROACTIVA" Y EL DERECHO COMO TÉCNICA SOCIAL ESPECÍFICA. — La principal consecuencia de este enunciado es que en él, el verbo usado, no pretende motivar una conducta futura en el destinatario como ocurre, por regla, en las normas no retroactivas. La conducta del súbdito ya ha sido cometida y no es posible motivar actos ya realizados que, de esta forma, quedan fuera del control de quien pretende regularlos. Un acto cometido, en cuanto fenómeno existencial, dura solamente desde que nace hasta que muere, después no nos queda más que sus resultados y el recuerdo del acto, pero no éste en sí mismo. Un acto ya realizado podrá ser objeto de calificaciones de toda índole y, entre ellas, ser considerado antijurídico, pero no quedar sujeto a una nueva motivación.

Con todo, la "norma retroactiva" no deja de regular conductas dado que determina la "sanción" que deberá aplicar el órgano a los súbditos que hubieran cometido los actos sancionados. Pero lo que Kelsen repeta esencial en una norma jurídica es la motivación de la conducta del súbdito, ello se desprende con claridad cuando afirma: "Las sanciones son establecidas por el orden jurídico para provocar cierta conducta humana que el legislador considera desahable"<sup>14</sup>. En realidad en las normas jurídicas no se puede decir que haya motivación de la conducta del órgano, para ello será preciso otra norma que sancione el incumplimiento por el órgano de lo que establece la primera norma; si no hay tal norma, el órgano estará facultado para aplicar o no la sanción. En este sentido, sí, puede decirse, que hay una regulación de la conducta del órgano, pero no una motivación o una provocación de la misma.

Algo semejante ocurre en la "norma individual" pues el enunciado de una sentencia dice: dado que Carlos Rodríguez cometió

<sup>14</sup> *Loc. cit.*, pág. 51.

incesto, deben ser dos años y medio de prisión. Como se observa, hay aquí una mayor individualización que en la norma general pues está determinado el autor de un acto antijurídico, lo cual, por otra parte, hace que la "norma individual" no esté formulada como proposición hipotética; pero el verbo usado no difiere del contenido en la "norma retroactiva" ya que en ambos casos se usa el pretérito indefinido del indicativo, en ambos el acto ya se ha cometido y no es posible, en consecuencia, motivar en ese sentido la conducta del súbdito sino obtener el cumplimiento, presumiblemente contra la voluntad, de la "sanción" que se enlazó al acto por él cometido.

LA "SANCION" DE LA "NORMA RETROACTIVA" COMO EXCEPCIÓN A LA REGLA DE QUE LOS ACTOS COERCITIVOS SÓLO SE PERMITEN COMO SANCIONES. — Por el mismo camino llegamos a otra conclusión no menos importante: si la conducta, por ser pasada, no está sujeta a motivación, los actos coercitivos estipulados por la llamada "norma retroactiva" no son sanciones. Afirmación de tal importancia se basa en lo expuesto por Kelsen al estudiar los actos coercitivos de los órganos administrativos, en donde, al poner un ejemplo de ellos: "el hecho de que un edificio esté por derumbarse", desconoce a las interferencias en la propiedad o en la libertad de quienes lo habitan carácter de sanción; en ese sentido sostiene: "Como las sanciones se encuentran condicionadas por una cierta conducta humana, pueden ser evitadas mediante la ejecución de la conducta contraria. Y como los actos coercitivos de que arriba hablamos no se encuentran condicionados por un comportamiento humano no pueden ser evitados por los individuos afectados"<sup>17</sup>. De lo transcrito parece desprenderse que el acto coercitivo para ser sanción debe ser condicionado por una conducta evitable y, como en la "norma retroactiva" el acto que condiciona al acto coercitivo es imposible de evitar, dicho acto no puede ser considerado como sanción, con lo cual el acto coercitivo enlazado por la "norma retroactiva" configura otra excepción a la regla de que dichos actos sólo se permiten como sanciones; regla sentada por Kelsen en relación con los actos administrativos de que hicimos mención.

Por otra parte, ese acto coercitivo no tendrá el carácter de amenaza, como lo tiene en la norma no retroactiva; él, en este caso, será impuesto lisa y llanamente a un acto ya consumado que no admite amenaza pues no se puede evitar. No se trata de que la amenaza deba ser apreciada o sufrida psicológicamente para que tenga valor, sólo es necesaria la posibilidad de ser conocida, con prescindencia de que lo sea realmente. Lo dice Kelsen de la siguiente forma: "El elemento de coerción única-

<sup>17</sup> *Loc. cit.*, pág. 398.

mente tiene importancia cuando forma parte del contenido de la norma jurídica, como acto estipulado por ésta y no como un proceso en la mente del individuo"<sup>18</sup>.

Pero, en las "normas retroactivas", esa posibilidad, a que hacemos referencia arriba, no existe, pues la amenaza tiende a evitar el acto considerado por el derecho como antijurídico y, en este caso, cuando se crea la norma amenazante ya el acto es inevitable. El acto coercitivo no es aquí una amenaza; tan sólo se lo enlaza a un acto por disposición del orden jurídico y es aplicado a quien realizó ese acto en consecuencia de esa misma disposición.

**EL DEBER JURÍDICO EN LA "NORMA RETROACTIVA".**— Con lo dicho, es del todo evidente que la "norma retroactiva" no establece un deber jurídico para el súbdito. En efecto, el deber jurídico es el opuesto contradictorio al acto antijurídico, si éste es cometer incesto, el deber jurídico será no cometerlo, por lo tanto, no puede no cometerse un acto, a los efectos del derecho, si éste se refiere a actos ya cometidos.

Asimismo, la imposibilidad de la existencia del deber jurídico se ve confirmada cuando intentamos enunciar la norma secundaria de una "norma retroactiva". Una norma secundaria dirá: no se debe cometer incesto; proposición que no es dable de realizar frente al enunciado: dado que alguien cometió incesto debe ser prisión, ya que es lógicamente imposible que una "norma" enunciada en un tiempo verbal, suponga otra cuyo verbo exprese otro tiempo. Ello porque, como dice Kelsen, "no sólo la conducta debida para escapar a la coacción, sino incluso el mismo acto coactivo, tienen que constituir el contenido de la norma"<sup>19</sup>, lo cual significa que la norma primaria es una elipsis que presupone el enunciado de la norma secundaria.

Sentada la imposibilidad de enunciar, por las razones expuestas, la norma secundaria en el caso que consideramos, no se concibe la existencia del deber jurídico desde que éste sólo es posible gracias a la descripción de la norma secundaria. En ese sentido Kelsen dice: "Sólo cuando se hace uso del concepto de norma secundaria en la presentación del derecho puede decirse que el súbdito "debe" evitar el acto antijurídico y cumplir su obligación..."<sup>20</sup>.

**LOS CARACTERES DE LA NORMA JURÍDICA Y SU RELACIÓN CON LOS DE LA "NORMA RETROACTIVA". LA "NORMA RETROACTIVA" NO ES**

<sup>18</sup> *Loc. cit.*, pág. 30.

<sup>19</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, trad. Luis Legas y Lacortera, Editorial Nacional, México, 1953, pág. 67.

<sup>20</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Mayans, Imp. Univ. de México, 1949, pág. 63.

norma jurídica. — Todas las peculiaridades que hemos ido anotando sobre la "norma retroactiva", nos la presentan, sin lugar a dudas, como una "norma" diferente a las ordinarias. Más aún, un examen detenido de estas conclusiones, nos colocaría en camino de negarle a la "norma retroactiva" el carácter de norma jurídica.

No se nos oculta, empero, que tal afirmación dependerá del significado que demos a la expresión norma jurídica. Si se lo limita a la mera vinculación imputativa de dos términos, un antecedente y un consecuente (sanción) mediante el nexo "debe ser", no habrá inconveniente en aceptar el carácter jurídico de la "norma retroactiva". Pero si se descubre en la norma otras notas esenciales, tales como: que toda norma debe motivar conductas mediante una técnica específica; que el antecedente de la proposición deba ser conducta humana y que dicha conducta deba poder evitarse realizando el acto contrario; que no se concibe norma jurídica sin deber jurídico; entonces la proposición que no reúna tales requisitos no podrá ser considerada norma jurídica.

Para realizar una operación de contralor de una proposición jurídica que pretende ser norma, en este caso lo haremos con la "norma retroactiva", no dejaremos librado a nuestro criterio la exigencia de las notas esenciales de la norma jurídica, sino que nos atenderemos a las conclusiones de Kelsen sobre el particular, para luego comparar tales conclusiones con la descripción que hemos realizado de la "norma retroactiva".

Con respecto al primer aspecto señalado, es decir, el carácter motivador del derecho ya adelantamos el pensamiento kelseniano, destacando el fin motivante de las normas jurídicas. Si por definición Kelsen dice que el derecho es "la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de comportamiento contrario"<sup>21</sup> es del todo evidente que la "norma retroactiva" pierde el carácter de motivadora y por ende el de norma jurídica al no poder provocar cierta conducta humana considerada como deseable.

Estrechamente vinculado con lo que acabamos de exponer encuéntrase el segundo aspecto. En efecto, al no poder motivar la conducta del súbdito, por haberse ya cometido, según lo expresa la "norma retroactiva", no es posible que el acto coercitivo enlazado pueda ser evitado por la conducta contraria. Por consiguiente, es aquí donde juega el requisito de la evitabilidad, el cual, según ya lo señalamos, está enunciado por Kelsen del siguiente modo: "Como las acciones se encuentran condicional-

<sup>21</sup> Loc. cit., pág. 30.

das por una cierta conducta humana, pueden ser evitadas mediante la ejecución de la conducta contraria. Y como los actos coercitivos de que arriba hablamos (actos administrativos) no se encuentran condicionados por un comportamiento humano, no pueden ser evitados por los individuos afectados"<sup>22</sup>. De las palabras de Kelsen se desprende que si un acto coercitivo no puede ser evitado, no constituye en sí una sanción, vale decir que la proposición que lo enuncia no es una norma jurídica. Aplicando lo expuesto a la "norma retroactiva", en la cual no es posible evitar el acto coercitivo, llegamos rápidamente, dentro del pensamiento de Kelsen, a negar a dicha "norma" el carácter de norma jurídica.

En otro terreno, pero basado también, entre otras razones, en la posibilidad de evitar la sanción, fundó Soler la falta de calidad de norma jurídica de la sentencia. Dice al respecto en su obra *FE EN EL DERECHO*: "si no existe la más remota posibilidad de que se dé un acontecimiento contrario al previsto no estamos frente a una norma"<sup>23</sup>. Este argumento se ve robustecido, a nuestro juicio, con las expresiones de Kelsen arriba citadas, por ser verdidas por el propio defensor de la teoría de que la sentencia es norma jurídica, suposición negada, precisamente, por Soler. Por otra parte, pero siempre refiriéndonos a la sentencia como norma jurídica —sentencia penal, claro está—, dichas expresiones entran en colisión con la aceptación, por parte de Kelsen, de la existencia de "normas incondicionadas". En efecto, si se acepta que el acto coercitivo que estipula una "norma incondicionada" es, por esencia, imposible de evitar y si se da por sentado que por ser imposible de evitar el acto coercitivo administrativo no es considerado sanción y, por ende, la disposición jurídica que lo establece no es norma jurídica, queda claramente evidenciada la colisión de criterios si se sostiene el carácter de norma jurídica de las "normas incondicionadas"<sup>24</sup>. El tema merece un tratamiento específico, por ello baste aquí la relación ocasional que de él se ha hecho.

Retomando el análisis de los elementos de una norma jurídica y su confrontación con la "norma retroactiva", corresponde considerar el deber jurídico como elemento esencial dentro de la sistemática de Kelsen. Tal carácter del deber jurídico podría quizás ser objetado si se lo considera un concepto accesorio dentro del esquema de la norma jurídica; la accesoriedad del deber jurídico podría desprenderse, tal vez, de la accesoriedad de la

<sup>22</sup> Loc. cit., pág. 293.

<sup>23</sup> *Sensación Soler, Fe en el Derecho*, T. E. A. Buenos Aires, 1946, pág. 267.

<sup>24</sup> El estudio de la "norma incondicionada" en *Ensayos*, y su carácter de norma jurídica, veró en su *Tratado General del Derecho y del Estado*, 1949, pág. 39.

norma secundaria que es, precisamente, lo que hace posible el deber jurídico. La norma secundaria, en efecto, es considerada por Kelsen, según sus propias palabras, "superflua en una concepción estricta del derecho. Si acaso existe, está contenida en la segunda (se refiere a la norma primaria) que es la única norma jurídica genuina"<sup>26</sup>.

La materia de las normas secundarias es de las que encierra gran oscuridad en la exposición de Kelsen; dicha oscuridad se ve acentuada ante manifestaciones equívocas que no determinan el verdadero significado de dicha norma. Si bien por un lado se dice que la norma secundaria es superflua y aún se duda de su existencia, por otro lado se sostiene que "sólo cuando se hace uso del concepto de norma secundaria... el derecho adquiere también, indirectamente, validez para el súbdito"<sup>27</sup>. Pero, y he aquí lo importante, que una norma valga para el súbdito significa para Kelsen, la existencia misma de la norma jurídica, según lo expresa cuando dice: "Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia, o lo que es lo mismo, a reconocer que tiene fuerza obligatoria frente a aquellos cuya conducta regula"<sup>28</sup>. De aquí que no nos parezca ni superflua ni accesorio la norma secundaria, aún en el caso de que se considere supuesta o eufémicamente enunciada en la norma primaria. Enunciar la norma primaria significará siempre, en cierta medida, enunciar la norma secundaria.

No podemos, en consecuencia, suponer como accesorio al deber jurídico, desde el momento que él equivale a la existencia de la norma jurídica<sup>29</sup>. Tal conclusión es varias veces apuntada por Kelsen a lo largo del desarrollo de su Teoría General; citaremos otro párrafo en ese sentido a los efectos de hacer más explícita aún aquella afirmación: "Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben y que deben obedecer y aplicar las mismas normas"<sup>30</sup>.

El deber jurídico, por lo tanto, debe ser posible para que una proposición tenga el carácter de norma jurídica; ello surge, con toda claridad, del texto de la Teoría General del Estado, en la cual se dice sin retaceos que "Una norma de derecho sin deber jurídico es una contradicción, porque el deber jurídico no puede ni es otra cosa que la misma norma vista desde el plano

<sup>26</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. García Maynes, 1948, pág. 62.

<sup>27</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. García Maynes, 1948, pág. 63.

<sup>28</sup> *Loc. cit.*, pág. 31.

<sup>29</sup> *Loc. cit.*, pág. 31.

<sup>30</sup> *Loc. cit.*, pág. 61.

de aquélla cuya conducta constituye el contenido del *deber ser jurídico*"<sup>80</sup>. Por consiguiente, de nuevo llegamos a la conclusión a que arribáramos con anterioridad: la "norma retroactiva" no es una norma jurídica dentro del pensamiento del maestro vienés.

LA "NORMA RETROACTIVA" COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA NORMA JURÍDICA. — Ahora bien, afirmar que la "norma retroactiva" no es norma jurídica, no significa que ella no pueda integrarla. La "norma retroactiva" no es norma jurídica si se la toma aisladamente, pero en el caso de que el orden jurídico sancione al órgano si no realiza el acto coercitivo previsto por aquélla, dicha disposición jurídica entraría a formar parte de esa otra norma de grado superior. Sólo en ese sentido la "norma retroactiva" puede ser pensada como norma jurídica.

Concluimos así el estudio de la "norma retroactiva" en relación con la norma jurídica, quedando sólo un punto a tratar: ¿cuál es el efecto jurídico de una disposición retrospectiva aislada? El efecto jurídico de una disposición retroactiva aislada, no es ni más ni menos, que facultar a los órganos del estado para que realicen actos coercitivos sobre los súbditos en razón de haber éstos cometido determinados actos con anterioridad a la creación de dicha disposición. Tales actos coercitivos habrían estado prohibidos en caso contrario.

<sup>80</sup> HANS KELSEN, *Teoría General del Estado*, trad. Lagos y Lazzarini, Ed. Nacional, México, 1939, pág. 80.