

---

Hans Kelsen

Teoría  
pura del derecho

---



universidad nacional  
autónoma de méxico

# TEORIA PURA DEL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie G: ESTUDIOS DOCTRINALES 20

HANS KELSEN

# TEORIA PURA DEL DERECHO

*Traducción de la segunda edición en alemán, por*

ROBERTO J. VERNENGO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México 1982

Título original en alemán:  
"REINE RECHTSLEHRE", zweite, vollständig neu bearbeitete  
und erweiterte Auflage, Wien 1960

Primera edición en español: 1979  
Primera reimpresión: 1981  
Segunda reimpresión: 1982

ISBN 968-58-0032-4

D R © 1982, Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad Universitaria. 04510 México, D. F.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

## INDICE

Presentación	5
Prólogo a la primera edición	9
Prólogo a la segunda edición	13

### I. *Derecho y naturaleza*

1. La "pureza"	15
2. Lo que acontece y su significado jurídico	15
3. El sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. La autoatribución de significado	16
4. La norma	17
a) La norma como esquema de explicitación conceptual	17
b) Norma y producción de normas	18
c) Validez y dominio de validez de la norma	23
d) Regulación positiva y negativa: obligar, facultar, permitir	28
e) Norma y valor	30
5. El sistema social	38
a) Sistemas sociales que estatuyen sanciones	38
b) ¿Existen sistemas sociales sin sanciones?	41
c) Sanciones trascendentes y sanciones socialmente immanentes	42
6. El orden jurídico	44
a) El derecho: orden de la conducta humana	44
b) El derecho: un orden coactivo	46
a) Los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico como sanciones	48
β) El monopolio de la coacción por la comunidad jurídica	49
γ) Orden jurídico y seguridad colectiva	50
δ) Actos coactivos carentes del carácter de sanciones	53
e) El mínimo de libertad	55
c) El derecho como orden coactivo normativo. Comunidad jurídica y "bandas de ladrones"	57
d) ¿Obligaciones jurídicas sin sanción?	63
e) Normas jurídicas no independientes	67

## II. *Derecho y moral*

7. Las normas morales como normas sociales 71
8. La moral como regulación del comportamiento interno 72
9. La moral como orden positivo sin carácter coactivo 75
10. El derecho como parte de la moral 76
11. Relatividad del valor moral 76
12. Separación del derecho y la moral 79
13. Justificación del derecho por la moral 80

## III. *Derecho y ciencia*

14. Las normas jurídicas como objeto de la ciencia del derecho 83
15. Teoría estática y dinámica del derecho 83
16. Norma jurídica y enunciado jurídico 84
17. Ciencia causal y ciencia normativa 89
18. Causalidad e imputación; ley natural y ley jurídica 90
19. El principio de imputación en el pensamiento de los primitivos 96
20. El origen del principio de causalidad en el de imputación 99
21. Ciencia social causal y ciencia social normativa 100
22. Diferencias entre el principio de causalidad y el de imputación 103
23. El problema de la libertad de la voluntad 105
24. Contenido de normas sociales constituido por hechos distintos de la conducta humana 114
25. Normas categóricas 115
26. La negación del deber; el derecho como "ideología" 117

## IV. *Estática jurídica*

27. La sanción: el acto ilícito y la consecuencia de lo ilícito 123
  - a) Las sanciones de los derechos nacional e internacional 123
  - b) El acto ilícito (delito) como condición del derecho, y no su negación 125
28. Obligación jurídica y responsabilidad 129
  - a) Obligación jurídica y sanción 129

- b) Obligación jurídica y deber 131
  - c) Responsabilidad 133
  - d) Responsabilidad individual y colectiva 135
  - e) Responsabilidad intencional y responsabilidad por el resultado 136
  - f) El deber de reparar el daño 137
  - g) La responsabilidad colectiva como responsabilidad por el resultado 138
29. El derecho subjetivo: tener derecho y estar facultado 138
- a) Derecho y obligación 138
  - b) Derechos personales y reales 143
  - c) El derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido 145
  - d) El derecho subjetivo como poder jurídico 146
  - e) El derecho subjetivo como una permisión (administrativa) positiva 150
  - f) Los derechos políticos 150
30. Capacidad jurídica. Competencia. Órgano 157
- a) Capacidad jurídica 157
  - b) Competencia 159
  - c) Órgano jurídico 161
31. Capacidad de derecho. Representación 168
32. Relación jurídica 174
33. Sujeto de derecho. La persona 178
- a) Sujeto de derecho 178
  - b) La persona como persona física 182
  - c) La persona jurídica (asociaciones) 184
  - d) La persona jurídica como sujeto activo 186
  - e) La persona jurídica como sujeto de obligaciones y derechos 187
    - α) Obligaciones de la persona jurídica 189
    - β) Responsabilidad de la persona jurídica 194
    - γ) Derechos subjetivos de la persona jurídica 196
  - f) La persona jurídica como concepto auxiliar de la ciencia del derecho 198
  - g) Superación del dualismo entre el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo 199

### V. *Dinámica jurídica*

34. El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica 201
- a) Sentido de la pregunta por el fundamento de validez 201
  - b) El principio estático y el principio dinámico 203

- c) El fundamento de validez de un orden jurídico 205
  - d) La norma fundante básica como presupuesto lógico-trascendental 208
  - e) La unidad lógica del orden jurídico. Conflictos normativos 214
  - f) Legitimidad y efectividad 217
  - g) Validez y eficacia 219
  - h) La norma fundante básica del derecho internacional 225
  - i) La teoría de la norma fundante básica y la doctrina del derecho natural 228
  - j) La norma fundante del derecho natural 230
35. La construcción escalonada del orden jurídico 232
- a) La constitución 232
  - b) Legislación y costumbre 235
  - c) Ley y ordenanza reglamentaria 239
  - d) Derecho sustantivo y derecho formal 240
  - e) Las llamadas "fuentes del derecho" 242
  - f) Producción, aplicación y acatamiento del derecho 243
  - g) La función judicial 246
    - α) El carácter constitutivo de la sentencia judicial 246
    - β) La relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables 251
    - γ) Las denominadas "lagunas" del derecho 254
    - δ) La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica 258
  - h) El negocio jurídico 264
    - α) El negocio jurídico como hecho productor de derecho 264
    - β) El contrato 265
  - i) La administración 269
  - j) Conflicto entre normas de diverso nivel 303
    - α) La sentencia contra ley 303
    - β) La ley inconstitucional 277
  - k) Nulidad y anulabilidad 283

## VI. *Derecho y Estado*

- 36. Forma jurídica y forma del Estado 285
- 37. Derecho público y privado 286
- 38. Carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado 287
- 39. El dualismo tradicional entre Estado y derecho 289

40. La función ideológica del dualismo de Estado y derecho 290
41. La identidad del Estado con el derecho 291
- a) El Estado como orden jurídico 291
  - b) El Estado como persona jurídica 295
    - α) El Estado como sujeto activo; el órgano estatal 295
    - β) Representación política 302
    - γ) El Estado como sujeto de obligaciones y de derechos 305
  - c) La así llamada autoobligación del Estado. El Estado de derecho 314
  - d) Centralización y descentralización 315
  - e) La disolución del dualismo entre derecho y Estado 319

### VII. *Estado y derecho internacional*

42. La esencia del derecho internacional 323
- a) La naturaleza jurídica del derecho internacional 323
  - b) El derecho internacional como orden jurídico primitivo 325
  - c) La construcción escalonada del derecho internacional 326
  - d) Obligación y facultamiento meramente mediato por el derecho internacional 327
43. Derecho internacional y derecho estatal 330
- a) La unidad del derecho internacional y del derecho estatal 330
  - b) Ningún conflicto entre el derecho internacional y el derecho estatal 331
  - c) La relación recíproca de dos sistemas normativos 334
  - d) La inevitabilidad de la construcción monista 335
    - α) El reconocimiento del derecho internacional por el Estado particular: La primacía del orden jurídico estatal 335
    - β) La primacía del orden jurídico internacional 338
    - γ) La diferencia entre ambas construcciones monistas 341
44. Iusvisión y concepción del mundo 345

### VIII. *La interpretación*

45. La esencia de la interpretación. Interpretación auténtica y no auténtica 349
- a) Indeterminación relativa del acto de aplicación de derecho 349
  - b) Indeterminación intencional del acto de aplicación de derecho 350
  - c) Indeterminación no intencional del acto de aplicación de derecho 350
  - d) El derecho aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación 351
  - e) Los llamados métodos de interpretación 352

46. La interpretación como acto de conocimiento o de voluntad 353
47. La interpretación en la ciencia del derecho 355
- Nota del traductor 357

Este libro se terminó de imprimir en Editorial Andrómeda, S. A., el día 6 de julio de 1982. La edición consta de 3 000 ejemplares.

## PRESENTACIÓN

No es sino hasta ahora que aparece a la luz en español la segunda edición de la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Hace más de quince años se publicó en Viena la segunda edición totalmente reelaborada y ampliada de la Teoría pura del derecho (Reine Rechtslehre, Franz Deuticke Verlag, zweite vollständig und erweiterte Auflage, Wien 1960, reimpresa en 1967) versión que, según Norberto Bobbio, puede ser considerada como la última expresión del pensamiento de Hans Kelsen.<sup>a</sup> Durante ese tiempo, esta obra fue solamente para especialistas. Era necesario recurrir al original,<sup>b</sup> a la versión francesa (Daloz, Paris 1962) a la edición portuguesa (Coimbra, 1962) a la versión italiana (Torino, 1966 reimpresa en 1968), o bien, a la versión inglesa (Berkeley, 1967), siendo inaccesible para cantidad de estudiosos, pero particularmente inaccesible para los innumerables estudiantes de derecho de habla española. El Instituto de Investigaciones Jurídicas ha querido colmar esta laguna en la literatura jurídica de habla castellana, y ha obtenido, para la prestigiosa editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, los derechos exclusivos de parte de Franz Deuticke Verlag para la publicación y distribución de esta obra en español.

La primera edición de la Teoría pura apareció en 1934, de la cual existe una versión española (Editorial Losada, Buenos Aires, 1934, reimpresa en 1946, y recientemente reimpresa en México, Editora Nacional, 1975).<sup>c</sup> De mayor difusión ha sido la versión española de la General Theory of Law and State (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945, reimpresa en 1946, 1949, Russell and Russell 1961, y 1973) traducida por don Eduardo García Máynez y publicada por esta misma Universidad Nacional Autónoma de México (1949, 1958, 1969).

Sin embargo, la obra de Kelsen más comúnmente manejada entre nosotros es la versión francesa de la Teoría pura de 1953, obra traducida al español en 1960 —justamente cuando Kelsen había ya publicado la segunda edición de la Teoría pura—, y que, hasta 1977, ha sido objeto de diecinueve reimpressiones. Ciertamente muchas obras de Kelsen se encuentran traducidas al español, de las cuales resaltan la Teoría general del Estado (Barcelona 1934) objeto de innu-

<sup>a</sup> Novísimo Digesto Italiano, p. 404.

<sup>b</sup> Op. cit.

<sup>c</sup> En 1933 apareció en España *La Teoría pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1933, obra que es una traducción directa del manuscrito en alemán que compendia algunos aspectos de la Teoría pura que aparecería en 1934.

*merables reimpresiones, El contrato y el tratado (UNAM, México 1943), La idea del derecho natural (Córdoba, 1943) Sociedad y naturaleza (Buenos Aires, 1945), Principios de derecho internacional público (Buenos Aires, 1965), artículos y ensayos.*<sup>d</sup>

*Sobre esta obra que presentamos cabe señalar que es muy significativo que sea la segunda edición de la Teoría pura y no de la Teoría general del derecho y del Estado, como se podría uno imaginar (esta última obra ha tenido cinco reimpresiones en los Estados Unidos, cinco en italiano, tres en español, etcétera). Respecto a esta segunda edición podría decirse que es prácticamente una obra nueva, si bien es cierto que los lineamientos principales de la Teoría pura son mantenidos.*

*Si en la primera edición Kelsen formula los resultados de la teoría pura del derecho, en esta segunda edición Kelsen intenta resolver los problemas fundamentales de una teoría general del derecho de acuerdo con los principios de la pureza metodológica del conocimiento jurídico tratando de determinar, en un mayor grado que antes, la posición de la ciencia del derecho en el sistema del conocimiento científico.<sup>e</sup> Cabe decir que Kelsen ha querido presentarnos en esta obra una síntesis de más de cincuenta años de su labor jusfilosófica (los Hauptprobleme der Staatsrechtslehre aparecieron en 1911).*

*En esta nueva edición se revela el intento de Kelsen de no hacer simplemente una tesis más sobre el derecho positivo, sino que apunta más a realizar una contribución esencial a la teoría metódica de la ciencia del derecho.<sup>f</sup>*

*Comparada con la primera edición, ésta ha doblado prácticamente su tamaño. El número de capítulos específicamente aumenta. Pero, también, ha crecido en sustancia. Las nociones básicas de la Teoría pura han sido refinadas y replanteadas de manera de superar malentendidos a los cuales daban origen las formulaciones de la primera edición. Así, por ejemplo, el significado de la norma fundamental del orden jurídico es dilucidado con mayor claridad en el presente volumen.<sup>g</sup> En la presente edición merece destacar el esfuerzo de Kelsen por distinguir la ciencia del derecho de la ciencia natural no exactamente como mundos distintos el uno del otro, sino, simplemente, como dos diferentes unidades de consideración científica. Es importante destacar en esta segunda edición la explicación que hace Kelsen en el último inciso del primer capítulo sobre las normas no independientes y el carácter complejo de la norma jurídica que señalan una marcada preferencia por la nomodinámica. También son interesantes las adiciones y la clasificación que realiza Kelsen sobre la relación de derecho internacional y de derecho nacional, especialmente en lo que se refiere a la teoría monista. En algunos casos Kelsen llega a modificar*

<sup>d</sup> Vid. R. A. Métall. Hans Kelsen *leben und Werk*, Franz Deuticke Verlag, 1969, p. 157.

<sup>e</sup> Vid. Max Knight, prefacio p. v.

<sup>f</sup> Vid. ZVREER. 1964, p. 135.

<sup>g</sup> Vid. EJIM, vol. 56, núm. 1, enero 1962, p. 236.

puntos de vista previamente sostenidos. A este respecto cabe señalar, entre otros, que el Sollen, el "deber ser": como a priori, esto es, como concepto lógico trascendental, es transformado en una variable deóntica, que explica las modalidades del comportamiento humano (la permisión, la habilitación, etcétera).<sup>h</sup> Asimismo, Kelsen abandona su anterior opinión sobre las relaciones entre el derecho y la paz social.

Estos anteriores ejemplos, además de la indicación del aumento de capítulos y de notas explicativas, de las cuales cabe mencionar aquellas en que Kelsen se refiere al concepto del sollen descriptivo y del libre arbitrio en Kant, comprueban por sí solos que la segunda edición revisada y aumentada de la Teoría pura es, más que una mera restauración, un intento por aplicar sus principios metodológicos a la solución de los problemas capitales y persistentes de la teoría del derecho.<sup>i</sup>

Kelsen, nadie lo ignora, alcanzó hace muchos años ccelebridad insuperada; más de mil trescientas obras entre libros y artículos se han dedicado a comentar más de seiscientas publicaciones de Hans Kelsen, las cuales han recorrido el mundo en más de veinticuatro lenguas, incluyendo el chino, el indonesio, el árabe, el coreano, etcétera. Con ello Kelsen ha corrido la suerte que parece perseguir a los clásicos. Su obra es continuamente citada, pero en realidad apenas se estudia, apenas se conoce, como sucede con Ihering, Savigny, Duguit, Géný, etcétera. Su obra es vulgarizada, mal reproducida, se la reduce a una serie de lugares comunes o, en el mejor de los casos, se repiten algunas frases hechas.<sup>j</sup> Esto puede perfectamente verificarse con el hecho de que es la traducción española de la reducida versión francesa de la teoría pura la edición comúnmente manejada. En esta ocasión, pues, el Instituto de Investigaciones Jurídicas presenta la expresión más acabada del pensamiento de Hans Kelsen, traducida directamente del alemán por el profesor Roberto J. Vernengo, ilustre profesor argentino, antiguo discípulo y perfecto conocedor de Hans Kelsen, distinguido jusfilósofo y colega de este Instituto.

Rolando TAMAYO y SALMORÁN

<sup>h</sup> Cfr. Hart. *Kelsen's doctrine of the Unity of Law*.

<sup>i</sup> Vid. EJIM, vol. 56, núm. 1, enero 1962, p. 236.

<sup>j</sup> Vid. Federico de Castro Bravo. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fasc. 1, enero-marzo 1961. Madrid, p. 167.

## PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Han transcurrido más de dos décadas desde que emprendiera la tarea de desarrollar una teoría jurídica pura, es decir: una teoría del derecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural, consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto. Desde el comienzo mismo fue mi objetivo elevar la ciencia del derecho, que se agotaba casi completamente —abierta o disimuladamente— en una argumentación jurídico-política, al nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu. Correspondía desplegar sus tendencias orientadas, no a la función configuradora de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del derecho, para acercarla, en la medida en que fuera de alguna suerte posible, al ideal de toda ciencia: objetividad y exactitud.

Con satisfacción pude comprobar hoy que no he quedado solo en ese camino. En todos los países civilizados, en todos los círculos donde se cumplen los tan diversos trabajos profesionales jurídicos, tanto en los teóricos como en los prácticos, e inclusive en representantes de ciencias próximas, encontré una aprobación animadora. Se cerraron vínculos más estrechos entre un círculo de investigadores con idénticos propósitos, que se suele denominar mi “escuela”, y que sólo lo es en el sentido de que allí cada uno intenta aprender del otro, sin renunciar por ello a proseguir su propio camino. No es escaso tampoco el número de aquellos que, sin adoptar la *Teoría pura del derecho*, en parte sin nombrarla, e inclusive rechazándola directamente y poco amistosamente, toman de ella resultados esenciales. A éstos agradezco especialmente, puesto que ellos testimonian, aun contra su voluntad, mejor que los partidarios más fieles, la utilidad de mi doctrina.

La misma ha provocado, junto a reconocimiento e imitación, también oposición; una oposición desatada con un apasionamiento casi sin ejemplos en la historia de la ciencia del derecho, y que de ninguna manera puede explicarse a partir de las oposiciones objetivas que así aparecen. Puesto que dicha oposición reposa en parte en malos entendidos que, por añadidura, no parecieran ser enteramente inintencionales y que apenas podrían, cuando se dan realmente, justificar la profunda acritud del opositor. Puesto que la teoría combatida no es, de ninguna manera, tan inauditamente nueva, ni se encuentra en contradicción con todo lo producido hasta ahora. Puede ser entendida como la continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo *xx*. Pero también de ella provienen mis oponentes. Lo que provoca este escándalo en la literatura no es tanto que yo sugiera a la actual ciencia

del derecho un cambio de orientación completo, sino que tenga la impertinencia de insistir en que mantenga una de las orientaciones, entre las cuales oscila inseguramente de aquí para allá; no es tanta la novedad, como más bien la consistencia de mi doctrina la que lo provoca. Y ya esto solo permite sospechar que en la lucha contra la *Teoría pura del derecho* actúan, no sólo motivaciones científicas, sino sobre todo, políticas, altamente cargadas, por ende, de emotividad. La cuestión de si se trata de una ciencia de la naturaleza o del espíritu no puede encender así los ánimos, puesto que la separación de una de la otra se ha cumplido casi sin oposición. Aquí sólo puede tratarse únicamente de poner en movimiento más acelerado a la ciencia del derecho, esa provincia alejada del centro del espíritu, que sólo a los tumbos intenta seguir lentamente el progreso, poniéndola en contacto inmediato con la teoría general de la ciencia. En verdad, el pleito no atañe al lugar de la ciencia jurídica en el marco de la ciencia, y las consecuencias resultantes, como pareciera ser el caso; se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase.

Este es el fundamento de la oposición, lindante con el odio, contra la *Teoría pura del derecho*; éste, el telón de fondo de la lucha conducida contra ella recurriendo a todos los medios. Puesto que la misma toca a los intereses más vitales de la sociedad, y así, también y no en última instancia, a los intereses profesionales del jurista. Este, comprensiblemente, sólo renunciará de mala gana a la creencia (y en hacer creer a los otros) de que, con su ciencia, posee la respuesta al interrogante de cómo hayan de solucionarse "correctamente" los conflictos de intereses en el seno de la sociedad; de que, por saber derecho, también esté llamado a configurarlo materialmente; de que él, en su esfuerzo por influir en la producción del derecho, tenga mayores ventajas, frente a otros políticos, que un simple técnico social.

Frente a los efectos políticos —aunque sean sólo negativos— que la liberación propuesta de la política signifique; frente a esta autolimitación de la ciencia del derecho, que muchos consideran una renuncia a su prestigio, es comprensible que el opositor se sienta poco inclinado a ser justo con una teoría que plantea tales pretensiones. Para poder combatirla, es menester desconocer su verdadera entidad. Así sucede que los argumentos que contra ella elevan de un lado y otro, dirigidos más bien, no contra la *Teoría pura del derecho* propiamente, sino contra un simulacro elaborado según las necesidades del ocasional contrincante, se anulan entre sí, haciendo de esa suerte casi superflua una polémica. Los unos opinan despectivamente que se trata de una teoría enteramente vacía de contenido, un juego vacío de conceptos huecos;

su contenido significa, en mérito a sus tendencias subversivas, un serio peligro para el Estado constituido y su derecho, advierten los otros. Dado que la *Teoría pura del derecho* se mantiene libre enteramente de toda política, se alejaría de la vida palpitante, convirtiéndose así en científicamente carente de valor; se trata de uno de los reproches más frecuentes que contra ella se formula. Pero con no menor frecuencia cabe oír que la *Teoría pura del derecho* no estaría de manera alguna en condiciones de satisfacer sus exigencias metódicas básicas, siendo ella misma nada más que la expresión de una determinada actitud axiológica política. Pero, ¿cuál? Los fascistas la explican como un liberalismo democrático; los demócratas, liberales o socialistas, la tienen por una avanzada del fascismo. Desde el lado comunista es descalificada como ideología del estatismo capitalista; desde el lado del capitalismo nacionalista, es descalificada como un craso bolchevismo o, de pronto, como un disimulado anarquismo. Por su espíritu —aseguran algunos— estaría emparentada con la escolástica católica, mientras que otros creen reconocer en ella las notas características de una doctrina protestante del Estado y del derecho. Y tampoco faltan aquellos que quisieran estigmatizarla como atea. En suma: no hay orientación política alguna de la que la *Teoría pura del derecho* no haya sido sacada. Pero justamente ello demuestra, mejor de lo que yo podría hacerlo, su pureza.

El postulado metódico a que ella aspira no puede cuestionarse seriamente, si es que, en general, debe darse algo así como una ciencia del derecho. Dudoso podría ser sólo cuál sea el grado en que ello pueda obtenerse. Con toda seguridad correspondería aquí no pasar por alto la muy señalada diferencia que justamente aparece, en este punto, entre la ciencia natural y las ciencias sociales. No se trata de que la primera no corra peligro alguno de intentar ser influida por intereses políticos. La historia demuestra lo contrario, y muestra con suficiente claridad que hasta una potencia mundial se sintió amenazada por la verdad sobre el curso de los astros. Si la ciencia natural ha conseguido establecer casi enteramente su independencia de la política, ello proviene de que en ese triunfo residía un interés social aún más poderoso: el interés en el progreso de la técnica, que sólo podía garantizar una investigación libre. Pero de ninguna teoría social parte un camino tan directo, tan inmediatamente visible, hacia las indiscutibles ventajas de un progreso permanente de la técnica social, como sucede con la física y la química con respecto de los logros de la construcción de maquinarias y de la terapia médica. Con respecto de las ciencias sociales falta aún —finalmente en razón de su estado poco desarrollado— una fuerza social que pueda contrarrestar al todopoderoso interés que, tanto los que cuentan con el poder como los que aspiran a él, tienen por una teoría que satisfaga sus deseos, es decir, por una ideología social. Por lo menos en este nuestro tiempo, sacado verdaderamente de su quicio por la guerra mundial y sus consecuencias; tiempo en que se han conmovido los fundamentos de la vida social hasta lo

más hondo, y en que, por consiguiente, las oposiciones entre los Estados y las oposiciones internas se han agudizado hasta el extremo. El ideal de una ciencia objetiva del derecho y el Estado sólo tiene perspectivas de un reconocimiento general en un periodo de equilibrio social. De ahí que nada parezca tan poco correspondiente con su tiempo como una doctrina sobre el derecho que pretende mantener su pureza, cuando para los otros no hay, en general, poder alguno al que no estén dispuestos a ofrecerse; cuando se ha perdido todo recato, al punto de reclamarse abierta y sonoramente por una ciencia jurídica politizada, pretendiendo para la misma el rótulo de "pura", elogiando así como virtud lo que a lo sumo sólo podría excusar una amarga necesidad personal.

Si, con todo, yo me atrevo en semejante tiempo a recoger el resultado de mi previo trabajo en el problema del derecho, lo hago con la esperanza de que el número de aquellos que valoran más el espíritu que el poder, sea mayor de lo que hoy pareciera; y, sobre todo, con el deseo de que una generación más joven no permanezca, en la salvaje batahola de nuestros días, sin fe en una ciencia jurídica libre, con la firme convicción de que sus frutos no se perderán en un futuro lejano.

Ginebra, mayo de 1934.

## PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

La segunda edición de mi *Teoría pura del derecho*, cuya primera edición apareció hace más de un cuarto de siglo, presenta una reelaboración completa de los temas tratados en la primera, y una significativa ampliación de su campo de estudio. Mientras que me contenté entonces en formular los resultados especialmente característicos de una doctrina jurídica pura, intento hoy dar solución a los problemas más importantes de una teoría general del derecho conforme con los principios fundamentales de la pureza metódica del conocimiento jurídico-científico, precisando al hacerlo el lugar de la ciencia jurídica en el sistema de las ciencias, más de lo que anteriormente se hiciera.

Va de suyo que una teoría, cuyo primer esbozo se encuentra en mis *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, aparecidos en 1911, no podía permanecer sin cambios durante tanto tiempo. Muchas modificaciones aparecen ya en mi *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass., 1945) y en mi *Théorie Pure du Droit* (la traducción francesa efectuada por el profesor Henri Thévenaz de la *Reine Rechtslehre*, Neuchâtel, 1953). En la obra presente he llamado la atención expresamente a las modificaciones más importantes en notas al pie de página. Se trata, en la mayoría de los casos, de un desarrollo más consecuente de los principios; en conjunto, como lo espero, de los frutos de una evolución derivada de tendencias que son, ellas mismas, immanentes a una doctrina que, en lo esencial, permanece incólume.

Dado el curso del desarrollo cada vez más multifacético del contenido de los órdenes jurídicos positivos, una teoría general del derecho corre siempre el peligro de no abarcar, con sus específicos conceptos fundamentales, todos los fenómenos jurídicos. Algunos de esos conceptos pueden revelarse como muy estrechos, mientras otros aparecen como muy amplios. He sido plenamente consciente, en la presente tentativa, de ese peligro y, por consiguiente, estaré francamente agradecido a toda crítica en ese respecto. Tampoco esta segunda edición de la *Teoría pura del derecho* ha de ser considerada una exposición de resultados definitivos, sino como una empresa que ha menester de ser llevada adelante, mediante complementos y otras mejoras. Habrá logrado su propósito si es considerada digna de esa continuación —por otros, que no por su autor, que se encuentra ya al fin de su vida.

He antepuesto al prólogo de la segunda edición el de la primera. Puesto que en él se muestra cuál era la situación científica y política en que surgió, en tiempos de la Primera Guerra Mundial y durante las conmociones sociales por ella provocadas, así como el eco que encontró entonces en la literatura. En

este respecto, la Segunda Guerra Mundial y los cambios políticos que la siguieron, no cambiaron gran cosa. Ahora como antes, una ciencia del derecho objetiva, que se limita a describir su objeto, enfrenta la terca oposición de aquellos que, menospreciando las fronteras entre ciencia y política, invocando ésta prescriben al derecho un determinado contenido; es decir: creen poder establecer el derecho justo y, así, el patrón axiológico para el derecho positivo. En especial, la renovada metafísica de la doctrina del derecho natural, es la que enfrenta con esta pretensión al positivismo jurídico.

Puesto que el problema, como problema valorativo, escapa a una teoría jurídica que se limita a un análisis del derecho positivo como una realidad jurídica, y que este problema es de decisiva significación para la política jurídica, he intentado exponer en un apéndice lo que cabe decir al respecto y, en especial sobre la doctrina del derecho natural, desde un punto de vista científico.<sup>1</sup>

Agradezco al señor doctor Rudolf A. Métall la confección del inventario de mis escritos y la valiosa ayuda que me prestó en la corrección de las pruebas.<sup>2</sup>

HANS Kelsen

Berkeley, California, abril de 1960

<sup>1</sup> El apéndice, denominado "Das Problem der Gerechtigkeit" existe ya en traducción castellana y no es reproducido en esta edición (N. del T.).

<sup>2</sup> El índice de los escritos de H. Kelsen que figuran en la edición original alemana, no se reproduce en esta edición (N. del T.).

## I. DERECHO Y NATURALEZA

### 1. La "pureza"

La *Teoría pura del derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación.

En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica.

Al caracterizarse como una doctrina "pura" con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es su principio fundamental en cuanto al método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente qué lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza. En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la *Teoría pura del derecho* emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.

### 2. Lo que acontece y su significado jurídico

Si se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad, como distinción entre los diferentes objetos de esas ciencias, se plantea entonces, por de pronto, el interrogante de si la ciencia jurídica es una ciencia natural o una ciencia social; de si el derecho es un objeto natural o un objeto social. Pero esta contraposición

de naturaleza y sociedad no es posible sin más ni más, puesto que la sociedad entendida como la convivencia fáctica de los seres humanos, puede ser pensada como una parte de la vida en general, y, por ello, como una parte integrante de la naturaleza; y en tanto el derecho —o aquello que, por de pronto, se suele considerar tal—, por lo menos en cuanto se encuentra con una parte de su ser en el dominio de la naturaleza, pareciera tener una existencia plenamente natural. Si se analiza, en efecto, uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en alguna relación con el derecho —como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de la administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico, un delito—, cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio, o bien, una serie de semejantes actos: el externo acontecer de acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir: la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho. Se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho. Aquí se encuentra la distinción, enteramente corriente para los juristas, entre los procedimientos legislativos y su producto, la ley. Otro ejemplo: un hombre, revestido con la toga, pronuncia desde un sitial elevado determinadas palabras a un hombre que se encuentra delante suyo. Jurídicamente este acontecimiento externo significa que se ha pronunciado una sentencia judicial. Un comerciante escribe a otro una carta de determinado contenido; el segundo le responde con otra carta. Ello significa: han cerrado, desde el punto de vista del derecho, un contrato. Alguien provoca, con cierta actividad, la muerte de otro. Jurídicamente ello significa un homicidio.

### 3. *El sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. La autoatribución de significado*

En un acto como un acontecimiento fáctico externo, no cabe, sin más, captar visual o auditivamente su significación jurídica, a la manera, por ejemplo, como se perciben las propiedades naturales de un objeto, como el color, la dureza, el peso. Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan. Alguien dispone por escrito de su patrimonio para el caso de su muerte. El sentido subjetivo de esta acción es un testamento. Objetivamente, desde el punto de vista jurídico, puede quizás —en razón de algún defecto de forma— que no lo sea. Cuando una organización clandestina, con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a muerte a alguien

considerado por ella como un traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina, como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto al acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital. Un acto —en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas, o escritas— puede él mismo enunciar algo sobre su significado jurídico. En ello se encuentra una peculiaridad del material dado al conocimiento jurídico. Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural. Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que inician un negocio jurídico. El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico.

#### 4. La norma

a) *La norma como esquema de explicitación conceptual.* El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Sólo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye en general nada que sea derecho. Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir: en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza—, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa. Puesto que también en la concepción de que el acto exhibe un acontecer natural, sólo recibe expresión

una explicitación determinada, diferente de la normativa, a saber: una explicitación causal. La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma. Que un hecho sea la ejecución conforme a derecho de una sentencia de muerte, y no un homicidio, es una cualidad ésta —sensiblemente no perceptible— que aparece sólo a través de un proceso intelectual: a partir de la confrontación con un código penal y el código de procedimientos penales. Que el intercambio de cartas, antes referido, signifique haber celebrado un contrato, proviene exclusiva y únicamente de que esa situación fáctica encaja en ciertas disposiciones del código civil. Que un documento, ya no sólo por su sentido subjetivo, sino conforme a su sentido objetivo, sea un testamento válido, deriva de que satisface las condiciones bajo las cuales pueda valer como testamento, conforme a las disposiciones de ese código. Que una reunión de personas sea un congreso y que el resultado de sus actividades constituya jurídicamente una ley obligatoria; con otras palabras: que estos sucesos posean esa significación, expresa sólo que el acontecimiento todo corresponde a las normas de la constitución. Esto es: que el contenido de un suceso fáctico coincide con el contenido de una norma tenida por válida.

b) *Norma y producción de normas.* El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho). Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera. Éste es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros. Están dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros cuando, conforme a su sentido, proponen (ordenan) ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando se le otorga el poder de establecer él mismo normas. Se trata —en este sentido— de actos volitivos. Cuando un hombre, a través de una acción cualquiera, exterioriza la voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena, o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito con el enunciado que afirma que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado de que el otro así debe actuar. Aquel que ordena o autoriza, quiere; aquel que recibe la orden, o al que se da el permiso o la autorización, debe. En esto la palabra “deber” es utilizada aquí en un significado más extenso que el usual. Conforme a los usos corrientes lingüísticos, un “debe” sólo tiene correspondencia con el ordenar algo; el “está permitido”, con una permi-

sión; el “puede”, con una autorización. Aquí, empero, designaremos con “deber” el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. En el término “deber” está comprendido el “estar permitido” y el “estar facultado”. Puesto que una norma puede no sólo mandar algo, sino también permitirlo, y especialmente, autorizarlo. Cuando aquel al que se ordena o permite una determinada conducta, aquel al que se faculta con respecto de determinada conducta, quiera preguntar por el fundamento de encontrarse bajo una orden, tener una permisión o estar autorizado (y no, por la causa del acto mediante el cual se le ordena, permite o faculta), sólo puede preguntar: ¿por qué debo? (o también, en los usos lingüísticos corrientes: ¿me está permitido?, ¿puedo comportarme así?). “Norma” es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser. De ahí que la circunstancia de hecho que se presenta en el caso de un acto semejante, tendrá que ser descrita mediante el enunciado: alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera. La primera parte del enunciado se refiere a un ente existente, el hecho real del acto de voluntad; la segunda parte, a un deber, a la norma como sentido del acto. Por ello no corresponde —como muchas veces se afirma— sostener que el enunciado: “un individuo debe algo”, no significa nada diferente de: “otro individuo quiere algo”; es decir, que la enunciación de un deber pudiera reducirse a la enunciación de que algo es.

La distinción entre ser y deber no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia.<sup>1</sup>

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede

<sup>1</sup> Con respecto al concepto de “deber” vale lo mismo que George Edward Moore (*Principia Ethica*, Cambridge, 1922, pp. 7 y ss.) dice del concepto “bueno”: “‘bueno’ es una noción simple, así como ‘amarillo’ es una noción simple”. Un concepto simple no es definible y —lo que conduce a lo mismo—, no es analizable. Para evitar malos entendidos debe recalarse que la afirmación de que la distinción entre ser y deber se encuentra dada en forma inmediata a nuestra conciencia, de ninguna manera significa que el contenido del deber, lo debido, aquello que es debido y que, en ese sentido, es “bueno”, pueda ser reconocido en forma inmediata a través de una facultad espiritual especial; no significa que exista una “intuición” específica para lo bueno y lo malo (*cf.* Karl Menger. *Moral, Wille und Weltgestaltung, Grundlegung zur Logik der Sitten*. Viena, 1934, p. 28.). El contenido del deber consiste en aquello que un orden positivo, moral o jurídico, prescribe; es determinado a través de actos de voluntad y, cuando es así determinado, es reconocido.

seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea.<sup>2</sup>

Este dualismo entre lo que es y lo debido no significa, con todo, que lo que es y lo debido se encuentren lado a lado sin relación alguna. Se sostiene que "lo que es puede corresponder a lo debido"; vale decir: algo puede ser tal como debe ser; también se dice que lo debido está "orientado" hacia un ser, que algo debe "ser". La expresión: "algo que es corresponde a un deber" no es enteramente correcta; puesto que no es lo que corresponde a lo debido, sino aquel "algo", que por un lado "es", corresponde al "algo" que, por el otro lado, "debe ser", lo cual metafóricamente, se designa como contenido de lo que es, o como contenido del deber. Cabe expresar esto también diciendo; cierta cosa, sobre todo, una determinada conducta, puede tener la propiedad de existir, o la propiedad de deber existir. En ambas enunciaciones: "la puerta será cerrada", y "la puerta deberá cerrarse", el hecho de "cerrar la puerta" una vez es afirmado como existente, como siendo, y la otra vez, como debido. La conducta que es y la conducta debida no son idénticas; la conducta debida es igual a la conducta real, difiriendo sólo en la circunstancia (modalidad) de que una tiene existencia, y la otra debe producirse. De ahí que corresponda distinguir el comportamiento estatuido como debido en una norma, del comportamiento fáctico correspondiente. Pero el comportamiento estatuido como debido en la norma, en cuanto contenido de la norma, puede cotejarse con el comportamiento correspondiente a la norma (lo que quiere decir: al contenido de la norma). La conducta debida en cuanto contenido de la norma no puede, con todo, ser el comportamiento fáctico, correspondiente a la norma.

En todo caso, se caracteriza también esta conducta correspondiente a la norma y, por lo tanto, una conducta real, como una conducta debida; queriéndose decir que ella es tal como debe ser. La expresión "conducta debida" es ambigua. Puede referirse a la conducta que, en la norma, como su contenido, debe ser, y que es debida aun cuando no se haya producido; pero también puede referirse a la conducta fácticamente producida que corresponde al contenido de la norma. Si se afirma que lo debido está "dirigido" hacia una realidad, que la norma está "dirigida" a una conducta real, se sostiene entonces que la conducta fáctica correspondiente al contenido de la norma, el contenido real, es equiparada al contenido del deber, y la conducta efectiva a la conducta debida en razón de la norma, aun cuando, en mérito de la diferencia modal: ser real en un caso, ser debida, en el otro, no sean idénticas.

Las acciones cuyo sentido es una norma pueden cumplirse de diversas maneras. Mímicamente, el agente de tránsito ordena con un determinado movimiento de sus brazos que nos detengamos; con otro movimiento, que debamos seguir

<sup>2</sup> Arthur N. Prior, *Logic and the Basis of Ethics*. Oxford, 1944, p. 18, expresa este pensamiento en la frase: "Es imposible deducir una conclusión ética a partir de premisas completamente no éticas."

adelante. Otros símbolos: una luz roja significa una orden para el conductor de un automóvil de detenerse; una luz verde, que debe seguir circulando. A través de palabras, pronunciadas o escritas: puede darse una orden recurriendo a la forma lingüística de un imperativo, por ejemplo “¡Calla!” Pero también utilizando una forma enunciativa: “Te ordeno que te calles.” Mediante esta forma pueden formularse también permisiones o autorizaciones. Se trata de enunciados sobre el acto cuyo sentido es una orden, un permiso, una autorización; sin embargo, el sentido del enunciado no constituye una proposición sobre un hecho real, sino una norma que establece un deber; vale decir: una orden, una permisión, una autorización. Una ley penal puede contener la proposición: “El hurto será castigado con prisión.” El sentido de esta oración no consiste, como su tenor literal pareciera mostrarlo, en enunciar algo sobre un acontecer fáctico, sino que es una norma: una orden o una autorización para que el hurto sea castigado con prisión. El proceso legislativo es una serie de acciones que, en su conjunto, tienen el sentido de normas. Cuando se afirma que mediante uno de los actos arriba mencionados, o a través de los actos del procedimiento legislativo,<sup>3</sup> se “produce” o “promulga” una norma, se trata solamente de una expresión figurada para decir que el sentido o el significado del acto, o de los actos que constituyen el procedimiento legislativo, es una norma. Con todo, corresponde diferenciar el sentido subjetivo del objetivo. “Debido” es el sentido subjetivo de todo acto de voluntad de un hombre orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otro. Sólo que no todo acto posee también objetivamente ese sentido. Sólo cuando también cuenta, objetivamente, con el sentido de un deber, se caracteriza a lo debido como “norma”. Así, al ser lo “debido” el sentido objetivo del acto, se expresa que la conducta, hacia la cual el acto se orienta intencionalmente, es considerada como debida no sólo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante; y ello incluso cuando la voluntad, cuyo sentido subjetivo es el deber, haya cesado fácticamente de existir, en cuanto con la voluntad no desaparece el sentido, lo debido. El deber “vale” aunque haya cesado el querer; mas vale inclusive cuando el individuo, cuyo comportamiento según el sentido subjetivo del acto de voluntad es debido, nada sepa de tal acto y de su sentido; vale cuando ese individuo es considerado como obligado, o facultado a actuar como se debe. Entonces ese deber, como un deber “objetivo”, es una “norma válida”, que obliga

<sup>3</sup> No puedo mantener la opinión, que anteriormente sostuviera, de que las votaciones constitutivas de una decisión mayoritaria, mediante la cual se sanciona una ley, no configuran necesariamente actos de voluntad, puesto que muchos de los votantes desconocen el contenido de la ley que votan, o sólo lo conocen insuficientemente, y en cuanto al contenido del querer tiene que ser consciente para el agente volitivo. Cuando el miembro del parlamento vota a favor de un proyecto de ley cuyo contenido ignora, el contenido de su voluntad es una suerte de autorización. El votante quiere que se convierta en ley aquello que contenga el proyecto, sea lo que sea, por el cual vota.

a quien está dirigida. Tal es, pues, el caso, cuando el acto de voluntad, cuyo sentido subjetivo es un deber, ha recibido ese sentido objetivo a través de una norma; cuando ese acto ha sido autorizado por una norma que, por ello, vale como una norma "superior". La orden de un *gangster*, de entregarle cierta suma de dinero, tiene el mismo sentido subjetivo que la orden de un funcionario del fisco; a saber: el sentido de que el individuo, al cual la orden se dirige, entregue una determinada cantidad de dinero. Pero sólo la orden del funcionario fiscal, y no la orden del *gangster*, tiene el sentido de ser una norma válida que obligue al receptor; sólo una, y no la otra, es un acto productor de una norma. Ello, en cuanto la acción del funcionario fiscal se encuentra autorizada por una ley impositiva, mientras que el acto del *gangster* no reposa en ninguna norma que así lo faculte. <sup>4</sup> Que el acto legislativo, que subjetivamente tiene el sentido de lo debido, posea también objetivamente ese sentido, es decir: el sentido de una norma válida, proviene de que la constitución otorga al acto de legislar ese sentido objetivo. El acto constituyente no cuenta sólo con un sentido subjetivo, sino también con un sentido normativo objetivo, cuando se presupone que corresponde actuar como lo prescribe el constituyente. Cuando una persona que se encuentra en peligro le pide a otra que la auxilie, el sentido subjetivo de su exigencia es que la otra le debe prestar auxilio. Mas sólo tenemos una norma objetivamente válida, que obligue a la otra, si vale la norma general de amar al prójimo, quizás establecida por un fundador de una religión; y esa norma sólo vale como objetivamente obligatoria si se admite que uno debe comportarse como el fundador de la religión lo ha ordenado. Una presuposición semejante, fundante de la validez objetiva, será designada aquí como norma fundante. <sup>5</sup>

No se trata, por lo tanto, del hecho real de un acto volitivo dirigido a un comportamiento determinado de otro, sino nuevamente de una norma de deber, a partir de la cual se sigue —en un sentido objetivo— la validez de la norma

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, p. 40. Ernst Mally. *Grundgesetze des Sollens, Elemente der Logik des Willens*. Graz, 1926; caracteriza el deber como el sentido del querer (p. 10). Lo que aquí es expuesto como distinción entre el deber como sentido subjetivo de un acto de voluntad, y el deber como su sentido objetivo, lo expone Mally como la distinción entre el "deber" y el deber "fáctico". El deber "fáctico" aparece, según Mally, cuando se introduce el concepto de "justificación". Que algo sea debido, no implica afirmar que "algo sea fácticamente debido". De ello depende toda justificación. Una exigencia —inclusive en el sentido subjetivo de la palabra— justificada, es evidentemente de por sí exigible, corresponde a un deber; puede estar sólo justificada de hecho, cuando ese deber existe fácticamente... *Existe (por lo menos) una circunstancia de hecho que fácticamente es debida*, p. 18. Lo que yo designo como "deber" en sentido objetivo, lo designa Mally como deber "fáctico", pero esta expresión constituye una autocontradicción, si por "hecho" se entiende una realidad. Si por validez "objetiva" de una norma no se entiende nada distinto de lo designado en el texto que antecede, la observación de Alf Ross en "Imperatives and Logic". *Philosophy of Science*, vol. II, 1944, p. 36, de que "la creencia de la validez objetiva pertenece al depósito de trastos de la metafísica religiosa moral", no es pertinente.

<sup>5</sup> Cfr. *infra*, p. 196 y ss.

según la cual el otro debe comportarse conforme al sentido subjetivo del acto de voluntad.

Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido. Cuando los hombres, que conviven socialmente, actúan durante cierto tiempo bajo ciertas condiciones idénticas, de manera de algún modo igual, surge en cada individuo la voluntad de actuar en la manera como los miembros de la sociedad consuetudinariamente actúan. El sentido subjetivo de los actos constituyentes del hecho de la costumbre, no es, por de pronto, un deber. Sólo cuando tales actos se han sucedido durante cierto tiempo, aparece en cada individuo la representación de que debe actuarse como los miembros de la sociedad suelen hacerlo, y el querer que también los restantes miembros de la sociedad se deban comportar así. Si un miembro de la sociedad no actúa en la forma en que los otros miembros suelen hacerlo, su conducta es objeto de reproches por aquéllos, puesto que no se conduce como ellos lo quieren. Así el hecho de la costumbre se convierte en una voluntad colectiva, cuyo sentido subjetivo es un deber. Como norma objetivamente válida sólo puede ser entendido el sentido subjetivo de los actos constituyentes de la costumbre, cuando la costumbre es introducida por una norma superior como una circunstancia productora de normas. Dado que el hecho de la costumbre está constituido por actos de conducta humana, las normas producidas por la costumbre son establecidas por actos de conducta humana, y, de ese modo, de igual manera que las normas cuyo sentido subjetivo es ser actos legislativos, son también normas *impuestas*, es decir: normas *positivas*. La costumbre puede producir tanto normas morales, como normas jurídicas. Las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando la constitución de la comunidad establece a la costumbre —y, ello, una costumbre especialmente caracterizada— como un hecho productor de derecho.

Finalmente corresponde advertir que una norma puede ser, no sólo el sentido de un acto volitivo, sino también —como contenido significativo— contenido de un acto de pensar. Una norma puede no sólo ser querida sino también meramente pensada sin ser querida. Entonces ya no es una norma impuesta, ya no es una norma positiva. Es decir, no es necesario que una norma sea impuesta; puede que sea supuesta solamente en el pensamiento.<sup>6</sup>

c) *Validez y dominio de la validez de la norma.* Con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros, como hemos propuesto anteriormente, recurrimos a la pala-

<sup>6</sup> Cfr. *infra*, p. 23.

bra “deber” con un sentido que comprende todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no. Si la existencia específica de la norma es designada como su “validez”, recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales. La “existencia” de una norma positiva, su validez, es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es. La norma puede valer aun cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, haya dejado de existir. Más: ella adquiere validez justamente cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, ha cesado de existir. El individuo que con un acto suyo intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, ha producido una norma jurídica, no tiene que continuar queriendo ese comportamiento para que valga la norma que constituye el sentido de su acto. Cuando los hombres que actúan como órganos legislativos, deciden promulgar una ley que regule determinadas contingencias, y de esa manera le otorgan validez, orientan luego sus decisiones a la regulación de otros objetos; y las leyes promulgadas por ellos pueden valer aun cuando hayan muerto hace mucho y, por consiguiente, cuando de ninguna manera pueden quererlas. Es inadecuado caracterizar a las normas, en general, y a la norma jurídica en especial, como “voluntad”, o “imperativo” —sea del legislador, sea del Estado—, si por “voluntad” o “imperativo” se entiende un acto psíquico de voluntad.<sup>7</sup>

Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación. Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez. Mas la posibilidad de una conducta que no corresponde a la norma tiene que darse también. La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse. Validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden tempo-

<sup>7</sup> Cfr. *General Theory of Law and State*, pp. 29 y ss. La doctrina allí expuesta, de que la validez de la norma no es un hecho psicológico y, por ende, no constituye una orden —en cuanto acto psíquico y volitivo—; y que la validez de la norma deba ser distinguida de su efectividad, gana en claridad cuando, como en el texto, se caracteriza la norma como el sentido de un acto de voluntad.

ralmente. Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y aplicada; el tribunal que aplica en un caso concreto una ley, inmediatamente después de haber sido dictada, y, por ende, antes de que haya podido ser efectiva, aplica una norma jurídica válida. Pero una norma jurídica deja de ser considerada como válida, cuando permanece sin eficacia duraderamente. La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez. En ello corresponde prestar atención a que, bajo la noción de eficacia de una norma jurídica, que enlaza a una determinada conducta como condición, una sanción como consecuencia, no ha de entenderse únicamente el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales —esto es, que la sanción sea ordenada y cumplida en un caso concreto—, sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico —es decir, que se realicen los comportamientos mediante los cuales se evita la sanción. En la medida en que el instituir sanciones tiene por finalidad impedir (prevenir) las conductas que son condición de la sanción —la ejecución de delitos—, el caso ideal de validez de una norma jurídica se daría cuando la misma en ningún caso recibiera aplicación, por cuanto la representación de la sanción por cumplirse en el caso de un delito se ha convertido en motivación, en los sujetos sometidos al orden jurídico, para abstenerse del delito. Entonces, la eficacia de la norma jurídica se limitaría a su acatamiento. Pero puede que el acatamiento de la norma jurídica haya sido suscitado por otros motivos, de suerte que lo que tiene “eficacia” no sea propiamente la representación de la norma jurídica, sino la representación de una norma religiosa o moral. Más adelante nos referiremos a las muy significativas relaciones entre validez y la así llamada eficacia de la norma jurídica.<sup>8</sup>

Si con la expresión: la norma se refiere a una determinada conducta, se alude a la conducta que constituye el contenido de la norma, corresponde indicar que la norma puede referirse a otros contenidos objetivos distintos de la conducta humana, pero sólo en cuanto éstos son condiciones o efectos de la conducta humana. Una norma jurídica puede establecer que, en caso de una catástrofe natural, los que no estuvieran directamente afectados quedan obli-

<sup>8</sup> Cfr. *infra*, p. 215 y ss. De que sólo la norma eficaz hasta cierto grado, es válida, concluir que validez y eficacia son idénticos, constituye el mismo error lógico en que se incurre cuando, a partir del supuesto de que el “placer” y sólo el “placer” es “bueno”, se concluye que lo “bueno” es idéntico al “placer”. Moore *op. cit.*, p. 10, llama a esta falta lógica “falacia naturalista”: “Puede que sea verdad que todas las cosas que son buenas, también sean algo más (por ejemplo, placenteras) . . . Pero son demasiados los filósofos que han pensado que, tan pronto han designado esas otras propiedades, ya estaban efectivamente definiendo lo bueno; que esas propiedades, en realidad, no eran simplemente ‘otras’, sino, absoluta y completamente, lo mismo que el bien. Esta tesis propongo denominarla la ‘falacia naturalista’ . . .”

gados, según las posibilidades, a prestar auxilio a las víctimas. Cuando una norma jurídica pone el homicidio bajo pena de muerte, tanto el hecho típico antijurídico, así como la consecuencia del ilícito, no consiste únicamente en una conducta humana específica dirigida hacia la muerte de otro hombre, sino también en una consecuencia específica de esa conducta: la muerte de un hombre, que es un acontecimiento fisiológico, pero no una acción humana. Dado que los comportamientos humanos, así como sus condiciones y efectos, se cumplen en el espacio y en el tiempo, es necesario que tanto el espacio como el tiempo en que se producen los acontecimientos determinados por la norma, se encuentren determinados en el contenido de la norma. La validez de normas que regulan conducta humana en general, y también en forma especial, las normas jurídicas, es una validez espacio-temporal, en la medida en que esas normas tienen como contenido sucesos espacio-temporales. Que la norma valga significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; esto es, que ella se refiere a una conducta que sólo puede producirse en algún lugar y en algún momento (aun cuando quizás no se produzca en la realidad).

La relación de la norma al espacio y al tiempo constituye el dominio de validez espacial y temporal de la norma. Este dominio de validez puede estar limitado, pero también puede carecer de límites. La norma puede valer sólo para un espacio y un tiempo determinados —es decir, determinados por ella o por otra norma superior—, en cuanto sólo regula acontecimientos que se producen dentro de determinado espacio y en determinado tiempo. Pero puede también —por su sentido— valer para todo lugar y siempre; es decir, referirse a acontecimientos dondequiera y cuando quiera se produzcan. Tal es su sentido cuando no contiene determinaciones espacio-temporales particulares, y cuando ninguna otra norma superior delimita su dominio de validez espacial o temporal. No es que entonces ella valga más allá del espacio, y atemporalmente, sino sólo que no vale para un espacio determinado y tampoco para un tiempo determinado; su dominio de validez espacial y temporal permanecen indefinidos. El dominio de la validez de una norma constituye un elemento de su contenido, y ese contenido puede, como aún lo veremos, estar predeterminado, hasta cierto grado, por otra norma superior.<sup>9</sup>

En lo que hace al dominio de validez temporal de una norma positiva, es menester distinguir el tiempo anterior y el tiempo posterior a su promulgación. En general las normas se refieren sólo a comportamientos futuros; pero pueden hacerlo también con respecto a pasados. Así, una norma jurídica, que enlaza un acto coactivo como sanción a una determinada conducta como condición, puede determinar que un hombre que ha realizado cierta acción, no con posterioridad a la promulgación de la norma, sino ya antes de ello, deba ser sancio-

<sup>9</sup> Cfr. *infra*, p. 228 y ss.

nado, con lo cual la conducta queda calificada como delito.<sup>10</sup> Pero también con el acto coactivo que ella estatuye como consecuencia, puede una norma jurídica no referirse al futuro, sino también al pasado. Puede determinar no sólo que se cumpla, en el futuro, un acto coactivo bajo ciertas condiciones producidas antes de su promulgación, sino también que el acto coactivo, que de hecho ya fue cumplido en el pasado, sin ser debido (es decir, sin tener el carácter de una sanción), debió ser ejecutado en el pasado, de suerte que, en adelante valga como debido, esto es, como sanción. De esa manera, por ejemplo, se legitimó como sanciones, bajo el régimen nacional socialista en Alemania, ciertos actos de fuerza que, cuando fueron ejecutados constituían jurídicamente homicidios, y esa legitimación posterior con fuerza retroactiva calificó, retroactivamente también, como delitos a las conductas que los condicionaron. Una norma jurídica puede eliminar, con fuerza retroactiva, la validez de una norma promulgada antes de su creación, de modo que los actos de fuerza cumplidos, como sanciones, bajo la norma anterior son privados de su carácter de penas, o ejecuciones, y los hechos de conducta humana que fueron sus antecedentes son privados retroactivamente de su carácter de delitos. Con semejante fuerza retroactiva puede, por ejemplo, una ley dictada por un gobierno llegado al poder revolucionariamente, suprimir la legislación dictada por el gobierno anterior, legislación bajo la cual ciertas acciones, ejecutadas por los individuos pertenecientes al partido revolucionario, eran castigadas como delitos políticos. Cierto es que lo que ha acaecido, no puede transformarse en algo nunca acontecido; pero el significado normativo de lo que ha sucedido puede, con fundamento en normas promulgadas con posterioridad al acontecimiento a que se refieren, modificarse retroactivamente.

Junto al dominio de validez espacial y temporal, cabe también distinguir un dominio de validez personal y uno objetivo (o material). Puesto que la conducta que es regulada mediante las normas es un comportamiento humano, conducta de hombres, tenemos que toda conducta determinada por una norma debe ser escindida en un elemento personal y uno material: el hombre que debe actuar de determinada manera, y la forma y manera como debe hacerlo. Ambos elementos se encuentran inescindiblemente entrelazados. Pero ha de advertirse que no es el hombre en cuanto tal, abarcado por una norma, quien se encuentra sujeto a la norma, sino siempre sólo una conducta determinada de ese hombre. El dominio de validez personal se refiere al elemento personal de la conducta determinada en la norma. También este dominio de validez puede estar limitado o no. Un ordenamiento moral puede aparecer con la pretensión de valer para todos los hombres; es decir, la conducta determinada por las normas de ese ordenamiento es la conducta de todo hombre, y no solamente la de los hombres específicamente determinados por el ordena-

<sup>10</sup> Cfr. *infra*, p. 116 y ss.

miento. Usualmente se expresa ello diciendo que ese ordenamiento se dirige a todos los hombres. La conducta determinada por las normas de un orden jurídico estatal es sólo la conducta de los hombres que viven en el territorio del Estado o, cuando lo hacen en otras partes, que son ciudadanos del Estado. Se dice que el orden jurídico estatal sólo rige el comportamiento de los hombres determinados de esa manera; sólo esos hombres están sometidos al orden jurídico estatal, vale decir: el dominio personal de validez queda limitado a esos hombres. Cabe hablar de un dominio objetivo (material) de validez en la medida en que se tiene en mira las diversas orientaciones del comportamiento humano que son normadas: así la conducta económica, religiosa, política, etcétera. Decimos de la norma que determina el comportamiento económico de los hombres que regula la economía; de la norma que determina la conducta religiosa, que regula la religión etcétera. Se habla de objetos diversos de la regulación, queriéndose aludir con ello a las distintas orientaciones de la conducta determinada por las normas. Las normas de un ordenamiento regulan siempre conducta humana; sólo el comportamiento humano es regulable mediante normas. Otros objetos que no sean conducta humana pueden constituirse en el contenido de normas, pero sólo en relación con conducta humana, como ya se destacara, en cuanto únicamente condición o efecto de la conducta humana. El concepto de dominio objetivo de validez encuentra empleo, por ejemplo, cuando un orden jurídico total —como en el caso de un Estado federal— se articula en varios órdenes jurídicos parciales, cuyos dominios de validez se encuentran recíprocamente delimitados en relación con los objetos que ellos regulan; así, por ejemplo, los órdenes jurídicos de los Estados-miembros sólo pueden regular ciertos objetos bien determinados, enumerados en la constitución; o —como también se suele decir— cuando la regulación de esos objetos corresponde a la competencia (capacidad) de los Estados-miembros, mientras que la regulación de todos los restantes objetos queda reservada al orden jurídico del Estado central (orden que también constituye solamente un orden jurídico parcial); o, en otras palabras, cuando la regulación de todos los restantes objetos corresponde a la competencia del Estado central. El dominio objetivo de validez de un orden jurídico total es, sin embargo, siempre ilimitado, en cuanto semejante orden jurídico, por su propia índole, puede regular en cualquier sentido la conducta de los hombres sujetos a él.

d) *Regulación positiva y negativa: obligar, facultar, permitir.* La conducta humana regulada por un orden normativo es ora una acción determinada por ese orden, ora la omisión de esa acción. La regulación de la conducta humana, a través de un orden normativo, se produce de una manera positiva y una manera negativa. La conducta humana está regulada por el orden normativo en manera positiva, por de pronto, cuando se exige a un hombre una determinada acción, o la omisión de una acción determinada (cuando se exige la

omisión de una acción, la acción está prohibida). Decir que la conducta de un hombre es exigida por una norma objetivamente válida, significa lo mismo que afirmar que el hombre está obligado con respecto de esa conducta. En la medida en que el hombre actúa como la norma lo exige, cumple con su obligación, acata la norma; con un comportamiento opuesto, en cambio, "viola" la norma, o, lo que significa lo mismo, viola su obligación. También la conducta humana es regulada en un sentido positivo, cuando un hombre es facultado, por el ordenamiento normativo, a producir mediante una determinada acción determinadas consecuencias normadas por el orden; en especial —cuando el orden regula su propia producción—, producir normas, o intervenir en la producción de normas; o cuando el orden jurídico, que estatuye actos coactivos, faculta a un hombre a llevar a cabo esos actos coactivos bajo las condiciones estatuidas por el orden jurídico; o cuando se permite a un hombre, mediante una norma, una determinada conducta, prohibida por lo demás, norma mediante la cual el dominio de validez de la norma que prohíbe esa conducta es restringido; o cuando, por caso, una norma prohíbe con alcance enteramente general el recurso a la fuerza por un hombre contra otro, pero una norma particular lo permite en caso de necesidad. En la medida en que un hombre actúa en la manera como lo faculta una norma, o actúa en la manera en que, a través de una norma, positivamente se le permite conducirse así, aplica la norma. Facultado por una ley —que es una norma general— a resolver casos concretos, aplica el juez la ley a un caso concreto mediante su sentencia que expresa una norma individual; facultado por una sentencia judicial a ejecutar una determinada sanción, aplica el órgano de ejecución la norma individual de la sentencia judicial. En situación de necesidad, se aplica la norma que positivamente permite el uso de la fuerza. Pero también hay utilización de la norma en el juicio de si un hombre actúa o no actúa, conforme le exige comportarse, o se lo permite positivamente, una norma; o de que actúa o no actúa, tal como está facultado a hacerlo mediante una norma.

En un sentido muy lato, puede valer cualquier conducta humana, determinada en un orden normativo como condición o consecuencia, como facultada por ese orden y, en ese sentido, como regulada positivamente. De una manera negativa, la conducta humana está regulada por un orden normativo cuando esa conducta no está prohibida por el orden, sin estar positivamente permitida por una norma que limite el dominio de validez de una norma obligatoria; por ende, está permitida en un sentido sólo negativo. Esta función negativa de la permisión debe distinguirse de la positiva, en cuanto función de permisión consistente en un acto positivo. El carácter positivo de una permisión se destaca especialmente cuando la limitación de la norma que exige una determinada conducta se produce mediante una norma que permite la conducta por lo demás prohibida, bajo la condición de que la permisión sea otorgada por un órgano comunitario facultado para ello. La función —tanto negativa como

positiva— del permitir queda así ligada esencialmente con la función del obligar. Sólo dentro de un orden normativo, que exige determinadas conductas humanas, puede estar permitida una determinada conducta humana.

La palabra “permitir” se utiliza también en el sentido de “tener derecho”. Cuando en una relación entre A y B, A está obligado a soportar que B actúe de determinada manera, se dice que a B le está permitido (es decir, que tiene derecho) a actuar de esa manera. Y cuando A está obligado a cumplir alguna prestación en favor de B, se dice que a B le está permitido (es decir, que tiene derecho) a recibir de A la prestación determinada. En el primer caso, el enunciado que afirma que a B le está permitido conducirse de determinada manera, no dice otra cosa que la oración: A está obligado a soportar que B actúe de determinada manera. Y, en el segundo caso, la oración: le está permitido a B recibir determinada prestación de A, no quiere decir más que: A está obligado a cumplir cierta prestación a favor de B. La “permisión” de la conducta de B es sólo el reflejo del carácter obligatorio de la conducta de A. Este “permitir” no constituye una función del orden normativo distinta de “obligar”.<sup>11</sup>

e) *Norma y valor*. Cuando una norma estatuye una determinada conducta como debida (en el sentido de “exigida”), la conducta real puede corresponder, o contradecir, a la norma. Corresponde a la norma cuando es tal como, conforme a la norma, debe ser; contradice la norma, cuando no es tal como, conforme a la norma, debe ser, por ser lo opuesto a la conducta que corresponde a la de la norma. El juicio de que una conducta fáctica es tal como debe ser, conforme a una norma objetivamente válida, es un juicio de valor, y, por cierto, un juicio de valor positivo. Significa que la conducta fáctica es “buena” El juicio de que una conducta fáctica no es como debe ser, conforme a una norma válida, por ser lo opuesto de una conducta que corresponde a la de la norma, es un juicio de valor negativo. Significa que la conducta fáctica es “mala”, “malvada”. La norma objetivamente válida, que establece como debida una determinada conducta, constituye un valor positivo o negativo. La conducta que corresponde a la norma, tiene un valor positivo; la conducta que contradice la norma, tiene un valor negativo. La norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico. Los juicios de valor que enuncian que una conducta fáctica corresponde a una norma considerada objetivamente válida, y que, en ese sentido, es buena, esto es: valiosa; o que contradice semejante norma y que, en ese sentido, es malvada (mala), es decir, contraria al valor, deben distinguirse de los juicios empíricos carentes de relación con una norma considerada objetivamente valiosa, lo que implica, a la

<sup>11</sup> En relación con este “permitir” (en el sentido de “dar derecho a”), he rechazado anteriormente la distinción entre un derecho que obliga y un derecho que permite (*imperative y permissive law*). Esta distinción, sin embargo, debe retenerse en relación con los otros significados de la palabra “permitir”: en especial, cuando por “permitir” se entiende también “facultar”. *Cfr. infra*, p. 57 y ss.

postre que: sin relación con una norma fundante presupuesta, enuncian que algo es y cómo lo es.<sup>12</sup>

El comportamiento fáctico a que se refiere el juicio de valor, que constituye el objeto de la valoración, y que cuenta con un valor positivo o negativo, es un hecho real existente en el tiempo y en el espacio, una parte de la realidad. Sólo un hecho real puede ser enjuiciado, cuando se le coteja con una norma, como valioso o desvalioso; puede tener un valor positivo o negativo. Lo que es valorado es la realidad.<sup>13</sup> En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios. Otros actos de voluntad humana pueden producir otras normas, contradictorias con las primeras, que constituyen a su vez otros valores, opuestos a los primeros. Lo que, conforme a aquéllas, sería bueno, puede ser malo según éstas. De ahí que las normas establecidas por los hombres, y no por una autoridad sobrehumana, constituyen sólo valores relativos. Es decir: la validez de semejante norma, que instituye como debida una determinada conducta, y el valor constituido a través de ella, no excluye la posibilidad de la validez de una norma que instituya como debida a la con-

<sup>12</sup> Moritz Schlick, el fundador de la escuela filosófica del positivismo lógico, afirma en su escrito "Fragen der Ethik". *Schriften zur wissenschaftlichen Weltauffassung*, t. 4. Viena, 1930, p. 11, que una norma (en cuyo respecto se refiere especialmente a una norma moral) "no es nada distinto a la mera reproducción de un hecho de la realidad; formula efectivamente sólo las condiciones bajo las cuales una acción, o un pensamiento, o un carácter, es considerado 'bueno', es decir, como éticamente estimado. La formulación de normas no es otra cosa que la determinación del concepto de lo bueno, cuyo conocimiento una ética emprende". El enunciado que dice que una conducta corresponde a una norma es, por lo tanto, un enunciado fáctico. Esto es incorrecto en cuanto el sentido de la valoración ética, es decir, el enunciado de que una conducta es buena, no consiste en la afirmación de un hecho real, esto es: de algo existente, sino de algo debido. Si la norma expone las circunstancias bajo las cuales una conducta es buena, no determina así cómo sea fácticamente una conducta, sino cómo debe ser. La norma no es un concepto o, como también dice Schlick, una definición. El concepto de algo expresa que, cuando algo posee las propiedades determinadas en la definición del concepto, cae bajo ese concepto. Es decir, es aquello que el concepto delimita; y cuando no posee esas propiedades, no encaja en ese concepto, lo que equivale a decir, que no es lo que el concepto delimita. El concepto no expresa que algo *deba* contar con las propiedades que la definición determina. El concepto de una buena conducta es: conducta que corresponde a una norma. Este concepto contiene tres elementos: "norma", "conducta" y "correspondencia" en cuanto relación entre "norma" y "conducta". Este concepto no expresa que una conducta *deba* corresponder a una norma, sino solamente que, cuando no corresponde a una norma, no encaja en el concepto de buena conducta y, por ende, que no *es* una conducta buena. Que la conducta *deba* corresponder a la norma, es el sentido de la "norma", que junto con "conducta" y "correspondencia", configura un elemento del concepto de buena conducta, pero no el sentido del concepto. La conducta es buena, no por corresponder al concepto, sino por corresponder a la norma. Puede contradecir la norma, pero no al concepto.

<sup>13</sup> Con respecto a la cuestión de si las normas pueden ser objeto de valoración mediante normas y, en especial, con respecto a la cuestión de si el derecho positivo puede ser valorado como justo o injusto, *cfr.* del autor: *Das Problem der Gerechtigkeit*.

ducta opuesta, constituyendo un valor contrario. Así, la norma que prohíbe en todos los casos el suicidio o la mentira, puede tener tanta validez como la norma que, en determinadas circunstancias, permite, o incluso directamente obliga, al suicidio o la mentira, sin que sea posible demostrar, por vías racionales, que sólo la una, y no la otra, debe ser tenida como válida. Se puede considerar tanto a la una, como a la otra (pero no a ambas simultáneamente), como válidas.

Pero cuando la norma constitutiva del valor, que prescribe una determinada conducta, es vista como proveniente de una autoridad sobrehumana, de Dios, o de la naturaleza creada por Dios, aparece con la pretensión de excluir la posibilidad de la validez de una norma que prescriba la conducta contraria. El valor constituido por una norma semejante es designado como absoluto; en contraposición con el valor que es constituido por la norma establecida por un acto volitivo humano. Con respecto a una teoría científica del valor sólo corresponde, con todo, tomar en consideración las normas establecidas por actos de voluntad humanos y los valores constituidos mediante ellos.

Si el valor constituido por una norma objetivamente válida, si el juicio de que algo real —una conducta humana fáctica es “buena” (es decir: valiosa), o “mala” (es decir disvaliosa), expresa que esa conducta corresponde a una norma objetivamente válida (es decir, que debe ser tal como se ha producido), o que contraría a una norma objetivamente válida (es decir: que no debe ser tal como se ha producido), el valor como lo debido se contrapone a lo real como lo entitativo; valor y realidad —así como ser y deber— se escinden en dos esferas distintas.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Alf Ross. *Towards a Realistic Jurisprudence*. Copenhagen, 1946, p. 42 y ss., reprocha al dualismo lógico que yo expongo, dualismo entre ser y deber, realidad y valor, hechos entitativos y normas de deber, que el mismo no es sustentable junto con la tesis de una significación normativa de los hechos, con la de una valoración de la realidad. “Si el sistema normativo tiene algún interés para la ciencia del derecho, seguramente lo será en razón de que, de una manera u otra, puede ser utilizado para interpretar la realidad social, es decir, para establecer la concordancia o desacuerdo de ésta con el sistema normativo...” La norma de deber, no sería, empero, posible, si el ser y el deber constituyeran dos dominios distintos. Este reproche es incorrecto. Que el enunciado que afirma que algo es tiene un sentido enteramente distinto del enunciado que afirma que algo deba, o no deba ser, así como de que algo sea debido, no se sigue que algo sea, o no sea —en esto consiste el dualismo lógico entre ser y deber—; el enunciado no es incompatible, por ello, con que —como anteriormente se destacó (p. 6)— se dé entre ellos una relación. Que algo pueda ser como debe ser; que una realidad pueda ser valiosa, reposa en que el “algo” (esto es, en especial, un comportamiento fáctico), puede equipararse con “algo” que debe ser (en especial), con una conducta establecida en una norma (como debida), con la salvedad de la modalidad, que en un caso es el de la realidad, y en el otro caso, el modo del deber. Para representarse un ente real que corresponde a un deber, para lograr una realidad valiosa, no es necesario suponer que el deber pueda reducirse a un ente específico, o que el valor sea inmanente a la realidad. Ross opina que, si se pretende verificar la existencia, entre el ser y el deber, de una relación de correspondencia o falta de correspondencia (*agreement* o *disagreement*), es necesario “que los dos sistemas sean comparables y, por ende, que tengan algo en común”. Lo que en común tienen es el “algo” que es debido y que, simultánea-

Si se denomina al enunciado que declara que un comportamiento humano corresponde, o no corresponde, a una norma objetivamente válida, será necesario entonces distinguir el juicio de valor de la norma constitutiva del valor. En cuanto juicio enunciativo puede, en cuanto se refiere a la norma de un orden que mantiene validez, ser verdadero o falso. El enunciado de que, conforme a la moral cristiana, es bueno amar a sus amigos y odiar a sus enemigos, es falso, si una norma de la moral cristiana ordena no sólo amar a los amigos, sino también a los enemigos. La proposición de que es conforme a derecho sancionar a un ladrón con la horca, es falsa, cuando conforme al derecho válido sólo debe ser castigado con privación de libertad, pero no con privación de la vida. Una norma, en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino sólo válida o no válida.

La sentencia judicial denominada "juicio", no constituye una proposición enunciativa en el sentido lógico del término, así como tampoco lo es la ley que aplica, sino una norma; una norma individual, por cierto, limitada en su validez a un caso concreto, a diferencia de la norma general denominada "ley".

Corresponde distinguir el valor constituido por una norma considerada objetivamente válida, del valor consistente, no en la relación a una norma semejante, sino en la relación de un objeto al que se orientan el deseo o voluntad de un hombre, o de muchos hombres. Según que el objeto corresponda o contrarie ese deseo o voluntad, tendrá un valor positivo o negativo; será "bueno" o "malo". Si se designa al enunciado en que se establece la relación de un objeto con el deseo o la voluntad, hacia él orientados, de uno o de muchos hombres, como juicio de valor y, por ende, al objeto, cuando corresponde al deseo o voluntad, como bueno, y como malo, cuando contraría al deseo o voluntad, ese juicio de valor no se distingue de un enunciado empírico puesto que formula solamente la relación entre dos hechos reales, y no la relación entre un hecho real y una norma, objetivamente válida, que establece un deber. Se trata sólo de un juicio especial de realidad.

Si la declaración de alguien, de que algo es bueno o malo, sólo constituye la expresión inmediata de que *él* desea esa cosa (o su contraria), tal declaración no constituye ningún "juicio" de valor, puesto que no tiene ninguna función de conocimiento, sino una función de componente emocional de la conciencia; y si la declaración está dirigida hacia la conducta de otro, se trata de la expresión de una aprobación o reprobación emotiva, como las exclamaciones: "¡bravo!", o una interjección que exprese repulsión.

El valor consistente en la relación de un objeto —especialmente una conducta humana—, con un deseo o voluntad hacia él dirigidos, de un hombre o de varios, puede ser denominada valor subjetivo, para distinguirlo del valor consis-

mente, puede existir o puede no existir. Así como en la proposición que enuncia que algo es, corresponde distinguir aquello que es, del ser que de ese algo se predica, también en el enunciado que afirma que algo debe ser, corresponde distinguir el "algo" que es debido, del ser debido que de él se predica. *Cfr. supra*, p. 6.

tente en la relación de una conducta con una norma objetivamente válida, que puede denominarse valor objetivo. Si el enunciado de que una determinada conducta humana es buena sólo dice que la misma es deseada o querida por otro hombre, o por muchos otros hombres; y si el juicio de que una conducta humana es mala sólo dice que la conducta contraria es deseada o querida por otro hombre, o por muchos otros hombres, entonces el valor "bueno" y el desvalor "malo" sólo se da para el hombre, o para los hombres, que desean o quieren esa conducta, o su contraria, pero no para el hombre cuya conducta es deseada o querida, o para los hombres cuyas conductas son deseadas o queridas. Si el juicio de que una determinada conducta humana es buena enuncia que esa conducta corresponde a una norma objetivamente válida, y el juicio que afirma que una determinada conducta humana es mala enuncia que contraría a una norma objetivamente válida, el valor "bueno" y el desvalor "malo" valen para los hombres cuya conducta es así juzgada, y por ello, para todos los hombres cuya conducta está determinada por la norma objetivamente válida como conducta debida, con independencia de que ellos mismos deseen o quieran esa conducta o su opuesta. Su comportamiento tiene un valor positivo o negativo, no porque sea deseado —esa conducta o su contraria— o querido, sino porque corresponde, o contraría, a una norma. El acto de voluntad, cuyo sentido objetivo es la norma, es en esto irrelevante.

El valor en sentido subjetivo, esto es: el valor consistente en la relación de un objeto con el deseo o la voluntad de un hombre, se distingue del valor en sentido objetivo —es decir, del valor consistente en la relación de una conducta con una norma objetivamente válida—, también en cuanto al primero puede tener diversos grados, dado que el deseo o la voluntad del hombre es capaz de distintos grados de intensidad; mientras que una gradación del valor en sentido objetivo no es posible, dado que una conducta puede corresponder, o no corresponder, a una norma objetivamente válida, puede solamente contradecirla o no contradecirla, pero no puede corresponderle en más o en menos, contradecirla en más o en menos.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Cuando una norma prescribe una conducta que, en la realidad, es posible que aparezca en diversas medidas, pareciera que la misma pudiera corresponder a la norma en diversos grados, o sea, en más o menos. Pero se trata de un error. Cuando una norma prescribe que el homicidio debe ser sancionado con veinte años de prisión, y un tribunal castiga al homicidio con prisión perpetua, mientras que otro impone diez años de prisión, no puede decirse que una sentencia no corresponda por "exceso", y la otra por "defecto" a la norma, sino que ambas sentencias no corresponden a la norma aplicable; sólo la sentencia que sancione al homicidio con veinte años de prisión corresponde a esa norma. Y tampoco frente a una norma que sólo prescribe que el homicidio deberá ser sancionado con privación de libertad, sin establecer la duración de la prisión, puede decirse que la sentencia que castiga al homicidio con prisión perpetua, excede en más a la norma aplicable, mientras que la sentencia que castigue el homicidio con veinte o diez años de prisión incurra en defecto con respecto de esa norma, sino que las tres sentencias corresponden a esa norma plenamente y en igual grado, puesto que la norma delega la determinación de la duración de la pena de prisión al tribunal. El más o menos no se refiere a la correspon-

Si se denomina a los juicios de valor que enuncian un valor objetivo, juicios de valor objetivos, y a los juicios de valor que enuncian un valor subjetivo, juicios de valor subjetivos, debe prestarse atención a que los predicados "objetivos" y "subjetivos" se refieren a los valores enunciados, y no al juicio como función del conocimiento. En cuanto función cognoscitiva siempre tiene el juicio que ser objetivo; es decir, debe producirse sin consideración del desear y querer de quien enjuicie. Ello es ciertamente posible. Se puede establecer la relación de una determinada conducta humana con un orden normativo; es decir: enunciar que esa conducta corresponde, o no, al orden, sin adoptar uno mismo una actitud emotiva frente a ese orden normativo, sea aprobándolo o desaprobándolo. La respuesta a la pregunta de si, conforme a la moral cristiana, es bueno amar a los enemigos. y, en consecuencia, el juicio de valor involucrado, puede y tiene que lograrse sin considerar si quien tiene que dar respuestas a la pregunta, y, por lo tanto, postular el juicio de valor, aprueba o desaprueba el amor al enemigo. La respuesta a la pregunta de si, conforme al derecho tenido por válido, un homicida debe ser sancionado en la horca, y, por ende, de si en ese derecho, la pena capital para el caso de homicidio es valiosa, puede y tiene que darse sin tomar en consideración si aquel que debe responder aprueba o desaprueba la pena de muerte. Entonces, y sólo entonces, este juicio de valor es objetivo.

Cuando un juicio declara sobre la relación de un objeto, en especial, conducta humana, con respecto del deseo o voluntad hacia él dirigidos, de un hombre, o de muchos hombres; es decir: cuando expresa un valor subjetivo, ese juicio de valor es objetivo en la medida en que quien lo formula no toma en consideración si él mismo desea o quiere el objeto, o su opuesto, si aprueba o desaprueba la conducta, sino sólo establece el hecho de que un hombre, o también, muchos hombres, desean o quieren un objeto, o su opuesto y, en especial, aprueban o desaprueban una determinada conducta.

En contra de la distinción aquí efectuada entre juicios de valor, que enuncian, unos, un valor objetivo, en cuanto establece la relación de una conducta humana con respecto de una norma considerada como objetivamente válida, y que,

dencia, sino a la pena, que puede tener distintos grados, teniendo la norma aplicable un contenido tal que sanciones de diferente duración le corresponden en igual grado. Si una norma prescribe que un préstamo debe ser restituido, y un deudor, que ha recibido un préstamo de 1 000 sólo devuelve 900, no se trata de que su acción corresponde "menos" a la norma que si devolviera 100, sino que su acción no corresponde a la norma que debe acatarse; no cumple con su obligación de devolver el préstamo recibido. Lo que es "menos" no es la correspondencia, sino la suma de dinero; ha pagado menos de lo que debía devolver. Y si el deudor paga 1 000, su acción no corresponde "más" a la norma aplicable, que si devolviera 900; sino que sólo cuando devuelve 1 000, y sólo 1 000, actúa conforme a esa norma, cumple con su obligación. También cuando el deudor por error, o por cualquier otra razón, devuelve 1 100, no acata "más" la norma aplicable, que si sólo devolviera 1 000. Puesto que con los 100 que paga de más, actúa fuera del dominio de validez de la norma aplicable. Lo que es "más" no es la correspondencia sino la suma abonada. Referir el más o el menos a la correspondencia con la norma, es un error lógico.

por ello, son esencialmente diferentes de los juicios de realidad; y juicios de valor que expresan un valor subjetivo, en la medida en que establecen la relación de un objeto y, en especial, de una conducta humana, con el hecho de que un hombre, o también muchos hombres, desean o quieren ese objeto o su contrario, y, en especial, aprueban o desaprueban una determinada conducta humana, siendo por lo tanto juicios de realidad específicos, se sostiene que también los juicios de valor mencionados primeramente son juicios de realidad. Puesto que la norma que constituye el fundamento del juicio de valor es puesta por un acto imperativo humano, o es producida por la costumbre —por ende, mediante hechos de la realidad empírica— la relación de un hecho —en especial de una conducta fáctica— con una norma, expondría así también sólo la relación entre hechos de la realidad empírica. Pero este contrargumento pasa por alto que el hecho del acto imperativo, o el hecho de la costumbre, y la norma producida por esos hechos, son dos cosas distintas: un hecho y un contenido significativo; y, por lo tanto, que la relación de una conducta fáctica con una norma y la relación de esa conducta con los hechos empíricos, cuyo sentido la norma constituye, son dos relaciones diferentes. Es ciertamente posible enunciar la relación de una conducta con la norma que establece esa conducta debida, sin tomar en consideración al hacerlo el hecho del acto imperativo, o el hecho de la costumbre a través de los cuales la norma se produjo. Así sucede evidentemente cuando se trata de normas cuya promulgación se ha producido mucho tiempo antes, normas producidas por acciones de hombres que han muerto hace tiempo y que han sido olvidados; y, en especial, cuando se trata de normas producidas por la costumbre de generaciones pasadas, de suerte que esas normas sólo son conocidas por los hombres, cuyas conductas regulan, como contenidos significativos. Cuando se juzga una determinada conducta como moralmente buena, o mala —por corresponder o contrariar una norma moral considerada válida—, por lo común no se tiene conciencia de la costumbre a través de la cual se produjo la norma moral que constituye el fundamento del juicio. Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y que la norma fundante que constituye el último fundamento de la validez de esas normas, de manera alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico.<sup>16</sup>

Como “valor” también se designa a la relación que un objeto, y, en particular, una conducta humana, tiene con un fin. Adecuación al fin sería el valor positivo, y falta de conformidad con el fin, el valor negativo. Por “fin” cabe entender un fin objetivo, o uno subjetivo. Fin objetivo es aquel que *debe* realizarse, esto es: aquel estatuido por una norma considerada válida. Es un fin que una

<sup>16</sup> Con respecto de la distinción entre “poner” y “suponer” una norma, *cfr. infra*, pp. 46 y ss; pp. 197 y ss.

autoridad sobrenatural, o sobrehumana, ha puesto a la naturaleza en general, o al hombre en particular. Fin subjetivo es aquel que un hombre se pone a sí mismo, deseando realizarlo. El valor que se encuentra en una correspondencia teleológica es, por lo tanto, idéntico con el valor que aparece en la correspondencia normativa, o con el valor que aparece en la relación de correspondencia con un deseo.

Si se hace abstracción de que lo que representa al fin, el *telos*, es objetivamente debido, o subjetivamente deseado, la relación del medio al fin aparece como relación de causa a efecto. Que algo sea adecuado al fin significa que es cosa apropiada para realizar el fin, es decir, que como causa puede producir, como efecto, lo representado como fin. El enunciado de que algo es adecuado a un fin puede constituir, según sea el carácter subjetivo u objetivo del fin, un juicio de valor objetivo o subjetivo. Sólo que semejante juicio de valor es posible únicamente fundándose en el conocimiento de la relación causal que aparece entre los hechos considerados medio y fin. Sólo cuando se ha reconocido que, entre A y B se da la relación de causa a efecto, que A es causa del efecto B, puede alcanzarse el juicio de valor (subjetivo u objetivo): si B, en cuanto fin, es deseado, o es debido según una norma, A será adecuado al fin. El juicio referente a la relación entre A y B es un juicio de valor —subjetivo u objetivo— sólo en cuanto B sea presupuesto como un fin, subjetivo u objetivo —es decir, como un fin deseado, o como debido según una norma.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> A veces se expone la relación de medio a fin como un “deber”. Henry Sidgwick. *The Methods of Ethics*, 6ª edición. Londres, 1901, p. 37 afirma que “la noción de deber —ought— permanece en el ‘imperativo hipotético’ que prescribe el medio más adecuado para cualquier fin que hayamos resuelto lograr. Cuando, por ejemplo, un médico dice: ‘Si desea ser sano, debe levantarse temprano’, no se trata de la misma cosa que afirma ‘el levantarse temprano es la condición indispensable para lograr la salud’. Esta última proposición expresa a la relación entre los hechos fisiológicos en que la primera se funda; pero la palabra ‘deber’ no alude únicamente a esta relación entre hechos; también implica la irrazonabilidad de adoptar cierto fin y negarse a adoptar los medios indispensables para alcanzarlo”. La palabra *ought*, en la oración transcrita por Sidgwick como ejemplo, no puede querer decir “deber” (*Sollen*) en el mismo sentido en que una norma moral prescribe una determinada conducta como debida. El término inglés *ought* también es empleado en el sentido del *müssen* alemán (tener necesariamente que...). En alemán se dice, más correctamente: quien quiere el fin, tiene que querer el medio. Este “tener que...” (*müssen*) expresa la necesidad causal que aparece en la relación entre el medio, como causa, y el fin, como efecto. La tesis de Sidgwick de que la proposición: “si quieres ser sano, ‘debes’ (más correctamente: ‘tienes’ que) levantarte temprano”, significa otra cosa que la oración: “levantarse temprano es condición indispensable de la salud”, no es correcta. El verbo auxiliar *ought*, en la primera oración no expresa también la irrazonabilidad del comportamiento de quien, queriendo ser sano se niega a despertarse temprano, y, por ende, tampoco la razonabilidad de quien, queriendo ser sano, también quiere levantarse temprano. Tal sería solamente el caso si cuando se quiere algo como fin, se siguiera lógicamente que también se quiere el medio adecuado. Pero tal cosa sería una falacia. De que se quiera un fin no se sigue ni que se quiera también el medio adecuado, ni que se deba querer el medio en cuestión. La norma según la cual debe querer el medio, no puede derivar de la circunstancia fáctica de que el fin es querido, sino únicamente podría derivarse de la norma que impone que el fin debe ser querido. Sidgwick identifica lo que debe ser moralmente,

## 5. *El sistema social*

a) *Sistemas sociales que estatuyen sanciones.* El comportamiento de un hombre puede encontrarse —aunque no es necesario que así suceda— en relación con otro hombre, o con varios; es decir, un hombre puede actuar de determinada manera frente a otro hombre. Un hombre puede también, por cierto, comportarse de determinada manera frente a otros objetos que no son hombres: animales, plantas y objetos inanimados. La relación en que el comportamiento de un hombre, frente a otro o varios hombres, se encuentra, puede ser una relación inmediata, o sólo una relación mediata. El homicidio es una acción del homicida frente al muerto. Se trata de una relación inmediata de hombre a hombre. Quien destruye un objeto valioso, actúa en forma inmediata con respecto de una cosa, pero mediatamente con respecto de un hombre, o de varios, que se interesan en la cosa, y, particularmente, con aquellos que son sus propietarios. Un orden normativo que regula el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres, constituye un sistema social. La moral y el derecho son unos de esos sistemas sociales. La lógica tiene como objeto un orden normativo, pero carece de carácter social. Puesto que los actos intelectuales de los hombres, regidos por las normas de ese orden lógico, no se refieren a otros hombres; no se piensa “en relación” a otro hombre, al modo como se actúa en relación con otro hombre. La conducta que un hombre exhibe frente a otro, o varios otros hombres, puede ser, para este segundo, u otros hombres, perjudicial o útil. Considerada desde un punto de vista psicológico-sociológico, ésa es la función de todo sistema social: obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden; provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas perjudiciales —por cualquier razón— socialmente, es decir, para los otros hombres, y en cambio realice ciertas conductas consideradas como socialmente útiles. Esta función de motivación la cumplen las representaciones de las normas que ordenan, o prohíben, determinadas conductas humanas.

Según sea el tipo y manera en que las conductas humanas sean exigidas o prohibidas, cabe distinguir diversos tipos —se trata de tipos ideales, no de tipos empíricos. El sistema social puede requerir un determinado comportamiento humano sin enlazar al cumplimiento o incumplimiento de la orden consecuencia alguna. Pero también puede exigir determinada conducta humana y simultáneamente ligar a ese comportamiento la concesión de una ventaja, de un premio; o, a la conducta contraria, una desventaja, una pena (en el sentido más

con el ser razonable; supone que actuar en forma moralmente buena es razonable, y que lo moralmente malo es sinónimo de actuar irrazonablemente. Habla de “acciones que consideramos correctas y de lo que debe hacerse como lo ‘razonable’”, y afirma que la conducta mala es esencialmente irracional”. Esta identificación es la consecuencia del concepto por él aceptado de una razón práctica, razón que prescribe cómo debemos actuar.

amplio del término). El principio según el cual determinado comportamiento humano tiene una respuesta consistente en una recompensa o una sanción, es el principio de la retribución. Premio y pena pueden comprenderse conjuntamente bajo el concepto de sanción. Pero corrientemente se designa sólo a la pena, es decir, el mal ocasionado como consecuencia de determinada conducta —a la privación de ciertos bienes como la vida, la libertad, el honor, valores económicos— y no a las recompensas, como sanción.

Por fin un sistema social —y tal es el caso en un orden jurídico— puede exigir una determinada conducta justamente en cuanto enlaza al comportamiento opuesto un perjuicio, a saber: la privación de los bienes arriba mencionados, esto es, una pena en el sentido más amplio de la palabra; de suerte que, para ese sistema social, una determinada conducta sólo puede ser considerada como requerida, y, en el caso de un orden jurídico, ello quiere decir, como jurídicamente ordenada, sólo en la medida en que el comportamiento opuesto es condición de una sanción (en sentido estricto). Cuando un sistema social, como el orden jurídico, obliga a una conducta en cuanto estatuye para el caso de la conducta opuesta una sanción, cabe describir la situación mediante una proposición que enuncia que, en caso de una determinada conducta, debe producirse una determinada sanción. Con ello ya queda dicho que la conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida, y su contraria es obligatoria. El ser debido de la sanción implica en sí mismo el estar prohibida la conducta que es su condición específica y el ser obligatoria la conducta opuesta. Corresponde prestar atención, en ello, que al mencionar que sea “obligatoria” o el estar “prohibida” determinada conducta, no se alude a esa conducta como deónticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, es decir, de la sanción. La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción. Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto de esa conducta es condición de que la sanción sea debida. El cumplimiento de la sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, sólo puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito, la última sanción en esta secuencia sólo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.

De ahí resulta que, dentro de semejante orden normativo, una y la misma conducta puede ser, en este sentido, “obligatoria” y simultáneamente “prohibida”, y que esta situación puede ser descrita sin contradicción lógica. Los dos enunciados: “A es debido” y “A no es debido” se excluyen recíprocamente; de las dos normas que mediante ellos son enunciadas, sólo una puede ser válida. Ambas no pueden al mismo tiempo ser acatadas o aplicadas. Pero los dos enunciados siguientes: “si A se produce, entonces X es debido”, y “si se produce

(*Op. cit.*, p. 23 y ss.) Sobre la insostenibilidad del concepto de una razón práctica, *cf.* del autor, *Das Problem der Gerechtigkeit*, § 39 y ss.

no A, entonces, X es debido”, no se excluyen recíprocamente, y, por ende, las dos normas que mediante ellos se formulan pueden tener validez al mismo tiempo. Bajo cierto orden jurídico puede darse una situación —y efectivamente aparecen situaciones semejantes como lo veremos— en que tanto una determinada conducta humana, como simultáneamente la conducta contraria, tienen como consecuencia una sanción. Ambas normas —las dos normas que establecen el deber de sancionar— pueden tener validez paralelamente y ser de hecho aplicadas, puesto que no se contradicen, es decir, puesto que pueden ser formuladas sin contradicción lógica. Sólo que en esas dos normas se expresan dos tendencias políticas entre sí contrapuestas; no, por cierto, una contradicción lógica, pero sí un conflicto teleológico. Esta situación es posible, aunque sea políticamente insatisfactoria. De ahí que los órdenes jurídicos, por lo común, contengan disposiciones mediante las cuales una de las normas es nula, o puede ser anulada.

En cuanto el mal que funciona como sanción —la pena en el sentido más amplio de la palabra— deba infligirse contra la voluntad del así afectado, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física, tiene la sanción el carácter de un acto coactivo. El orden normativo que estatuye actos de coacción como sanción, es decir, como reacción contra determinada conducta humana, es un orden coactivo. Sólo que actos coactivos pueden ser estatuidos —y esto, como veremos, sucede en el orden jurídico— no sólo como sanción, es decir, como reacción contra determinada conducta humana, sino también como reacción contra hechos socialmente indeseables, que no configuran una conducta humana determinada y que, por lo tanto, no pueden ser considerados como prohibidos.

Desde un punto de vista psicológico-sociológico, se dispone de premios o penas para hacer del deseo de gratificación, y del miedo al castigo, el motivo de la conducta socialmente deseada. Pero esa conducta puede, en realidad, ser provocada por otro motivo distinto del deseo por el premio estatuido por el orden, o del miedo por la pena estatuida por el orden; conforme a su sentido inmanente, el orden puede estatuir sus sanciones sin tener en consideración los motivos que, fácticamente, en cada caso lleven a las conductas que condicionan. El sentido del ordenamiento queda formulado en el enunciado de que, de ser el caso que se produzca una determinada conducta —sea cuales fueran los motivos que fácticamente la susciten—, debe producirse una sanción (en el sentido amplio de premio o pena). Más, un ordenamiento puede otorgar un premio a una conducta, sólo cuando la misma no está motivada por el deseo de obtener el premio; así, por ejemplo, cuando un orden moral honra a aquel que hace el bien por el bien mismo, y no por el honor. Dado que en lo que antecede también se ha hablado de la “eficacia” de un orden, corresponde destacar aquí, que, en el sentido propio de la palabra, un orden que estatuye premios o penas sólo es “eficaz” cuando la conducta condicionante de la sanción (en el

sentido amplio de premio o pena), es producida causalmente por el deseo del premio, y su contraria, por el temor a la pena. Pero se habla también de un orden "eficaz" cuando el comportamiento humano corresponde, a grandes trazos y en términos generales, a ese orden, sin atender cuáles hayan sido los motivos que fueron su causa. El concepto de eficacia tiene aquí un significado normativo y no causal.

b) *¿Existen sistemas sociales sin sanciones?* En la más tajante oposición a un sistema social que estatuye sanciones (en sentido amplio), se encontraría aquel que exige una determinada conducta, sin ligar a ella una recompensa, o a su contraria, una pena; un sistema social en que no se aplicara el principio de retribución. La moral, por lo común, es considerada como un sistema social semejante y distinguida del derecho, justamente, en cuanto éste constituye un sistema que estatuye sanciones. Jesús tiende claramente a un orden moral sin sanciones en el Sermón de la Montaña, en el que rechaza enérgicamente el principio retributivo del Viejo Testamento: mal por mal, bien por bien. "He oído que ha sido dicho: ojo por ojo, diente por diente. Yo en cambio os digo, que no debéis luchar contra el mal" (es decir, que no se debe enfrentar el mal con el mal). "Habéis oído que ha sido dicho que debes amar a tu prójimo (es decir, a aquel que te ama) y odiar a tu enemigo (es decir, a aquel que te odia). Pero yo os digo: amad a vuestros enemigos . . ." (es decir, no retribuyáis el mal con el mal, haced el bien a aquellos que os hacen el mal). "Ya que si amarais a los que os aman (es decir, si sólo se respondiera al bien con el bien), ¿cuál sería vuestro premio? ¿No hace lo mismo el publicano?"<sup>18</sup> Evidentemente Jesús apunta aquí al premio celestial. De modo que tampoco en este elevadísimo sistema moral queda por entero suprimido el principio de retribución, puesto que puede aspirar a un premio celestial, no terrenal, aquel que renuncia a aplicar el principio en la tierra, que no retribuye el mal con el mal y no sólo compensa el bien con el bien. Y también en este sistema hay penas en el más allá, poniendo de lado las penas terrenales. Se trata, pues, de un sistema que estatuye sanciones trascendentes, y, en este sentido, de un sistema religioso, y no un orden moral sin sanciones.

Para apreciar la posibilidad de un sistema moral sin sanciones debe advertirse que cuando el sistema moral exige determinada conducta, exige simultáneamente que la conducta exigida a un sujeto sea aprobada por los otros, y la conducta contraria, en cambio, sea desaprobada. Quien desprecia la conducta exigida, o aprueba la conducta contraria, se conduce inmoralmente y es él mismo moralmente desaprobado. También la aprobación y desaprobación por parte de los restantes miembros de la comunidad son percibidas como premio y pena, y pueden, por ende, ser entendidas como sanciones. A veces son sanciones más eficaces que otras formas de premios y penas, puesto que satisfacen o lasti-

<sup>18</sup> Mateo v, 38 ss.

man el instintivo sentido de dignidad del hombre, que constituye uno de los componentes más importantes del instinto de conservación. Debe tenerse en cuenta, en ella, que la norma moral que ordena una determinada conducta, y la norma moral que prescribe desaprobación la conducta que la contrarie, se encuentran en una relación esencial, constituyendo una unidad en su validez. Es, por eso, dudoso que, en general, sea posible establecer una distinción entre sistemas sociales con sanciones y sin sanciones. La distinción únicamente relevante entre los sistemas sociales no radica en que unos estatuyan sanciones y los otros no, sino en los diversos tipos de sanciones.

c) *Sanciones trascendentes y sanciones socialmente inmanentes.* Las sanciones estatuidas por un sistema social tienen o bien el carácter de trascendentes, o bien el carácter de socialmente inmanentes. Son sanciones trascendentes aquellas que, según las creencias de los hombres sujetos a ese orden, provienen de una instancia sobrehumana. Creencia tal constituye un elemento específico de la mentalidad primitiva. El primitivo entiende los acontecimientos naturales, que lo afectan inmediatamente en sus intereses, según el principio de retribución: los sucesos que le son favorables constituyen premio por haber observado el orden social existente, y los sucesos nefastos, castigo por la falta de observancia del mismo.<sup>19</sup> Son —prístinamente, por cierto— las almas de los muertos las que, según las representaciones religiosas de los hombres primitivos, premian el buen comportamiento social con éxito en la caza, buenas cosechas, el triunfo en la lucha, la salud, la fecundidad, la vida prolongada; y castigan el comportamiento socialmente malo, con lo opuesto, en especial, con la enfermedad y la muerte. La interpretación social de la naturaleza la hace aparecer como un sistema social normativo que estatuye sanciones. Ese sistema tiene un carácter enteramente religioso. Pero aun todavía en la etapa de religiones altamente desarrolladas, en la judeo-cristiana, la interpretación normativa de la naturaleza desempeña un papel no desdeñable. Aun el hombre civilizado de hoy se pregunta, instintivamente, al ser golpeado por una desgracia: ¿Qué he hecho que merezca este castigo?, y se inclina a ver en su felicidad el premio por el consciente cumplimiento de los mandamientos divinos. Las religiones altamente desarrolladas se distinguen, en este respecto, de las primitivas, sólo en cuanto a que las sanciones que se realizan en la tierra agregan otras sanciones que son infligidas en el más allá por Dios, y no por las almas de los muertos. Estas sanciones son trascendentes, no sólo en el sentido de que provienen de una instancia sobrehumana, e inclusive, suprasocial, sino también en el sentido de que se producen fuera de la sociedad; más, fuera de este mundo inferior y en una esfera trascendente.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Cfr. *infra*, pp. 86 y ss.

<sup>20</sup> El sistema social religioso que establecen los Diez Mandamientos del Viejo Testamento (*Exodo* xx, 1-11), es promulgado directamente por una autoridad trascendente, Jehovah. Las palabras de las normas que integran este ordenamiento son expuestas como pronuncia-

Enteramente diferentes de las sanciones trascendentes son aquellas que no sólo se producen en la tierra, en el seno de la sociedad, sino que también son ejecutadas por hombres, por los miembros de la sociedad, pudiendo entonces ser designadas como sanciones socialmente inmanentes. Pueden consistir en la mera aprobación o desaprobación, exteriorizadas de cualquier manera, de los restantes miembros de la comunidad, o en acciones específicas que el orden determina más de cerca, cumplidas por ciertos individuos, determinados por el sistema social, a través de una situación regulada por ese orden. Cabe hablar entonces de sanciones socialmente organizadas. La sanción más antigua de esta especie es la venganza de la sangre empleada en la sociedad primitiva. Esta sanción, con la cual el sistema social primitivo reacciona contra el homicidio, que uno de los miembros del grupo constituido por una comunidad de sangre —de la familia nuclear o extendida—, efectuara sobre el miembro de otro grupo —en forma natural o mágica—, es aplicada por los miembros del segundo grupo sobre los miembros del primero. El homicidio dentro del grupo seguramente sólo debería haber sido sancionado mediante la sanción trascendente derivada de la venganza que brota del alma del muerto. Pero como las almas de los muertos sólo tienen poder dentro de sus propios grupos, la muerte ocasionada por el miembro de otro grupo sólo puede ser vengada por la acción de un pariente de la víctima. Mas la falta de cumplimiento del deber de venganza se encuentra sujeta a la sanción trascendente consistente en la venganza por parte del alma del muerto. Corresponde advertir en ello que ésta, la más arcaica sanción socialmente organizada, tiene originariamente carácter intergrupual. Sólo se convierte en una sanción endogrupual cuando el sistema social abarca varios grupos relacionados por comunidad de sangre, es decir, cuando la comunidad excede los límites de los grupos familiares.

Desde un punto de vista sociológico, el desarrollo religioso se caracteriza por tres etapas: centralización de la instancia sobrehumana, incremento de su poder y, simultáneamente, incremento de la distancia entre ella y el hombre. A partir de múltiples almas de muertos, aparecen unos pocos dioses, y, por fin, un dios único, todopoderoso, relegado a un más allá. La medida en que el pensamiento social de la retribución domina este desarrollo, se demuestra en especial cuando, a la creencia de los hombres se agrega a este mundo, uno en el más allá, y este último, que corresponde al principio del premio y el castigo, se escinde en un cielo para los buenos y un infierno para los malos.

Es un hecho digno de nota que de las dos sanciones correspondientes a la idea de retribución, el premio y el castigo, la segunda desempeñe en la realidad

das por dios mismo: "Y Dios dijo todas estas palabras..." Pero el acto legislativo se produce aquí, puesto que Jehovah desciende con ese fin a la cumbre del monte Sinaí. Este sistema social estatuye sanciones, tanto castigos como premios. Dice Jehovah: "Yo soy un Dios celoso, que indaga por las maldades de los padres en los hijos, hasta la tercera y cuarta generación, entre los que me odian; pero soy misericordioso con los muchos miles que me aman y que guardan mis mandamientos. No debes abusar del nombre del señor, tu Dios;

social un papel mucho mayor que la primera. Ello se advierte no sólo en que el derecho, de lejos el más importante sistema social, recurre esencialmente a esta sanción, sino con especial claridad allí donde el sistema social preserva aún un puro carácter religioso, es decir, cuando es garantizado mediante sanciones trascendentes. El comportamiento conforme al orden social de los primitivos, particularmente, la observancia de múltiples prohibiciones, los denominados "tabús", está determinada en primera línea por el temor ante los graves males con que responde la instancia sobrehumana —las almas de los muertos— a las violaciones del sistema tradicional. La esperanza en un premio sólo tiene, en relación con el temor dominante en la vida de los primitivos, un significado subordinado. Y también en las creencias religiosas de los civilizados, según las cuales la retribución divina no es cumplida en la tierra, o no sólo en la tierra, sino que es relegada a un más allá, aparece en primer término el temor ante un castigo esperado después de la muerte. La representación del infierno, como lugar de castigo, es mucho más vivaz que la imagen, generalmente vaga que uno se hace de una vida en el cielo, vida que constituiría el premio a la piedad. Inclusive cuando no se pone coto a una fantasía lanzada a satisfacer los deseos, se produce sólo un orden trascendente que no es esencialmente diferente de la sociedad empírica.

## 6. *El orden jurídico*

a) *El derecho: orden de la conducta humana.* Una teoría del derecho tiene, ante todo, que determinar conceptualmente su objeto. Para alcanzar una definición del derecho, se recomienda, por de pronto, partir del uso lingüístico; es decir, establecer el significado que la palabra *Recht* tiene en alemán, así como sus equivalentes en otros lenguajes (*law, droit, diritto*, etcétera). Corresponde establecer si los fenómenos sociales designados con esa palabra exhiben notas comunes, mediante las cuales puedan ser distinguidos de otros fenómenos análogos a ellos, y si esas notas son suficientemente significativas como para servir de elementos de un concepto del conocimiento científico de la sociedad. El resultado de esta investigación podría ser, en definitiva, comprobar que la palabra *Recht* y sus equivalentes en otros lenguajes, designan objetos tan diferentes, que no es posible abarcarlos bajo un concepto común. Tal cosa, con todo, no sucede con el uso de esta palabra y sus equivalentes. Puesto que si comparamos entre sí los objetos que, en los más variados pueblos, y en los más distintos tiempos, fueron designados como "derecho", resulta por de pronto que todos aparecen como ordenamientos de la conducta humana. Un "orden" es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es —como veremos— una norma fundante de la cual deriva la validez puesto que el Señor no dejará de castigar a quien abuse de su nombre. Debes honrar a tu padre y madre, para que vivas mucho tiempo en la tierra que el Señor, tu Dios te ha dado."

de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden.

Las normas de un orden jurídico regulan conducta humana. Pareciera, por cierto, que esto sólo correspondiera a los sistemas sociales de los pueblos civilizados, puesto que en sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, las plantas, inclusive de cosas inanimadas es regulado en idéntica manera por el orden jurídico que el de los hombres. Así, leemos en la Biblia<sup>21</sup> que un buey que ha matado a un hombre, debe ser muerto. En la Antigüedad existía en Atenas un tribunal especial ante el cual se procesaba una piedra o una espada, o cualquier objeto que hubiera provocado la muerte de un hombre, hay que suponer que sin intención.<sup>22</sup> Y todavía en la Edad Media era posible querellar a un animal, por ejemplo, a un toro, que hubiera producido la muerte de un ser humano, o a la langosta que hubiera destruido la cosecha. El animal querrellado era juzgado ateniéndose a las formas de derecho, y colgado, en un todo igual a un delincuente humano.<sup>23</sup> Si las sanciones previstas por el orden jurídico no se dirigen sólo contra seres humanos, sino también contra animales, ello significa que jurídicamente no sólo es exigible una conducta por parte de los hombres, sino también por parte de los animales; ello quiere decir, si corresponde ver en lo que es jurídicamente ordenado el contenido de una obligación jurídica,<sup>24</sup> que debe considerarse obligados jurídicamente a una determinada conducta no sólo a los hombres, sino también a los animales. Este contenido normativo, absurdo para nuestras concepciones actuales, debe retrotraerse a una representación animista, según la cual, no sólo los hombres sino también los animales y los objetos inanimados tienen un "alma", y, por ende, no existe ninguna diferencia esencial entre ellos y los seres humanos. En consecuencia, las normas que estatuyen sanciones, y luego, obligaciones jurídicas, pueden aplicarse tanto a los hombres como a animales y cosas. Que los órdenes jurídicos modernos sólo regulen la conducta de los hombres, y no la de los animales, las plantas o la de objetos inanimados, en cuanto dirigen sanciones sólo contra aquéllos, pero no contra éstos, no excluye que esos órdenes jurídicos prescriban una determinada conducta humana no sólo en relación con seres

<sup>21</sup> *Exodo*, xxi, 2855. El paso reza: "Si un buey atropella a un hombre o una mujer, y mueren, deberá lapidarse al buey; su carne no será comida; así el dueño del buey no tendrá culpa. Pero si el buey hubiera atropellado antes, y su dueño hubiera sido advertido, y no hubiera cuidado del animal, y éste matara luego a un hombre o una mujer, se deberá lapidar al buey y su dueño deberá morir." El paso está en relación con disposiciones penales por muertes y lesiones, pocas líneas después de las palabras: "Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie", la fórmula bíblica del principio de retribución.

<sup>22</sup> *Cfr.* Demóstenes. *Oración contra Aristócrates*, 76; Platón. *Leyes*, 873; y Aristóteles. *Constitución de Atenas*, cap. 57.

<sup>23</sup> *Cfr.* Karl von Amira. *Tierstrafen und Tierprozesse*. Innsbruck, 1891.

<sup>24</sup> Sobre el concepto de obligación jurídica, *cfr. infra*, pp. 120 y ss.

humanos, sino también en relación con animales, plantas y objetos inanimados. Así, el dar muerte a ciertos animales, en general o en ciertas épocas, los perjuicios a ciertas especies animales, o los daños a edificios históricamente valiosos, pueden estar penalmente prohibidos. Pero esas normas jurídicas no regulan el comportamiento de los animales, plantas u objetos inanimados así protegidos, sino el comportamiento de los hombres contra los cuales se dirige la amenaza de castigo.

Ese comportamiento puede consistir en una acción positiva, o en una omisión negativa. Pero, en la medida en que el orden jurídico es un sistema social, sólo regula positivamente<sup>25</sup> la conducta de un hombre en tanto y en cuanto se refiere, inmediata o mediatamente, a otro hombre. Se trata de la conducta de un hombre frente a otro hombre, a varios hombres o a todos los demás hombres; es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esa regulación. La relación de la conducta de un hombre, hacia este o aquel otro hombre, puede ser individual, como en el caso de la norma que obliga a todo hombre a abstenerse de matar al otro; o la norma que obliga al deudor a pagar una determinada suma de dinero al acreedor; o la norma que obliga a todos a respetar la propiedad ajena. La relación puede tener también carácter colectivo. La conducta regulada por la norma que obliga a cumplir el servicio militar, no es la conducta de un individuo frente a determinado otro individuo, como en el caso de la norma que prohíbe el homicidio, sino una conducta frente a la comunidad jurídica, es decir: frente a todos los hombres sujetos al orden jurídico, pertenecientes a la comunidad de derecho. Lo mismo sucede cuando se sanciona penalmente la tentativa de suicidio. Y, en este sentido, las normas arriba mencionadas, destinadas a proteger animales, plantas y objetos inanimados, pueden ser entendidas como normas sociales. La autoridad jurídica exige una determinada conducta humana sólo porque —con razón o sin ella— la considera valiosa para la comunidad jurídica de los hombres. Esta relación a la comunidad jurídica es, a la postre, decisiva también para la regulación jurídica del comportamiento humano que se encuentra en la relación individual con respecto de otro determinado hombre. Mas, no es solamente, quizás, el interés del acreedor concreto, lo protegido por la norma jurídica que obliga al deudor; es más bien el interés asumido por la autoridad jurídica de la comunidad jurídica en el mantenimiento de un determinado sistema económico.

b) *El derecho: un orden coactivo.* Otra nota común de los sistemas sociales designados como “derecho”, es que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo (esto es: con un mal), como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y otros, ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, en especial ante conducta humana de ese tipo; un mal que debe infligirse aun

<sup>25</sup> Cfr. *supra*, pp. 15 y ss.

contra la voluntad del que lo padece, inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente. Que el acto coactivo que funciona como sanción inflige un mal al que lo padece, debe entenderse en el sentido de que ese acto normalmente es percibido por el paciente como un mal. Pero puede suceder excepcionalmente que tal cosa no suceda; así, por ejemplo, cuando quien ha cometido un delito y desea, por remordimientos, sufrir el castigo estatuido por el orden jurídico, lo siente entonces como bueno; o cuando alguien comete un delito para sufrir la pena de prisión prevista para el mismo, porque así se asegura techo y comida. Pero se trata, como se señaló, de excepciones. Puede aceptarse que el acto de coacción que funciona como sanción, normalmente será sentido por el que lo sufre como un mal. En ese sentido, los sistemas sociales designados como "derecho" son órdenes coactivos de la conducta humana. Ordenan una determinada conducta humana, en cuanto enlazan a la conducta contrapuesta un acto coactivo, dirigido contra el hombre que así actúa (o contra sus parientes). Esto es: faculta a determinado individuo para dirigir contra otro individuo un acto coactivo como sanción. Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, socialmente inmanentes y, a diferencia de las que consisten en la mera aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas. Un orden jurídico puede reaccionar con los actos coactivos que estatuye, no sólo ante determinada conducta humana, sino, como mostraremos más de cerca, también ante otros hechos socialmente dañinos. En otras palabras: mientras que el acto coactivo normado por el orden jurídico siempre es el comportamiento de un hombre determinado, la condición a la cual se le enlaza no tiene que ser necesariamente una conducta determinada de un hombre, sino que puede consistir en otra circunstancia de hecho, considerada, por alguna razón, como socialmente perjudicial. El acto coactivo normado por el orden jurídico puede ser referido —como veremos más adelante— a la unidad del orden jurídico, atribuido a la comunidad jurídica constituida por el orden jurídico, como reacción de esa comunidad ante una circunstancia de hecho considerada como socialmente dañina; y cuando esa circunstancia consiste en determinada conducta humana, puede ser interpretada como una sanción. Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica. No significa que, en todos los casos, su ejecución involucre el empleo de la fuerza física. Ello sucede solamente cuando se opone resistencia a la ejecución, lo que normalmente no acaece.

Los órdenes jurídicos modernos contienen a veces normas por las cuales se prevén recompensas para ciertos servicios, como títulos y condecoraciones. Pero no es ésta una nota común a todos los sistemas sociales designados como derecho, y tampoco nota característica de la función esencial de esos sistemas sociales. Desempeñan, dentro de los sistemas que funcionan como órdenes coactivos, un papel muy subordinado. Por lo demás, las normas relativas a la

concesión de títulos y condecoraciones se encuentran en una relación esencial con las normas que estatuyen sanciones. Puesto que el exhibir un título o una condecoración, vale decir: un emblema cuyo sentido subjetivo es un mérito, o bien no está jurídicamente prohibido, es decir, no es condición de una sanción y, por lo tanto, está negativamente permitido; o bien —y tal es el caso normal— se encuentra jurídicamente permitido positivamente, vale decir: está prohibido, y por ende, es condición de una sanción si no está expresamente permitido a través de un acto de autorización. La situación jurídica, por lo tanto, será descrita como la limitación, mediante una norma, de la validez de una norma prohibitiva que estatuye una sanción y, por ende, sólo por referencia a una norma coactiva semejante.

En cuanto orden coactivo, se diferencia el derecho de otros sistemas sociales. El momento de coacción —es decir, la circunstancia de que el acto estatuido por el orden como consecuencia de un hecho considerado como socialmente dañino, deba llevarse a cabo inclusive contra la voluntad del hombre a que toca y, en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física— es el criterio decisivo.

α) *Los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico como sanciones.* Tan pronto aparece el acto coactivo estatuido por el orden jurídico como reacción ante una conducta humana determinada por ese orden, el acto coactivo adquiere el carácter de una sanción, y la conducta humana contra la cual se dirige el acto coactivo, el carácter de un comportamiento prohibido, antijurídico, de una transgresión o delito; se trata de la conducta contrapuesta a aquella que debe ser considerada como obligatoria o conforme a derecho, una conducta mediante la cual puede evitarse la aplicación de la sanción. Que el derecho sea un orden coactivo no significa —como a veces suele afirmarse— que pertenezca a la esencia del derecho “constreñir” a la conducta obligatoria, a la conducta exigida por el orden jurídico. Ese comportamiento no es forzado implantando el acto coactivo, puesto que justamente corresponde llevar a cabo el acto coactivo cuando se produce la conducta prohibida, la conducta contraria a derecho, pero no la obligatoria. Justo para ese caso se ha estatuido el acto coactivo que funciona como sanción. Si con esa discutible afirmación se pretendiera decir que el derecho, estatuyendo sanciones, motiva a los hombres en el sentido de la conducta requerida, en cuanto el deseo de evitar la sanción, como motivo, produce esa conducta, habría que responder, que esa motivación es sólo una función posible del derecho, pero no una función necesaria, dado que la conducta conforme a derecho, la obligatoria, puede ser producida por otros motivos, y muy frecuentemente, es producida por otros motivos, como representaciones religiosas o morales. La coacción que se da en la motivación, es una coacción psíquica; y la coacción, que tanto la representación del derecho como, especialmente, las sanciones que él estatuye, ejerce sobre los sujetos sometidos al derecho, convirtiéndose en motivo de la conducta obligatoria, conforme a derecho,

no debe ser confundida con el estatuir el acto obligatorio. Todo sistema social eficaz ejerce, hasta cierto grado, coacción psíquica, y algunos, como por ejemplo, el religioso, en medida aun mayor que el orden jurídico. Esta coacción psíquica no constituye una nota que distinga al derecho de otros sistemas sociales. El derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce —o, más correctamente: su representación— coacción psíquica, sino en el sentido en que los actos coactivos, a saber: la privación coactiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos y otros, son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina. Esas condiciones son, en primer término —aunque no, como ya lo hemos observado y como lo veremos más de cerca, exclusivamente— una determinada conducta humana que, por haber sido convertida en condición de un acto de coacción dirigido contra el hombre que así se comporta (o contra sus familiares), se convierte en prohibida, en contraria a derecho, para ser así impedida y para que deba ser producida la contraria, la conducta socialmente útil, deseada, conforme a derecho.

β) *El monopolio de la coacción por la comunidad jurídica.* Si bien los distintos órdenes jurídicos coinciden, en grandes líneas, con respecto de los actos coactivos que estatuyen, atribuibles a la comunidad jurídica —consisten siempre en la privación coactiva de los bienes mencionados—, se distinguen con todo notablemente en relación con las condiciones a las que se enlazan esos actos coactivos, especialmente en relación con la conducta humana cuyo opuesto debe producirse mediante el establecimiento de sanciones, es decir, en relación con la situación socialmente deseada, garantizada por el orden jurídico, consistente en el comportamiento conforme a derecho y, por ende, en relación al *valor jurídico* que se constituye a través de las normas jurídicas. Si se observa la evolución que el derecho, desde sus primitivos comienzos hasta la etapa que exhibe el derecho de los Estados modernos, ha transcurredo, cabe establecer, en relación con el valor jurídico que se va efectivizando, cierta tendencia, que es común a los órdenes jurídicos en los niveles superiores de su desarrollo. Se trata de la tendencia a prohibir el ejercicio de coacción física, el recurso a la fuerza entre los hombres, en una medida cada vez mayor en el curso de la evolución. Ello se produce en cuanto ese recurso a la fuerza se convierte en condición de una sanción; pero como la sanción misma es un acto coactivo, es decir, un recurso de fuerza, la prohibición del uso de la fuerza sólo puede ser limitada, y será necesario siempre distinguir entre el uso de la fuerza prohibido y el permitido, vale decir: el uso de la fuerza como reacción autorizada ante una circunstancia de hecho socialmente indeseada, especialmente como reacción ante un comportamiento humano socialmente perjudicial, es decir, como uso de la fuerza autorizado en cuanto sanción, atribuible a la comunidad jurídica. Esta distinción no significa, con todo, que todo uso de fuerza, que no esté autorizado por el orden jurídico como una reacción atri-

buable a la comunidad jurídica ante una circunstancia de hecho considerada socialmente perjudicial, esté prohibida por ese orden, tenga que ser considerada contraria a derecho, un acto antijurídico o delito. En los órdenes jurídicos primitivos, de ninguna manera está prohibido todo recurso a la fuerza que no tenga el carácter de una reacción atribuible a la comunidad jurídica frente a una situación fáctica considerada socialmente perjudicial; hasta la matanza de hombres se encuentra prohibida sólo de manera limitada. Sólo la matanza de miembros libres de la comunidad, pero no la matanza de extraños o de esclavos, es vista como ilícita. La matanza de extraños y de esclavos está, en la medida en que no se la prohíbe, permitida en este sentido negativo; si bien no está autorizada como sanción. Paulatinamente se va estableciendo el principio de que todo recurso a la fuerza física está prohibido, cuando no ha sido autorizado, como limitación de ese principio, como una reacción atribuible a la comunidad frente a una situación de hecho considerada socialmente perjudicial. Entonces el orden jurídico determina de manera exhaustiva las condiciones bajo las cuales ciertos individuos deben ejercer la coacción física; puesto que el individuo facultado por el orden jurídico para el ejercicio de la coacción, puede ser considerado órgano del orden jurídico, o lo que equivale a lo mismo, de la comunidad constituida mediante el orden jurídico, puede atribuirse la ejecución del acto de fuerza por ese individuo a la comunidad constituida por el orden jurídico.<sup>26</sup> Aparece así el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica. Este monopolio de la coacción es descentralizado cuando los individuos, facultados a llevar a cabo los actos de coacción establecidos por el orden jurídico, no revisten el carácter de órganos especiales, de órganos que funcionan mediante una división del trabajo, sino cuando el orden jurídico autoriza a los individuos que se consideran lesionados por el comportamiento antijurídico de otros individuos, a emplear la fuerza contra éstos, es decir, cuando aún persiste el principio de la defensa propia.

γ) *Orden jurídico y seguridad colectiva.*<sup>27</sup> Cuando el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales la coacción, como fuerza física, debe ser ejercida, así como los individuos que deben hacerlo, protege a los individuos a él sometidos contra el uso de la fuerza por parte de otros individuos. Cuando esa protección alcanza cierta medida mínima se habla de seguridad colectiva, en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social. Esta medida mínima de protección contra el recurso a la fuerza puede ya admitirse cuando el orden jurídico ha logrado el monopolio de la coacción por parte de la comunidad, aunque se trate solamente de un monopolio descentralizado de la coacción, es decir, inclusivc, cuando subsiste el principio de la defensa

<sup>26</sup> Para la cuestión de bajo qué condiciones el acto ejecutado por un determinado individuo, puede ser atribuido a la comunidad jurídica, *cf. infra*, pp. 154 y ss.

<sup>27</sup> *Cfr.* H. Kelsen. *Collective Security under International Law*. U. S. Naval War College. International Law Studies Washington, 1957.

propia. Puede observarse en tal situación el grado ínfimo de la seguridad colectiva. Pero puede restringirse más aún el concepto de seguridad colectiva, y hablar de ella sólo cuando el monopolio de la coacción por parte de la comunidad jurídica ha alcanzado un mínimo de centralización, de suerte que la defensa propia haya quedado en principio excluida. Ello sucede, por lo menos, cuando la decisión de la cuestión de establecer si, en un caso concreto, se ha producido una lesión jurídica, y quién es responsable de ella, es sustraída a los sujetos participantes inmediatamente en el conflicto, trasladándose a un órgano especial, que funciona mediante división del trabajo, a un tribunal independiente; cuando la cuestión de si un recurso a la fuerza constituye un acto antijurídico, o una acción atribuible a la comunidad (en especial, una sanción), puede ser resuelta de manera objetiva. La seguridad colectiva puede, inclusive, tener distintos grados que, en primera línea, dependen de la medida en que se centralicen los procedimientos en los cuales se establezcan, en casos concretos, la existencia de las condiciones a la cuales está enlazado el acto coactivo de la sanción, y mediante el cual deba llevarse a cabo ese acto coactivo. La seguridad colectiva logra su más elevado grado cuando el orden jurídico instaura, con ese fin, tribunales con jurisdicción obligatoria y órganos centrales de ejecución, que disponen en tal medida de los medios de coacción necesarios para que la oposición sea normalmente estéril. Así sucede en el Estado moderno, que constituye un orden jurídico altamente centralizado.

La seguridad colectiva aspira a la paz, puesto que la paz es la ausencia del uso físico de la fuerza. En cuanto el orden jurídico determina las condiciones bajo las cuales debe seguirse el recurso a la fuerza, así como los individuos que la utilicen; en cuanto establece el monopolio de la coacción por la comunidad jurídica, pacífica a la comunidad que constituye, al eliminar la amenaza de la fuerza. Pero la paz del derecho sólo es una paz relativa, no absoluta, puesto que el derecho no excluye el recurso a la fuerza, es decir, la coacción física del hombre por el hombre. No se trata de un orden libre de coacción, como lo postula un anarquismo utópico. El derecho es un orden de la coacción, y en cuanto orden coactivo y conforme a su evolución, un sistema de seguridad y un orden de paz. Pero así como cabe concebir más estrictamente el concepto de seguridad colectiva, y considerar que se da sólo cuando aparece cierta centralización del monopolio de la coacción comunitaria, puede también admitirse que la pacificación de la comunidad jurídica sólo surge en una etapa superior de la evolución del derecho; en aquella etapa, pues, en que la defensa propia está, por lo menos en principio, prohibida y, en que, por ende, aparece la seguridad colectiva en un sentido más restringido. De hecho, no podría apenas hablarse seriamente ni siquiera de una pacificación relativa de la comunidad jurídica en los estadios primitivos de la evolución del derecho. Mientras no existan tribunales que establezcan de manera objetiva si se ha dado un uso prohibido a la fuerza, y que, por lo tanto, mientras todo individuo que

se considere lesionado en sus derechos por otros esté facultado a recurrir a la fuerza como sanción (lo que implica: como reacción contra la ilicitud experimentada), y también cuando el individuo contra el cual se dirige ese uso de la fuerza también esté facultado a reaccionar contra ese uso de la fuerza recurriendo a la fuerza, que puede justificar como sanción (esto es: como reacción contra una ilicitud experimentada); mientras la venganza de la sangre sea una institución jurídica; mientras el duelo esté jurídicamente permitido e inclusive, jurídicamente regulado; mientras sólo sea ilícita la matanza de miembros libres de la comunidad, pero no la matanza de esclavos y extranjeros; mientras en las relaciones entre los Estados, la guerra no se encuentre prohibida por el derecho internacional, no podrá sostenerse buenamente que el vivir bajo el derecho sea una situación pacífica, que el asegurar la paz sea una función esencial del derecho.<sup>28</sup> Lo que podría afirmarse es solamente que la evolución del derecho exhibe esa tendencia. Inclusive, pues, si fuera menester considerar la paz como un valor moral absoluto, o como un valor común a todos los órdenes morales positivos —lo que, según veremos más adelante, dista de ser el caso—, no podría designarse el asegurar la paz, la pacificación de la comunidad jurídica, como el valor moral esencial a todos los órdenes jurídicos, como el “mínimo moral” común a todo derecho.

En la prohibición de todo recurso a la fuerza se exterioriza la tendencia a ampliar el círculo de las circunstancias de hecho convertidas por el orden jurídico en condición de los actos coactivos; esta tendencia, en el curso de la evolución, va mucho más allá de esa prohibición, puesto que se enlazan actos coactivos como consecuencia, no sólo a usos de la fuerza, sino también a acciones carentes de ese carácter, y a meras omisiones. Si un acto coactivo estatuido por el orden jurídico aparece como reacción contra una conducta humana determinada, tenida por socialmente perjudicial, y la función de esa instauración reside en impedir ese comportamiento (prevención individual y general), adquiere el carácter de una sanción en un sentido más estricto y restringido de este término; y la circunstancia de que determinada conducta humana sea convertida en condición de una sanción, en este sentido, equivale a decir que esa conducta se encuentra jurídicamente prohibida, es decir: que configura un acto antijurídico, que es un delito. Este concepto de sanción y el concepto de antijuricidad se encuentran correlacionados. La sanción es la consecuencia de la antijuricidad; el acto antijurídico (o delito), una condición de la sanción. Según los órdenes jurídicos primitivos, la reacción sancionatoria frente al hecho antijurídico es enteramente descentralizada. Queda librada a los individuos lesionados en sus intereses por la ilicitud. Estos quedan facultados a establecer en un caso concreto si se ha dado la situación ilícita, determinada sólo en general por el orden jurídico, y a ejecutar la sanción determinada por el orden

<sup>28</sup> No se trata de una modificación insignificante de la tesis expuesta en mi *General Theory of Law and State*, sobre la relación entre derecho y paz.

jurídico. Reina el principio de la defensa propia. En el curso de la evolución, esta reacción sancionatoria ante la circunstancia antijurídica es centralizada en medida creciente, en cuanto la determinación del hecho ilícito, así como el cumplimiento de la sanción, son reservados a órganos que funcionan dividiéndose el trabajo: tribunales y funcionarios ejecutivos. El principio de la defensa propia es limitado en todo lo posible. No puede ser enteramente excluido. Inclusive en el Estado moderno, en que la centralización de la reacción sancionatoria ante la situación ilícita, alcanza su grado máximo, siempre permanece un mínimo de autodefensa. Tal el caso de la legítima defensa. Pero aun en órdenes jurídicos modernos, altamente centralizados, aparecen otros casos, casi descuidados por la teoría del derecho, en los cuales, si bien sólo en medida limitada, el ejercicio de la coacción física no es reservado a órganos específicos, sino dejado a los individuos inmediatamente interesados. Se trata de casos como el derecho disciplinario que, aun en los regímenes jurídicos modernos, se atribuye a los padres para la educación de sus hijos. Está limitado en la medida en que su ejercicio no puede provocar un perjuicio en la salud del niño, no puede llevar a maltratarlo. Pero la decisión sobre cuál sea el comportamiento del hijo que aparezca como condición de su castigo, corporal —es decir, cuál sea la conducta que deba considerarse como pedagógica o socialmente indeseable— queda reservada en principio a los padres, que pueden transferir ese derecho a educadores profesionales.

δ) *Actos coactivos carentes del carácter de sanciones.* En la línea evolutiva —en especial, en la línea que va del Estado judicial, al Estado administrativo—<sup>29</sup> se amplía también el círculo de los hechos convertidos en condición de actos coactivos, en cuanto se incorporan a ellos no sólo acciones y omisiones humanas socialmente indeseadas, sino también otros hechos que no tienen las características de hechos ilícitos. Aquí corresponde, por de pronto, mencionar normas que facultan a ciertos órganos comunitarios, calificados como policiales, a privar de su libertad a los individuos sospechosos de haber cometido un delito, para asegurar que se sigan contra ellos los procesos judiciales en los cuales justamente se establecerá si efectivamente han incurrido en el delito del cual se hicieron sospechosos. La condición de la privación de libertad no es una conducta específica del individuo en cuestión, sino la sospecha de una conducta semejante. Los órganos policiales pueden estar facultados por el orden jurídico, a poner a individuos bajo una así llamada guardia protectora, es decir, privarlos de su libertad para protegerlos de ataques ilícitos con los cuales se les ha amenazado. Los sistemas jurídicos modernos prescriben la internación coactiva de enfermos mentales socialmente peligrosos en hospicios, y la de enfermos contagiosos en hospitales. Aquí también corresponde mencionar la expropiación coactiva de bienes, cuando el interés público lo exige; la destrucción coactiva

<sup>29</sup> Cfr. *infra*, p. 300.

de animales domésticos, cuando padecen de enfermedades contagiosas; la demolición por la fuerza de edificios ante el peligro de derrumbamiento, o para impedir la extensión de un incendio. Según el derecho de los Estados totalitarios, el gobierno está facultado a encerrar en campos de concentración a personas de ideología, religión o raza indeseables, constriéndolos a cualquier labor, y hasta a matarlos. Medidas semejantes pueden ser juzgadas moralmente con la máxima severidad, pero no se puede considerarlas como externas al régimen jurídico de esos Estados. Por sus circunstancias externas, todos esos actos exhiben la misma privación coactiva de la vida, la libertad y la propiedad, que muestran sanciones como la pena capital, la pena de prisión o la ejecución civil. De esas sanciones se distinguen, como se ha sugerido ya, sólo en cuanto se trata de actos de coacción que no están ligados, como consecuencia, a una acción u omisión determinada, jurídicamente establecida, y socialmente indeseada, de seres humanos determinados, en cuanto no tienen como condición un acto ilícito, o delito, cometido por un hombre determinado y jurídicamente comprobado. Acto ilícito, o delito, es una determinada acción humana, o la omisión de tal acción, que, por ser socialmente indeseada, es por ello prohibida, de suerte que a la misma (o mejor: ante su comprobación a través de un procedimiento jurídicamente determinado) se enlaza un acto coactivo; convirtiéndola el orden jurídico en condición de uno de los actos coactivos que el orden estatuye. Y ese acto coactivo, como sanción (en el sentido de consecuencia de una ilicitud), sólo puede distinguirse de otros actos coactivos estatuidos por el orden jurídico, en cuanto el hecho condicionante de esos actos coactivos es una acción u omisión determinada por el orden jurídico, comprobada jurídicamente, y socialmente indeseada, mientras que los actos coactivos que no constituyen sanciones en el sentido de consecuencias de una ilicitud, están condicionados por otros hechos.<sup>30</sup> Algunos de esos actos pueden ser entendidos como sanción, si no se restringe ese concepto al caso de la reacción frente a determinada conducta humana, cuya existencia haya sido jurídicamente comprobada —extendiéndolo en cambio a los casos en que el acto coactivo, como reacción frente a determinada conducta humana, se produce como consecuencia de un delito, y también contra un delito cuya omisión por determinado individuo no haya sido aún jurídicamente comprobada, como en el caso de la detención preventiva coactiva por la policía del sospechoso de un delito; y a los casos en que el acto coactivo se produce como reacción contra un delito aún no cometido, pero cuya probable comisión futura se espera, como en el caso de la internación por fuerza de enfermos mentales socialmente peligrosos en hospicios, o de personas de ideología, religión o raza indeseables en campos de concentración, en la medida en que la internación se produce para impedir un comportamiento perjudicial para la comunidad en cuyo respecto la autoridad jurídica,

<sup>30</sup> Los conceptos de ilicitud y consecuencia de la ilicitud (sanciones) se desarrollan con mayor detalle, *infra*, pp. 144 y ss.

con razón o no, los considere capaces. Este motivo sirve de fundamento evidentemente a las limitaciones a la libertad a que son sometidos, al declararse una guerra, los ciudadanos de uno de los Estados beligerantes que viven en el territorio del otro Estado. Si se extiende en este sentido el concepto de sanción, ya no estará conectado con el de consecuencia de una ilicitud. La sanción, en este sentido amplio, no es consecuencia necesariamente de una ilicitud, puesto que puede precederla. Por fin, cabe extender el concepto de sanción a todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico si con ello no quiere expresarse más sino que el orden jurídico reacciona con tal acto contra una situación social indeseada, expresando mediante esta reacción la indeseabilidad de la situación. Efectivamente, ésta sería una nota común a todos los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico. Si se adopta este sentido amplísimo del concepto de sanción, corresponderá formular entonces la noción de monopolio de la coacción por la comunidad jurídica en una alternativa: la coacción del hombre por el hombre es, o bien un delito, o bien una sanción (donde, por sobre todo, por sanción no ha de entenderse sólo la reacción frente a un delito, es decir, frente a una conducta humana determinada, sino también la reacción ante otras circunstancias objetivas socialmente indeseadas).

ε) *El mínimo de libertad.* Como sistema social que estatuye sanciones, el derecho regula el comportamiento humano no sólo en un sentido positivo, en cuanto obliga a cierto comportamiento al ligar un acto coactivo a la conducta contraria, prohibiendo esta segunda conducta, sino también de una manera negativa, en cuanto no liga ningún acto coactivo a una determinada conducta y, por ende, ni prohíbe esa conducta, ni prohíbe la conducta opuesta. La conducta que no está jurídicamente prohibida, se encuentra, en ese sentido negativo, permitida. Puesto que una determinada conducta humana o bien está prohibida, o bien no está prohibida, y dado que, cuando no es prohibida, debe vérsela como permitida por el orden jurídico, puede considerarse que toda conducta de los hombres sujetos a un orden jurídico estaría regulada, en un sentido positivo o negativo, por ese orden jurídico. En la medida en que la conducta de un hombre está permitida, en el sentido negativo, por el orden jurídico, en cuanto la misma no está prohibida por el orden jurídico, es el hombre jurídicamente libre.

La libertad que así el orden jurídico deja simplemente en forma negativa al hombre, en cuanto no le prohíbe una determinada conducta, debe distinguirse de la libertad que él mismo le garantiza positivamente. La libertad de un hombre, consistente en que determinada conducta se le permite porque no le está prohibida, sólo es garantizada por el orden jurídico en la medida en que obliga a los otros hombres a respetar esa libertad, prohibiéndoles intervenir en esa esfera de libertad; es decir, prohibiendo la conducta que podría impedir la conducta que a uno no ha sido prohibida y, en ese sentido, permitida. Sólo

entonces puede valer la conducta no prohibida (y en ese sentido negativo, permitida) como justificada, es decir, valer como contenido de un derecho que es el reflejo de una obligación correspondiente.<sup>81</sup> Pero no toda conducta permitida, en el sentido negativo de no estar prohibida, está garantizada mediante la prohibición de la conducta de otro que la impida, de la conducta opositora de otro; no siempre se encuentra, frente a la conducta de esa suerte permitida de un hombre, una obligación correspondiente de otro. Cierta conducta de un hombre puede estar no prohibida por el orden jurídico y, en ese sentido, estar permitida, sin que la conducta contrapuesta a esa conducta de otro hombre esté prohibida por el orden jurídico, de suerte que también esa segunda conducta está permitida. Una determinada conducta de un hombre puede no estar prohibida, sea porque carece de relación con otro hombre, o por no tener ningún efecto perjudicial sobre ningún otro hombre. Pero tampoco toda conducta humana de efecto perjudicial sobre algún otro hombre, está prohibida. Así, puede, por ejemplo, que no esté prohibido que el propietario dé una casa efectúe un orificio en un muro construido sobre el linde de su predio, para colocar un ventilador. Puede que simultáneamente no esté prohibido que el propietario del fundo vecino construya una casa, una de cuyas paredes cierre el orificio de ventilación en la pared de la casa vecina, de suerte que el uso del ventilador sea imposible. Tendríamos entonces que a uno se permite impedir lo que se permite hacer al otro, a saber, introducir aire mediante un ventilador en una habitación de su casa. Si la conducta de un individuo no está prohibida (y en ese sentido, está permitida), aun tratándose de conducta que se contrapone a la conducta tampoco prohibida (en ese sentido, permitida) de otro individuo, es posible un conflicto en cuyo respecto el orden jurídico no prevé ninguna medida. No trata de evitarlo, como en el caso de otros conflictos, prohibiendo la conducta de un individuo que es contraria a la de otro; o, en otros términos, prohibiendo que se satisfaga el interés de uno, cuando es contrario al interés de otro. El orden jurídico no puede ciertamente intentar evitar todos los conflictos posibles. Lo que los órdenes jurídicos modernos prohíben, casi sin excepción, es el impedir mediante la fuerza física la conducta no prohibida del otro. Puesto que el recurso a la fuerza física —esto es, la ejecución de un acto coactivo— está en principio prohibida, en la medida en que no esté positivamente permitida a determinados hombres, en que determinados hombres no estén facultados para ello.

Puesto que un orden jurídico, como todo sistema social normativo, sólo puede obligar a muy específicas acciones y omisiones, jamás puede el hombre, en la totalidad de su existencia, en el conjunto de sus actos externos e internos, en sus acciones, sus voliciones, sus pensamientos y sentimientos, verse limitado en su libertad por un orden jurídico. El orden jurídico puede limitar en más o en

<sup>81</sup> Cfr. *infra*, p. 130.

menos la libertad humana, en cuanto obliga a más o a menos. Pero un mínimo de libertad, es decir, de independencia jurídica, una esfera de la existencia humana en que ningún orden o prohibición interviene, permanece siempre resguardada. Inclusive existe bajo órdenes jurídicos muy totalitarios algo así como una libertad no exteriorizable; no como un derecho innato al hombre, un derecho natural, sino como consecuencia de la posibilidad técnicamente limitada de regulación positiva de la conducta humana. Con todo, sólo puede considerarse jurídicamente garantizada esa esfera de libertad, como se ha dicho previamente, en la medida en que el orden jurídico prohíbe que se la inter venga. En ese respecto, los denominados derechos y libertades constitucionalmente garantizados tienen un especial significado político. Se trata, en ellos, de disposiciones constitucionales mediante las cuales se limita la competencia del órgano legislativo, de manera que éste no es facultado en absoluto, o sólo lo es bajo condiciones más graves, para dictar normas que obliguen o prohíban a los hombres conductas de determinada especie, como el ejercicio del culto religioso, la expresión de opiniones y parecidas.<sup>82</sup>

c) *El derecho como orden coactivo normativo. Comunidad jurídica y "bandas de ladrones"*. Se suele a veces caracterizar el derecho como un orden coactivo, afirmando que el derecho obliga a determinada conducta humana bajo "amenaza" de actos coactivos, es decir, de ciertos males como la privación de la vida, la libertad, la propiedad, etcétera. Pero esta formulación ignora el sentido normativo en que los actos coactivos en general y, en especial, las sanciones son estatuidas por el orden jurídico. El sentido de una amenaza radica en que será infligido un mal bajo determinadas condiciones; el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, *deben* infligirse ciertos males; que, formulado con mayor generalidad, determinados actos coactivos *deban* ser ejecutados bajo determinadas condiciones. Este no es sólo el sentido subjetivo de los actos mediante los cuales se instaura el derecho, sino también su sentido objetivo. Justamente al entenderse así su sentido objetivo, son reconocidos como actos instauradores de derecho, productores de norma o ejecutores de normas. También el acto de un ladrón de caminos<sup>83</sup> que ordena, bajo amenazas de cierto mal a alguien, entregarle su dinero, tiene, como ya se destacó anteriormente, el sentido subjetivo de un deber. Si se expone la situación creada por esa orden de tal manera que se diga: un individuo expresa su voluntad dirigida hacia la conducta de otro individuo, sólo se describe así la acción del primero como una acción que fácticamente se va desarrollando, como un acontecimiento real. El comportamiento del otro, previsto en el acto volitivo del primero, no puede ser descrito como un acontecimiento real, puesto que

<sup>82</sup> Cfr. *infra*, pp. 145 y ss.

<sup>83</sup> El problema de la distinción entre el Estado, como comunidad jurídica, y la banda de ladrones, la expone Agustín en su *Civitas Dei*, IV, 4.

este otro no actúa aún y quizás no actuará en forma alguna de la manera pretendida. *Debe* actuar así, según pretende el primero. Su conducta no puede ser descrita como una conducta real, sino que sólo puede serlo, si se quiere captar el sentido subjetivo del acto de ordenar, como una conducta debida. De esa manera corresponde describir toda situación en que un individuo expresa su voluntad orientada hacia el comportamiento de otro individuo. En este respecto —es decir, en la medida solamente en que es relevante el sentido subjetivo del acto cuestionado— no hay diferencia entre la descripción de la orden de un ladrón de caminos y la descripción de la orden de un órgano de derecho. Sólo aparece expresada una diferencia cuando se describe, no el sentido subjetivo, sino el sentido objetivo de la orden que un individuo dirige a otro. Entonces damos a la orden del órgano jurídico, pero no a la del ladrón de carreteras, el sentido objetivo de una norma obligatoria para el receptor. Es decir, interpretamos la orden de uno, pero no la del otro, como una norma objetivamente válida. Y entonces vemos en el enlace del incumplimiento de la orden con el acto coactivo, en un caso, una mera “amenaza”, es decir, la enunciación de que *será* infligido un mal, mientras que en el otro caso, la relación apunta a que *deberá* infligirse un mal. Así interpretamos la fáctica inflicción del mal, en el segundo caso mencionado, como la aplicación o ejecución de una norma objetivamente válida que estatuye un acto coactivo, mientras que el primer caso, en tanto, en general, lo entendamos normativamente —será interpretada como un delito, en cuanto referimos el acto coactivo a normas que consideramos como el sentido objetivo de ciertos actos, que justamente por ello interpretamos como actos jurídicos.

Pero ¿por qué interpretamos, en un caso, el sentido subjetivo del acto también como su sentido objetivo, mientras que en el otro caso no? Para una consideración *desprovista de presupuestos*, también los actos instauradores de derecho sólo tienen el sentido subjetivo de algo debido. ¿Por qué suponemos que, en ambos actos, cuando los dos tienen el sentido subjetivo de lo debido, sólo uno produce una norma objetiva, es decir, una norma válida obligatoria? O, en otros términos: ¿cuál es el fundamento de validez de la norma que consideramos sentido objetivo de ese acto? Ésta es la pregunta decisiva.

Un análisis de las proposiciones en las cuales mentamos los actos como actos jurídicos, cuyo sentido objetivo lo constituyen normas, da la respuesta: ella muestra el *presupuesto* bajo el cual esa interpretación es posible.

Partamos del caso, ya mencionado en lo que antecede, de un juicio en que interpretamos la muerte de un hombre por otro como la ejecución de una sentencia capital, y no como un homicidio. Este juicio reposa en que reconocemos en el acto de matar la ejecución de una decisión de un tribunal que hubiera ordenado la ejecución como pena; es decir, damos al acto del tribunal el sentido objetivo de una norma individual, e interpretamos así a los hombres

que establecen la medida, como un tribunal. Hacemos tal cosa porque reconocemos en el acto del tribunal el cumplimiento de una ley; es decir, de normas más generales que estatuyen actos de coacción, normas que no consideramos solamente como el sentido subjetivo, sino como el sentido objetivo de un acto efectuado por determinados hombres, que justamente por ello entendemos como un órgano legislativo. Hacemos esto porque vemos el acto legislativo como el cumplimiento de la constitución, es decir, de normas más generales que, según su sentido subjetivo, justamente facultan a esos hombres a dictar normas generales que estatuyen actos de coacción. Consideramos, pues, a esos hombres como el órgano legislativo. Dado que consideramos a las normas que facultan al órgano legislativo no sólo como el sentido subjetivo, sino también como el sentido objetivo de actos efectuados por determinados hombres, entendemos esas normas como una constitución. Si se trata de una primera constitución histórica, ello sólo es posible si *presuponemos* que, comportándose conforme al sentido subjetivo de esos actos, *deben* cumplirse actos de coacción bajo las condiciones y en las maneras que determinen las normas designadas como constitución. Es decir, cuando presuponemos una norma cuya consecuencia es que el acto que deba ser entendido como acto constituyente sea considerado como un acto productor de normas objetivamente válidas, y los hombres que lo producen como la autoridad constituyente. Esa norma es —como más adelante se expondrá más de cerca—<sup>34</sup> la norma fundante de un orden jurídico estatal. No ha sido establecida mediante un acto jurídico positivo, sino —como lo demuestra un análisis de nuestros juicios jurídicos—, presunta *cuando* se interpreta al acto cuestionado como un acto constituyente, y los actos ejecutados con fundamento en esa constitución, como actos jurídicos. Establecer este presupuesto es una función esencial de la ciencia del derecho. En este presupuesto se encuentra el último fundamento del orden jurídico, un fundamento sólo condicional según su esencia, y, en ese sentido, hipotético.

En este contexto sólo tomamos en cuenta un orden jurídico estatal o nacional, es decir, un orden jurídico limitado en su dominio de validez territorial a un espacio determinado —el llamado territorio del Estado. El fundamento de validez del orden jurídico internacional, cuyo dominio de validez territorial no está limitado así, y la relación del orden jurídico internacional con los órdenes jurídicos estatales permanece aquí, por el momento, sin explicación.<sup>35</sup>

Ya en un contexto anterior se señaló que la validez de una norma —es decir, que uno deba comportarse como la norma determina— no debe ser confundida con el hecho de que uno fácticamente se comporte de esa manera; pero que, sin embargo, puede darse una relación esencial entre ambos; que un orden coactivo que se presenta como derecho sólo será visto como válido cuando, a grandes rasgos, es efectivo. Esto significa: la norma fundante que constituye

<sup>34</sup> Cfr. *infra*, pp. 196 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. *infra*, pp. 221, 333 y ss.

el fundamento de validez de un orden jurídico se refiere sólo a la constitución que es el fundamento de un orden coactivo eficaz. Sólo cuando el comportamiento efectivo de los hombres corresponde, en grandes rasgos y por lo común, al sentido subjetivo de los actos dirigidos hacia él, es reconocido ese sentido subjetivo como su sentido objetivo, y esos actos son interpretados como actos jurídicos.

Podemos ahora responder a la pregunta por qué la orden formulada bajo amenaza de muerte por el ladrón de caminos no recibe el sentido objetivo de una norma obligatoria para el receptor, el sentido de una norma válida, por qué no interpretamos ese acto como un acto jurídico, y por qué interpretamos el cumplimiento de la amenaza como un delito, y no como la ejecución de una sanción.

Si se trata del acto aislado de un individuo aislado, el mismo, desde luego, no puede ser visto como un acto jurídico, ni su sentido como una norma jurídica, porque el derecho —como se destacó— no consiste en una norma aislada, sino en un sistema de normas, en un orden social, y una norma específica sólo puede ser considerada como norma jurídica en la medida en que pertenece a ese orden. El cotejo con un orden jurídico sólo correspondería si se tratara de la actividad sistemática de una banda organizada, que crea inseguridad en determinado territorio, al punto que constriñe a los hombres que allí viven, bajo amenazas de males, a entregarles dinero y valores. Corresponde distinguir, entonces, el orden que regula el comportamiento recíproco de los miembros de este grupo caracterizado como “banda de ladrones”, del orden externo, es decir, de las órdenes que los miembros o los órganos de la banda, bajo amenazas de males, dirigen a terceros. Puesto que sólo frente a terceros externos actúa el grupo como “banda de ladrones”. Si el robo y el homicidio no estuvieran prohibidos en las relaciones entre los ladrones, no tendríamos ningún grupo organizado, no habría “banda” de ladrones alguna. Por añadidura, el orden interno de la banda puede encontrarse muchas veces en conflicto con un orden coactivo visto como orden jurídico, dentro de cuyo dominio de validez territorial se efectúan las actividades de la banda de ladrones. Si el orden coactivo que abarca a los ordenamientos interno y externo, constitutivo de esa comunidad no es interpretado como un orden jurídico; si su sentido subjetivo, conforme al cual uno debería comportarse, no es interpretado como su sentido objetivo, ello proviene de que no se da por presupuesta norma fundante alguna, conforme a la cual uno debe comportarse acatando ese orden, es decir, que la coacción deba ser ejercida de acuerdo con las condiciones y en la manera en que ese orden lo determina. Pero —y ésta es la pregunta decisiva— ¿por qué no se presupone una norma fundante semejante? No se la presupone porque, o mejor, cuando, ese orden no tiene aquella efectividad duradera sin la cual no se presupondría una norma fundante a él referida, que sea fundamento de su validez objetiva. Claramente carece de esa efectividad, cuando las normas

del orden jurídico que estatuyen las sanciones, orden dentro de cuyo dominio territorial de validez la banda actúa, son fácticamente aplicadas a esas actividades como conductas contrarias a derecho, privándose a los miembros de la banda de la libertad, o inclusive de la vida, mediante actos de coacción que son interpretados como penas de prisión o muerte, poniendo así fin a la actividad de la misma. Esto es: cuando el orden coactivo, considerado como orden jurídico, es más efectivo que el orden coactivo constitutivo de la banda de ladrones.

Si este orden coactivo se encuentra limitado, en su dominio de validez territorial, a determinado territorio, y es efectivo en ese territorio de suerte de excluir la validez de todo otro orden coactivo de ese tipo, puede ser visto como un orden jurídico y la comunidad, por él constituida, muy bien como un "Estado", aun cuando éste desarrolle hacia el exterior una actividad que, según el derecho internacional positivo, sea una actividad delictuosa. Ello lo demuestra la existencia de los denominados Estados piratas en la costa noroccidental de África (Argelia, Túnez, Trípoli), cuyos barcos, desde el siglo xvi hasta comienzos del siglo xix, hicieron poco seguro con la piratería el Mediterráneo.<sup>36</sup> Estas comunidades eran caracterizadas como "piratas" sólo en relación con el recurso a la fuerza, contrario al derecho internacional, que efectuaban contra barcos de otros Estados. En sus órdenes internos, la prohibición del uso recíproco de la fuerza entre los miembros de la comunidad tenía por cierto eficacia en la medida en que garantizaba ese mínimo en seguridad colectiva que es la condición para la eficacia relativamente duradera del orden constitutivo de la comunidad.

La seguridad colectiva o la paz son funciones que —como ya se estableció— los órdenes coactivos designados como derecho poseen realmente en cierto momento de la evolución, si bien en grados diferentes. Esa función es un hecho objetivamente verificable. La comprobación, que la ciencia jurídica efectúe, de que un orden jurídico pacifica a la comunidad jurídica por él constituida, no involucra ningún juicio de valor; en especial no significa el reconocimiento de un valor de justicia, y, por ende, tampoco significa erigir ese valor en un elemento del concepto de derecho, y, por lo tanto, tampoco en un criterio que pueda servir para efectuar la distinción entre comunidad jurídica y banda de ladrones, como sucede en la teoría de Agustín. En su *Civitas Dei*, donde expone la cuestión de esta distinción, declara: "¿Qué son los reinos sin justicia sino grandes bandas de ladrones? ¿No son acaso las bandas de ladrones sino pequeños reinos?"<sup>37</sup> Un Estado, esto es, para Agustín, una comunidad jurídica, no puede constituirse sin justicia. Puesto que "el derecho no puede darse donde no hay la verdadera justicia. Lo que se produce con-

<sup>36</sup> Cfr *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, tomo 11, p. 270.

<sup>37</sup> *Civitas Dei*, iv, 4.

forme a derecho, efectivamente se cumple justamente —lo que en cambio se hace injustamente, no puede cumplirse según el derecho. Pero, ¿qué es la justicia? Justicia es la virtud que atribuye a cada uno lo suyo" (*justitia porro ea virtus est, quae sua cuique distribuit*). ¿Cómo entender la justicia humana que aleja a los hombres del verdadero Dios y los arroja a los demonios impuros? ¿Es ello atribuir a cada uno lo suyo? ¿O actúa ilícitamente quien sustrae al comprador un inmueble para entregarlo a quien no tiene derecho alguno sobre aquél? ¿Y es justo quien se sustrae al Señor que lo ha creado, para ponerse al servicio de espíritus malvados? <sup>38</sup>

Conforme a la concepción fundante de este razonamiento, el derecho es un orden coactivo justo, y se distingue así, por la justicia de su contenido, del orden coactivo de la banda de delincuentes.

Resulta del carácter relativo del juicio de valor, según el cual un sistema social es axiológicamente adecuado, que la justicia no puede ser una nota distintiva del derecho frente a otros órdenes coactivos. <sup>39</sup> Como Agustín sólo admite como justo el orden que asegura a cada uno lo suyo, y utiliza esta fórmula vacua de contenido en el sentido de que sólo considera justo un orden cuando acata al verdadero dios —que para él es el dios judeo-cristiano, pero no los dioses de los romanos—, cuando le reconoce o que a ese dios, y sólo a él le corresponde, a saber, la adoración consecuenta que se expresa en el culto, el orden que no satisfaga esa exigencia no será un derecho, y la comunidad constituida mediante él no será un Estado, sino sólo una banda de ladrones. De esa manera se priva al derecho romano de su carácter de derecho. Si se adopta a la justicia como criterio del orden normativo designado como derecho, tendremos que los órdenes coactivos capitalistas del mundo occidental, no son derecho desde el punto de vista del ideal comunista de la justicia; y el orden coactivo comunista, igualmente, desde el punto de vista del ideal capitalista de la justicia. Un concepto del derecho que conduzca a tal consecuencia no podría ser aceptado por una ciencia del derecho positivista.

Un orden jurídico puede ser juzgado como injusto según determinada pauta de justicia. Pero el hecho de que el contenido de un orden coactivo eficaz sea juzgado como injusto, no constituye en todo caso fundamento para no aceptar ese orden coactivo como un orden jurídico. Luego del triunfo de la Revolución Francesa, a fines del siglo XVIII, así como luego del triunfo de la Revolución Rusa a comienzos del siglo XX, apareció en los demás Estados la tendencia natural a no interpretar el orden jurídico establecido por la revolución como un orden jurídico, a no interpretar los actos de los gobiernos llegados revolucionariamente al poder como actos jurídicos; el primero, porque lesionaba el principio monárquico de legitimidad; el segundo, porque eliminaba la propiedad

<sup>38</sup> *Ibid.*, XIX, 21, 2.

<sup>39</sup> *Cfr.* H. Kelsen. *Die Normen der Gerechtigkeit*, § 10.

privada de los medios de producción. Invocando esta razón, ha habido inclusive tribunales de los Estados Unidos de América que se negaron a reconocer como actos jurídicos actos del gobierno ruso establecido por la revolución, con el fundamento de que no se trataría de actos de un Estado, sino de una banda de *gangsters*. Pero tan pronto como los órdenes coactivos establecidos revolucionariamente demostraron ser duraderamente eficaces, fueron reconocidos como órdenes jurídicos; los gobiernos de las comunidades constituidas por ese orden, como gobiernos de un Estado, y sus actos, como actos del Estado, y, por lo tanto, como actos jurídicos.

d) *¿Obligaciones jurídicas sin sanción?* Si el derecho es concebido como un orden coactivo, la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la coacción entre los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica. La norma fundante delega en la primera constitución histórica el determinar el procedimiento mediante el cual se dictarán las normas que estatuyen actos de coacción. Para poder ser interpretada objetivamente como una norma jurídica, la norma tiene que ser el sentido subjetivo de un acto efectuado conforme con ese procedimiento adecuado a la norma fundante, y tiene que estatuir un acto coactivo, o estar en relación esencial con una norma semejante. Junto con la norma fundante se da por supuesta también la definición, en ella contenida, del derecho como norma coactiva.<sup>40</sup> La definición del derecho presupuesta con la norma fundante tiene como consecuencia, que sólo pueda considerarse una conducta como jurídicamente obligatoria, o, lo que es lo mismo, como contenido de una obligación jurídica, cuando el comportamiento contrario está normado como condición de un acto coactivo dirigido contra el hombre que así actúa (o contra allegados del mismo). Debe advertirse, con todo, que el acto coactivo mismo no tiene que ser obligatorio en este sentido, puesto que tanto el disponerlo como el cumplirlo pueden ser sólo facultativos.

Ahora bien: contra la definición del derecho como orden coactivo, esto es, contra la inclusión del momento de coacción en el concepto de derecho, se hará valer que los órdenes jurídicos históricamente dados contienen de hecho normas que no estatuyen ningún acto coactivo, normas que permiten cierta conducta, o facultan; y también que ordenan cierta conducta, que obligan a cierta conducta, sin enlazar a la conducta contraria, como condición, un acto coactivo como consecuencia; y, especialmente, que frecuentemente la falta de aplicación de las normas que estatuyen actos coactivos no es convertida en condición de actos coactivos que funcionen como sanciones.

La última objeción no es sostenible, puesto que puede mantenerse la defi-

<sup>40</sup> Pero la norma fundante no es idéntica con la definición que contiene. En cuanto norma, no constituye un concepto. En lo tocante a la relación entre norma y concepto, *cf. supra*, p. 17.

nición del derecho como un orden coactivo, aun cuando la norma que estatuye el acto coactivo no esté ella misma en una relación esencial con la norma que enlaza a una sanción la falta de imposición o la falta de ejecución del acto coactivo en un caso concreto; es decir, cuando la regulación del acto coactivo jurídicamente no ha de interpretarse como objetivamente obligatoria, sino sólo como autorizada o permitida positivamente (aun cuando el sentido subjetivo del acto, con el cual el acto coactivo estatuido genéricamente, sea un obligar). La definición del derecho como orden coactivo puede también sustentarse, pese a las normas que facultan una conducta carente del carácter de acto coactivo, o que permiten positivamente tal conducta, en cuanto tales normas son normas no independientes que se encuentran en unión esencial con normas que estatuyen actos coactivos. Un ejemplo típico de esas normas, que han sido traídas a cuento como argumento contra la adopción del momento coactivo en el concepto de derecho, son las normas del derecho constitucional. Las normas constitucionales —se argumenta—, que regulan los procedimientos legislativos, no prevén sanciones para el caso de no ser observadas. Un análisis más detenido muestra, empero, que se trata de normas no independientes que sólo determinan una de las condiciones bajo las cuales han de dictarse y cumplirse los actos coactivos por otras normas.<sup>41</sup> Se trata de normas que facultan al órgano legislativo a producir normas, sin obligarlo a ello y, por lo tanto, no aparecen como sanciones necesarias. Si las disposiciones de la constitución no fueran guardadas, no se constituirían normas jurídicas válidas y, por lo tanto, las normas producidas serían nulas o anulables. Es decir, el sentido subjetivo de los actos realizados contrariando la constitución y, por ende, actos no conforme a la norma fundante, no será interpretado como su sentido objetivo, o su interpretación provisional será posteriormente abolida.<sup>42</sup>

El caso más significativo prácticamente en los órdenes jurídicos modernos, en el cual la ciencia jurídica tradicional supone una norma sin sanción, pero constitutiva, con todo, de una obligación jurídica, es el caso de la denominada obligación natural. Es caracterizada como la obligación de cumplir una prestación, pero cuyo cumplimiento no puede ser exigido válidamente mediante una acción judicial, y cuyo incumplimiento no es condición de una ejecución civil. El que, con todo, se hable de una obligación jurídica con respecto de una prestación, reposa esencialmente en que, una vez la prestación cumplida, la misma no puede ser repetida invocando un enriquecimiento ilícito. Pero ello no significa sino que guarda validez una norma general que establece que, cuando quien recibe una prestación, a la cual el que la otorga no está jurídicamente obligado, no devuelve lo recibido, debe cumplirse una ejecución civil sobre su patrimonio mediante demanda, y que la validez de esta norma que estatuye un acto coactivo se encuentra limitada para los casos que el orden

<sup>41</sup> Cfr. *infra*, pp. 55 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. *infra*, pp. 271 y ss, 275 y ss.

jurídico determina. La situación mencionada puede ser expuesta sin suponer una norma no sancionatoria que constituya la obligación de una prestación; puede ser expuesta como mera limitación de la validez de una norma que estatuye una sanción.

Naturalmente que no puede negarse que el legislador puede llevar a cabo un acto —entendiéndose que lo hace mediante un procedimiento conforme con la norma fundante— cuyo sentido subjetivo sea una norma que obliga a una determinada conducta humana, sin que se lleve a cabo otro acto, cuyo sentido subjetivo sea una norma, que estatuya un acto coactivo para el caso de darse la conducta contraria, y sin que, como en el caso de la obligación natural, la situación pueda ser descrita como la limitación de la validez de una norma que estatuye un acto coactivo. Sucede entonces que, si la norma fundante presupuesta es formulada como una norma que estatuye un acto de coacción, el sentido subjetivo del acto en cuestión no puede ser interpretado como su sentido objetivo; la norma que constituye su sentido subjetivo no puede ser interpretada como una norma jurídica, sino que tendrá que ser vista como jurídicamente irrelevante. Pero también por otras razones puede ser que el sentido subjetivo de un acto ejecutado en un procedimiento conforme a la norma fundante sea considerado como jurídicamente irrelevante. Ya que el sentido subjetivo de ese acto puede ser algo que no tenga en forma alguna el carácter de una norma que exija, permita o autorice una conducta humana. Una ley promulgada en forma perfectamente constitucional puede tener un contenido que no represente norma alguna, sino que exprese una teoría religiosa o política, como por ejemplo, la proposición de que el derecho se origina en dios, o que la ley es justa, o que satisface el interés de todo el pueblo. Bajo la forma de una ley promulgada constitucionalmente, el jefe del Estado puede recibir, con motivo de su jubileo en el gobierno, los buenos augurios de la nación, justamente para dar a esa expresión de beneplácito una forma especialmente solemne. En tanto los actos cumplidos de acuerdo con la constitución son expresados verbalmente, pueden tener cualquier significado, es decir, adoptar una forma que de ninguna manera sólo pueda tener por contenido normas. Si el derecho, en general, es definido como norma, la ciencia jurídica no puede poner de lado el concepto de contenido jurídicamente irrelevante.

Dado que el derecho regula el procedimiento mediante el cual él mismo es producido, es sencillo distinguir entre ese procedimiento regulado por el derecho, como la forma jurídica, y el contenido producido a través de ese procedimiento, como la materia jurídica, y hablar de un contenido jurídico jurídicamente irrelevante. En la ciencia del derecho tradicional este pensamiento recibe expresión, hasta cierto punto, en la distinción entre ley formal y ley material. La distinción hace justicia al hecho de que, bajo forma de ley, pueden producirse no sólo normas generales reguladoras de la conducta humana, sino tam-

bién decisiones administrativas que dispongan la concesión de ciudadanía a determinado individuo, o la aprobación de presupuesto del Estado, o inclusive sentencias penales, cuando el órgano legislativo, en ciertos casos, actúa como tribunal. Con todo, sería más correcto, en lugar de hablar de ley en sentido formal y de ley en sentido material, hablar de forma legal y contenido legal. La terminología, forma de derecho y materia jurídica, es con todo inexacta, y hasta conducente a error cuando para ser interpretado objetivamente como un acto jurídico no sólo se requiere que el acto sea llevado a cabo conforme a determinado procedimiento, sino también que el acto cuente con determinado sentido subjetivo. Cuál sea ese sentido depende de la definición del derecho presupuesta junto con la norma fundante. Si el derecho no es definido como orden coactivo, sino sólo como un orden establecido de acuerdo con la norma fundante y, además, cuando la norma fundante fuera formulada como si uno debiera comportarse bajo las condiciones determinadas por la primera constitución histórica, como la primera constitución histórica lo determina, podrían entonces existir normas jurídicas sin sanción, es decir, normas jurídicas que obligan, bajo ciertas condiciones, a una determinada conducta humana, sin que otra norma estatuya una sanción para el caso de incumplimiento de la primera. Entonces, el sentido subjetivo de un acto producido conforme a la norma fundante, que no es una norma, y que tampoco es puesto en relación con ninguna norma, sería jurídicamente irrelevante. En ese caso sólo se podría distinguir por su origen la norma establecida por el legislador constitucional, que obliga a una conducta humana determinada sin enlazar a la conducta contraria un acto coactivo, de una norma moral; y en general, no se podría distinguir en modo alguno la norma jurídica producida por vía de la costumbre, de una norma moral también producida a través de la costumbre. Si la costumbre es uno de los hechos que la constitución instituye como productor de normas jurídicas, entonces, toda la moral, en la medida en que de hecho sus normas son producidas por vía de la costumbre, sería una parte integrante del orden jurídico.

De ahí que deba rechazarse una definición del derecho que no lo determine como un orden coactivo. Sobre todo, porque sólo adoptando el momento coactivo como elemento del concepto de derecho se distingue a éste nítidamente de otros sistemas sociales; el elemento coactivo es un factor mucho más significativo para el conocimiento de las relaciones sociales, factor altamente característico que así es elevado a criterio distintivo de los sistemas sociales designados como "derecho"; pero, además especialmente, porque así se atiende a la conexión que aparece, en el caso más significativo para el conocimiento del derecho, el moderno derecho estatal, entre derecho y Estado, donde el Estado es esencialmente un orden coactivo y, precisamente, un orden coactivo limitado en su dominio territorial de validez.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Cfr. *infra*, pp. 289 y ss.

Las normas que constituyen el sentido subjetivo de actos legislativos, y que obligan a determinada conducta, sin que el comportamiento contrario sea convertido en condición de un acto coactivo, sólo pueden ser verificadas excepcionalmente en los órdenes jurídicos modernos. Si, con todo, los sistemas sociales designados como derecho en realidad contuvieran en medida destacable normas que obligan, que no estuvieran esencialmente ligadas con normas que estatuyen actos coactivos como sanciones —lo que por cierto no sucede—, entonces correspondería poner en cuestión la conveniencia de la definición del derecho como un orden coactivo; y si el elemento coactivo —como lo profetiza el socialismo marxista, como consecuencia de la abolición de la propiedad privada de los medios de producción— desapareciera de los sistemas sociales caracterizados como derecho, esos sistemas sociales modificarían esencialmente su naturaleza. Perderían, en el sentido de la definición aquí aceptada del derecho, su índole jurídica y, las comunidades que ellos constituyen, su naturaleza de Estados; el Estado, para hablar con la terminología de Marx, “moriría”, pero, con el Estado, también el derecho.

e) *Normas jurídicas no independientes.* Ya en otro contexto se señaló que cuando una norma obliga a determinada conducta, y una segunda norma estatuye una sanción para el caso de no observancia de la primera, ambas se encuentran entrelazadas entre sí esencialmente. Ello sucede, especialmente, cuando un orden normativo —como un orden jurídico— obliga a una determinada conducta, justamente en cuanto enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción, de suerte que una conducta sólo puede ser vista como obligatoria, en el sentido de ese ordenamiento —en el caso de un orden jurídico, como jurídicamente obligatoria— cuando la conducta contraria es condición de una sanción. Si un orden jurídico —por ejemplo, una ley dictada por el parlamento— contiene una norma que prescribe una determinada conducta y otra que enlaza al incumplimiento de la primera una sanción, la primera no constituye una norma independiente, sino que está esencialmente ligada a la segunda; ella determina sólo negativamente la condición a la que la segunda enlaza la sanción; y si la segunda determinara positivamente la condición a la cual ella enlaza la sanción, la primera sería, desde el punto de vista de la técnica legislativa, superflua. Si, por ejemplo, un código civil contuviera una norma según la cual el deudor debe devolver según un contrato el préstamo recibido del acreedor, y otra norma según la cual, en caso de que el deudor no devuelva conforme al contrato el préstamo recibido del acreedor, debe llevarse adelante una ejecución civil sobre el patrimonio del deudor ante la demanda del acreedor, todo lo que la primera norma determina se encuentra negativamente contenido en la segunda como condición. Los códigos penales modernos no contienen, por lo común, ninguna norma en las cuales, como en los Diez Mandamientos, se prohíba el matar, el adulterio y otros delitos, *sino*

que se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos. Aquí se ve claramente que la norma que establece: "No debes matar" es superflua, si existe una norma válida que establezca que: "Quien mate, será sancionado penalmente"; que el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta, en cuanto enlaza a esa conducta una sanción, o bien, obliga a determinada conducta en cuanto enlaza una sanción a la conducta contraria. Normas jurídicas no independientes son también aquellas que permiten positivamente una determinada conducta. Puesto que sólo delimitan el dominio de validez de una norma jurídica, que prohíbe esa conducta al enlazar a la contraria una sanción. Ya se señaló la norma que permite la legítima defensa. La relación entre ambas normas aquí en cuestión aparece claramente en el texto de la Carta de las Naciones Unidas, que en el artículo 2, párrafo 4, prohíbe el recurso a la fuerza por parte de todos los Estados miembros, en cuanto enlaza a ese recurso a la fuerza las sanciones estatuidas en el artículo 39, permitiendo en el artículo 51 el recurso a la fuerza como legítima defensa individual o colectiva, y limitando así la prohibición general del artículo 2, párrafo 4. Los artículos mencionados constituyen una unidad. La redacción pudiera haber contenido un único artículo que prohibiera todo recurso a la fuerza por parte de los Estados-miembros, que no se produjera como legítima defensa individual o colectiva, haciendo del recurso a la fuerza así limitado condición de una sanción. Otro ejemplo: una norma prohíbe el comercio de bebidas alcohólicas, es decir, lo sujeta a penas; pero esa prohibición es limitada por otra norma según la cual el comercio de bebidas alcohólicas, cuando se efectúa con autorización administrativa, no está prohibido, es decir, no es punible. La segunda norma, mediante la cual se limita el dominio de validez de la primera, es una norma no independiente, puesto que aquélla sólo tiene sentido junto con ésta. Ambas constituyen una unidad. Sus contenidos pudieran haber sido expresados en una norma: si alguien vende bebidas alcohólicas sin autorización administrativa, será penalmente sancionado. La función de la permisón meramente negativa, consistente en que el orden jurídico no prohíba una determinada conducta, no entra aquí ya en juego, puesto que la permisón resulta aquí de una norma positiva.

Así como una norma jurídica puede limitar el dominio de validez de otra, también puede eliminar completamente la validez de otra. También esas normas derogatorias son normas no independientes, que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos.

También las normas que facultan una determinada conducta son normas no independientes, mientras se entienda por "facultar" otorgar a un individuo un poder jurídico, es decir, conferirle el poder de producir normas jurídicas. Puesto que sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo. Se trata de las normas que facultan la producción de normas jurídicas generales; las normas de la constitución que

regulan la actividad legislativa, o establecen la costumbre como hecho productor de normas; y también las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos mediante los cuales las normas generales introducidas a través de leyes o costumbres son aplicadas por normas individuales producidas por órganos autorizados para ello: las autoridades judiciales y administrativas. Un ejemplo ilustrará al respecto. Consideremos la situación que se presenta cuando un determinado orden jurídico estatal prohíbe legalmente el hurto, imponiéndole pena de prisión. Condición de la pena normada no es únicamente el hecho de que un hombre incurra en hurto. Puesto que el hurto tendrá que ser establecido en un procedimiento determinado por las normas de un orden jurídico, por un tribunal autorizado a ello por esas normas, el tribunal tendrá que ordenar la pena determinada por la ley, o por el derecho consuetudinario, que será ejecutada por otro órgano. El tribunal está facultado, mediante un determinado procedimiento, a imponer una pena al ladrón, sólo cuando a través de un procedimiento constitucional se hubiere producido una norma general que enlaza al hurto una pena determinada. La norma de la constitución que faculta a la producción de esa norma general, establece una condición a la cual la sanción se encuentra ligada. El enunciado jurídico que describe esa situación reza: "Cuando los individuos autorizados a legislar hubieren promulgado una norma general según la cual quien cometiera hurto debe ser penado de determinada manera, y cuando el tribunal autorizado al respecto en la legislación procesal penal hubiere verificado, mediante uno de los procedimientos específicos de la legislación procesal penal, que un hombre determinado ha incurrido en hurto y además, cuando ese tribunal hubiere impuesto la pena legalmente determinada, entonces, un órgano determinado deberá ejecutar la pena." Esta formulación del enunciado jurídico que describe el derecho muestra que las normas de la constitución que autorizan la producción de normas generales, al regular la organización y los procedimientos legislativos, y las normas de la legislación procesal penal, que autorizan a las decisiones de los tribunales penales a producir normas individuales, al regular la organización y los procedimientos de los tribunales penales, son normas no independientes, puesto que sólo determinan las condiciones bajo las cuales se han de llevar a cabo las sanciones penales. La ejecución de todos los actos coactivos estatuidos por un orden jurídico —inclusive aquellos que son ordenados en un procedimiento administrativo, y no en uno judicial—, y de aquellos que no tienen el carácter de sanciones, queda condicionado de esta manera. La producción constitucional de las normas generales que han de aplicar los órganos de aplicación, y la producción legal de las normas individuales mediante las cuales esos órganos aplican las normas generales, son también tan condiciones de la ejecución del acto coactivo como la verificación del hecho delictuoso, o de otras circunstancias que las normas jurídicas hayan convertido en condiciones de los actos coactivos que no revistan el carácter de sanciones.

Pero la norma general que, bajo todas esas condiciones estatuye el acto coactivo, es una norma independiente de derecho, aun cuando el acto coactivo no sea obligatorio, en cuanto a su incumplimiento no se ligue ningún acto coactivo posterior. Si se dice que el acto coactivo es facultativo, la palabra "facultativo" es empleada en un sentido extensivo. Puesto que designa no sólo la concesión de una potestad jurídica, es decir, la capacidad de producir normas jurídicas, sino también otorga capacidad de llevar a cabo los actos coactivos estatuidos por las normas jurídicas. Si en esa capacidad se ve también un "poder", cabe considerar que esa capacidad es designada como un poder jurídico en el sentido amplio de esa palabra.

A las normas no independientes pertenecen, por fin, aquellas que determinan con mayor especificidad el sentido de otras normas, en cuanto definen un concepto utilizado en la formulación de otra norma, o interpretan de otra manera auténticamente una norma. Un código penal, por ejemplo, puede contener un artículo que establezca que: "Homicidio es la acción de un hombre mediante la cual éste produce intencionalmente la muerte de otro." Este artículo es una definición del homicidio; sólo tiene carácter normativo en su relación con otro artículo, que dispone: "Si un hombre comete homicidio, el tribunal competente le impondrá pena de muerte"; y este segundo artículo está a su vez en inseparable relación con un tercero, que prescribe: "La pena de muerte se aplicará en la horca."

De lo dicho resulta que un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que, por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo. Pero tampoco todas las normas que estatuyen actos coactivos obligan, sino sólo aquellas que estatuyen el acto coactivo como reacción —es decir, como sanción— contra determinada conducta humana, obligando, pues, a la conducta contraria. De ahí que el derecho, también por esta razón,<sup>44</sup> no tenga un carácter exclusivamente obligatorio e imperativo. En cuanto un orden jurídico es un orden coactivo, en el sentido que se acaba de establecer, puede ser descrito en enunciados que declaren que, bajo determinadas condiciones (y ello quiere decir: determinadas por el orden jurídico), deben ejecutarse determinados actos coactivos (y ello quiere decir: determinados por el orden jurídico). La totalidad del material dado en las normas jurídicas de un orden jurídico se acomoda en este esquema de enunciado jurídico formulado por la ciencia del derecho, enunciado que corresponde distinguir de las normas del derecho impuestas por la autoridad jurídica.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Cfr. *supra*, p. 16.

<sup>45</sup> Cfr. *infra*, pp. 43 y ss.

## II. DERECHO Y MORAL

### 7. Las normas morales como normas sociales

Al quedar el derecho, como objeto de una ciencia jurídica específica, determinado como norma, queda también delimitado frente a la naturaleza, así como la ciencia del derecho frente a la ciencia natural. Pero junto a las normas jurídicas hay también otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, es decir, que son también normas sociales. La ciencia del derecho, en consecuencia, no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de las normas sociales. Cabe abarcar esas otras normas sociales bajo la denominación de "moral", y la disciplina orientada a su conocimiento y descripción puede ser designada como "ética".<sup>46</sup> En tanto la justicia es

<sup>46</sup> Schlick, al interpretar la norma como "reproducción de un hecho de la realidad" (cf. *supra*, p. 17), afirma (*op. cit.*, pp. 14 y ss.) que la ética es una ciencia fáctica, y aun cuando "fuera una ciencia normativa" no dejaría de ser "una ciencia de hechos". "Tiene que ver exclusivamente con lo real." Esta opinión la sustenta Schlick en la afirmación de que "las valoraciones supremas son también hechos que se producen en la realidad de la conciencia humana..." Es correcto que las "valoraciones", vale decir, los actos con los cuales se juzga que una conducta corresponde o no a una norma, así como los actos mediante los cuales se instauran las normas constituyentes de valores, son hechos reales. Pero las normas que esos actos producen, y que se emplean en los actos de valoración, no son hechos reales, sino contenidos significativos, a saber: el sentido de los actos que establecen las normas. Ese sentido es un deber. La ética, como la ciencia jurídica, es una ciencia normativa, por tener por objeto normas obligatorias como contenido de sentido, y no los actos fácticos, relacionados causalmente, cuyo sentido las normas constituyen. Ello no significa, en manera alguna, que las normas, como pasa en la ética de Kant (Schlick, *op. cit.*, p. 8) sean órdenes sin nadie que ordene, exigencias sin nadie que exija, esto es: normas sin actos de producción de normas. Ello significa que las normas son objeto de la ética —así como de la ciencia del derecho—, mientras que los actos productores de normas sólo lo son en la medida en que constituyan el contenido de normas; es decir, que estén regulados por normas. La confusión de la ética con una ciencia empírica; la tesis de que la ética es sólo una rama de la psicología y la sociología (cf. A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Londres, 1936, p. 168: "Pareciera, pues que la ética, como rama del conocimiento, no fuera nada más que una sección de la psicología y la sociología") reposa en la falta de distinción entre el acto productor de una norma, y la norma producida como sentido de ese acto.

La tentativa del positivismo lógico de exponer la ética como una ciencia empírica fáctica proviene claramente de la tendencia, enteramente legítima, de sacarla del territorio de la especulación metafísica. Esa tendencia queda suficientemente satisfecha cuando se reconoce en las normas, que son el objeto de la ética, los contenidos de sentido de ciertos actos ejecutados por los hombres en el mundo de la realidad, y no órdenes de entidades trascendentes. Si tanto las normas morales, como las normas del derecho positivo, son el sentido de hechos empíricos, no sólo la ética sino también la ciencia del derecho puede ser caracterizada como ciencia empírica —en oposición a la especulación metafísica—, aun cuando tenga por objeto normas y no hechos.

una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho.<sup>47</sup> Hay que advertir, en ello, que los usos lingüísticos confunden frecuentemente la moral con la ética, así como ocurre con el derecho y la ciencia jurídica. De suerte que muchas veces se afirma de la ética lo que sólo corresponde a la moral: que regula conducta humana; que estatuye deberes y derechos, es decir, que impone autoritariamente normas, mientras que sólo puede conocer y describir las normas establecidas por alguna autoridad moral, o las normas morales surgidas consuetudinariamente. La pureza metódica de la ciencia jurídica es puesta en peligro, no sólo en cuanto no se respetan las vallas que la separan de la ciencia natural, sino —en mayor medida— en cuanto no es distinguida suficientemente de la ética; cuando no se distingue claramente entre derecho y moral.

El carácter social de la moral a veces es cuestionado señalando que, junto a las normas morales que estatuyen el comportamiento del hombre frente a otros hombres, también existen normas morales que prescriben la conducta del hombre con respecto de sí mismo, tal como la norma que prohíbe el suicidio, o las normas que obligan a la valentía o a la castidad. Pero también esas normas sólo aparecen en la conciencia de hombres que viven en sociedad. La conducta de los hombres, que ellas determinan, se relaciona quizás inmediatamente con ellos mismos; en forma mediata, en cambio, se refiere a los restantes miembros de la comunidad. Puesto que sólo en razón de los efectos que esos comportamientos tienen sobre la comunidad, se convierten, en la conciencia del miembro comunitario, en una norma moral. También las llamadas obligaciones del hombre consigo mismo son obligaciones sociales. Carecerían de sentido para el individuo que viviera aislado.

### 8. *La moral como regulación del comportamiento interno*

La distinción entre moral y derecho no puede referirse a la conducta a que obligan las normas de ambos órdenes sociales. El suicidio puede estar prohibido no sólo por la moral, sino también por el derecho; la valentía y la castidad pueden constituir no sólo obligaciones morales, sino también obligaciones jurídicas. Tampoco es correcta la tesis frecuentemente sostenida de que el derecho prescribe una conducta externa, mientras que la moral lo haría con la conducta interna. Las normas de ambos órdenes determinan ambos tipos de conducta. La virtud moral de la valentía no consiste solamente en el estado anímico de impavidez, sino también en el comportamiento externo condicionado por ese estado anímico. Y si un orden jurídico prohíbe el homicidio, no sólo prohíbe la producción de la muerte de un hombre mediante el comportamiento externo de otro, sino también una conducta interna, a saber, la inten-

<sup>47</sup> Una investigación sobre el problema de la verdad se encuentra en H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit*.

ción de producir ese resultado. La conducta "interna" que la moral exigiría, a diferencia del derecho —según la opinión de algunos filósofos moralistas— consistiría en que la conducta, para ser moral, debe producirse contra las inclinaciones,<sup>48</sup> o lo que es lo mismo, contra un interés egoísta. En la medida en que con ello no se quiere decir otra cosa sino que la obligación estatuida por una norma moral consiste en determinada conducta; es decir, que esa norma guarda validez aun cuando las inclinaciones subjetivas, o los intereses egoístas, se contrapongan a la conducta exigida, entonces, lo mismo cabe sostener de las obligaciones estatuidas por normas de derecho. Que un orden social prescriba una conducta que posiblemente apunte contra cierta inclinación o determinado interés egoísta del individuo cuyo comportamiento el orden regula, es algo inevitable. Prescribir solamente la conducta que corresponda a todas las inclinaciones, o intereses egoístas de los sujetos de las normas, sería cosa superflua, dado que los hombres siguen sus inclinaciones, o tratan de satisfacer sus intereses egoístas, sin tener necesidad de ser obligados a hacerlo. Un orden social, esto es, una norma que prescribe una determinada conducta humana, tiene sentido si ha de lograrse una situación diferente de la que se obtendría si todos siguiesen sus inclinaciones o intentaran satisfacer sus intereses egoístas, inclinaciones e intereses que ya se dan sin requerir la validez y eficacia de un orden social; es decir, si los hombres deben también comportarse en contra de esas inclinaciones o de esos intereses egoístas. Cabe advertir que cuando los individuos sujetos al orden social de hecho se comportan de acuerdo con las normas del orden, ello sucede solamente porque esa conducta corresponde a su inclinación o interés egoísta, o a una inclinación o interés egoísta provocado por el orden social y que en lo posible —aunque no necesariamente— es contrapuesto a la inclinación o interés egoísta que se presentaría exclusivamente si no tuviera intervención el orden social. El hombre puede tener simultáneamente inclinaciones o intereses contradictorios. En ese caso, su comportamiento dependerá del hecho de cuál inclinación, de qué interés, sea más poderoso. Ningún orden social puede poner de lado las inclinaciones de los hombres, sus intereses egoístas, como motivo de sus acciones y omisiones. Sólo puede, si debe ser eficaz, crear la inclinación o el interés que los lleve a actuar de acuerdo con el orden social y a oponerse a las inclinaciones o intereses egoístas que sin él serían dominantes.

La doctrina ética de la que arriba se habla a veces es entendida, con todo, en el sentido de que sólo la conducta orientada contra la inclinación o un interés egoísta, tiene valor moral.<sup>49</sup> Dado que "tener valor moral" no puede

<sup>48</sup> Esta es, como es sabido, la doctrina ética de Kant. Cf. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Edición de la K. P. Akademie der Wissenschaften, t. iv, pp. 397 y ss.).

<sup>49</sup> Kant, *op. cit.*, p. 398: "Pero afirmo que en esos casos, esa acción (si es efectuada por inclinación), por conforme al deber que sea, por meritória que sea, no tiene, sin embargo, ningún verdadero valor moral..."

querer decir otra cosa sino "corresponder a una norma moral", será necesario afirmar con esta doctrina que la moral no prescribe otra cosa sino que, al actuar, deben combatirse las propias inclinaciones, no satisfacer los propios intereses egoístas, debiendo actuarse en mérito a otros motivos. Es decir, la norma moral sólo se refiere al motivo de la conducta. Haciendo abstracción de que satisfacer la exigencia de actuar sólo en mérito a motivos distintos de las propias inclinaciones, o de los intereses egoístas, es cosa psicológicamente imposible, la moral cuya norma se refiere exclusivamente a los motivos del comportamiento implanta un orden social distinto al que prescribe una conducta externa. La norma de una moral que se refiera solamente al motivo de la conducta externa es incompleta; sólo puede tener validez junto con las normas que prescriben la conducta externa y esas normas también tendrían que ser normas morales. Puesto que no cualquier comportamiento, sólo porque se produce contra una inclinación, o contra un interés egoísta, será moral. Si alguien acata la orden de otro de matar a alguien, su acción no tendrá valor moral, aun cuando la cumpla contra sus inclinaciones o sus intereses egoístas, en la medida en que el homicidio se encuentre prohibido por el orden social que es presupuesto como válido; esto es, en la medida en que el homicidio sea considerado desvalioso. Una conducta sólo puede tener valor moral cuando no sólo su motivo, sino también la conducta misma corresponde a una norma moral. No es posible, en el juicio moral, separar el motivo de la conducta motivada. También por esta razón no puede limitarse el concepto de la moral que prescriba la lucha contra las inclinaciones, la negativa a satisfacer los propios intereses egoístas. Pero sólo así, cuando se ha limitado de esa manera el concepto, es posible diferenciar la moral del derecho, como si aquélla se refiriera únicamente a una conducta interna, mientras que éste prescribe conducta externa.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> También, según Kant, una acción, para tener valor moral, es decir, para ser éticamente buena, no sólo debe producirse "por deber", sino que debe ser "en mérito a un deber", es decir, corresponder a la ley moral. La norma moral: "no actúes siguiendo tus inclinaciones, sino por deber", supone, por lo tanto, la existencia de otras normas morales que obligan a determinadas acciones. Una de las tesis más esenciales de su ética es que "el concepto del bien y del mal no debe ser determinado previamente a la ley moral, ... sino solamente, ... luego de ella y mediante ella" (*Kritik der praktischen Vernunft*, ed. de la Akademie, v, p. 62-3).

Según Kant, actúa por "inclinación", quien encuentra en su acción "un íntimo placer" al actuar como lo hace (*Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, p. 398). Pero también quien actúa "por deber", es decir, "por respeto a la ley", actúa por inclinación, puesto que lo hace en cuanto encuentra un íntimo placer en acatar la ley; su conciencia le depara "un íntimo placer" al actuar conforme a la ley, conforme a lo debido; es decir: por inclinación a actuar conforme al deber. Desde un punto de vista psicológico, ello no puede negarse; y la pregunta de cuáles sean los motivos por los cuales un hombre actúa, es una pregunta psicológica.

Kant distingue el derecho, como regulación de la conducta externa, de la moral, como regulación de la conducta interna (a saber, de los motivos de la conducta). En consecuencia, contrapone la "legalidad" a la "moralidad". Dice (*Metaphysik der Sitten*, ed. de la Akademie,

### 9. La moral como orden primitivo sin carácter coactivo

Tampoco cabe distinguir esencialmente el derecho y la moral en relación con la forma de producción de sus normas, o en relación con su uso. De igual manera que las jurídicas, también las normas morales son producidas por la costumbre, y por su instauración consciente (sea por un profeta, o por el fundador de una religión, como Jesús). En ese sentido, la moral, como el derecho, es positiva, y para una ética científica sólo entra en consideración una moral positiva, así como sólo es relevante, para una doctrina jurídica científica, un derecho positivo. Es verdad, por cierto, que el orden moral no prevé órganos centrales para la aplicación de sus normas. Esta aplicación consiste en la evaluación moral del comportamiento de otro, comportamiento regulado por ese orden. Pero también un orden jurídico primitivo es plenamente descentralizado y, en este respecto, no puede ser diferenciado de un orden moral. Es muy característico que algunos pretenden, a veces, que el *derecho* internacional general, plenamente descentralizado, sólo vale como una *moral* internacional.

No cabe reconocer una diferencia entre derecho y moral con respecto de *qué* sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en *cómo* ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana. El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido —como se mostró anteriormente— como un orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado; mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de ese tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de la conducta conforme a la norma, y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno entre en juego en él el empleo de la fuerza física.

vi, p. 124): “Las leyes de la libertad se denominan, a diferencia de las leyes de la naturaleza, *morales*. En cuanto se orientan sólo hacia meras acciones externas y su legalidad, se denominan *leyes jurídicas*; si requieren también que ellas mismas (las leyes) sean los fundamentos determinantes de las acciones, son entonces *leyes éticas*; y en consecuencia se dice que la conformidad con las primeras es la *legalidad*, mientras la conformidad con las segundas constituye la *moralidad* de la acción.” Vale decir: también las normas jurídicas son normas morales; también las normas morales están dirigidas a la acción externa; sólo *una* norma moral prescribe que no se debe actuar por inclinación, sino por respeto a la ley. Cuando Kant sostiene que sólo la acción que corresponde a esta norma posee valor moral, distingue al hacerlo un valor moral, en sentido específico estricto —es decir, correspondencia con esa norma moral especial—, y un valor moral en sentido lato, que equivale a correspondencia con las restantes normas morales. También la legalidad es un valor moral, puesto que es actuar conforme a normas “morales”.

## 10. *El derecho como parte de la moral*

Si se reconoce en el derecho y la moral tipos distintos de sistemas normativos, se plantea entonces el interrogante acerca de la relación entre ambos. Esta pregunta tiene un doble sentido. Con ella puede entenderse cuál *sea* la relación entre el derecho y la moral; pero también cuál *deba ser* la relación entre ambos. Se suele entremezclar ambas cuestiones, lo que lleva a confusiones. A veces se responde a la primera pregunta afirmando que el derecho, por su naturaleza, también es moral, es decir: que la conducta que las normas jurídicas exigen o prohíben, también son exigidas o prohibidas por las normas de la moral; que cuando un orden social exige una conducta, que la moral prohíbe, o prohíbe una conducta que la moral exige, ese orden no constituye derecho, por no ser justo. Pero el interrogante también es contestado afirmando que el derecho puede ser moral —en el sentido señalado, es decir, justo—, pero no es necesario que lo sea; el orden social que no es moral y, por ende, que no es justo, puede ser, sin embargo, derecho, aun cuando se acepte la exigencia de que el derecho deba ser moral, esto es: justo.

Si se entiende el interrogante por la relación entre derecho y moral como una pregunta por el contenido del derecho, y no como una pregunta por su forma; cuando se afirma que, según su naturaleza, el derecho posee un contenido moral, o constituye un valor moral, lo que se afirma es que el derecho vale dentro del dominio de la moral, que el derecho es parte integrante del orden moral, que el derecho es moral y, por ende, justo por su propia esencia. En la medida en que semejante afirmación intenta dar una justificación del derecho —y ahí radica su sentido propio—, debe presuponer que sólo hay *una* moral únicamente válida; es decir: una moral absoluta, un valor moral absoluto; y que sólo las normas que corresponden a esa moral absoluta y, por ende, que son constitutivas del valor moral absoluto, pueden ser tenidas por “derecho”. Es decir: se parte de una definición del derecho que determina a éste como una parte de la moral; que identifica al derecho con la justicia.

## 11. *Relatividad del valor moral*

Si, en cambio, desde el punto de vista del conocimiento científico, se rechaza la aceptación de valores absolutos, en general, y en especial, la de un valor moral absoluto —dado que el valor absoluto sólo puede admitirse a partir de una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de una divinidad—, y si, en consecuencia, se acepta que, desde ese punto de vista, no cabe encontrar una moral absoluta —es decir, una moral exclusivamente válida, que rechace la posibilidad de la validez de otra—; si se niega que lo que es bueno o justo según una moral, sea bueno o justo en todas las circunstancias, y que lo que sea malo según este orden moral, sea malo en todas las circunstancias; si se admite que

en diferentes épocas, en pueblos diferentes —y hasta en un mismo pueblo, dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones— existen sistemas morales válidos muy distintos y entre sí contradictorios; que puede considerarse, bajo circunstancias distintas, bueno o malo, justo o injusto, a cosas diferentes, cosas que no pueden considerarse en todas las circunstancias posibles buenas o malas, justas o injustas; si se acepta que sólo hay valores morales relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales tienen que contar con un contenido moral, de que tienen que ser justas para ser consideradas derecho, sólo significa que esas normas tienen que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos. Pero frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y en distintos lugares han considerado bueno y malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes órdenes morales. Se ha sostenido que una exigencia común a todos los sistemas morales es la que requiere conservar la paz, no ejercer violencia contra nadie. Pero ya Heráclito enseñaba que la guerra no sólo es “padre” —es decir, causa originaria— de todas las cosas, sino también el “rey” de ellas, es decir, la suprema autoridad normativa, el supremo valor, siendo, por lo tanto, bueno que el derecho sea lucha y, por ende, que la lucha sea justa.<sup>51</sup> E inclusive Jesús dice: “No he venido para traer paz a la tierra, sino división,<sup>52</sup> proclamando así, por lo menos con respecto del orden moral de este mundo, que de ninguna manera la paz es el valor supremo. ¿Se podría negar que aun hoy, para las convicciones de muchos, la guerra sigue teniendo valor moral, en tanto que permite la demostración activa de virtudes, y hace posible la realización de ideales que están por encima del valor de la paz? ¿Acaso no se discute la moral del pacifismo? ¿Acaso, la filosofía de la vida del liberalismo, según la cual la competencia, la lucha en la concurrencia, garantizarían el mejor de los estados posibles de la sociedad, corresponde al ideal de paz?

<sup>51</sup> Este es el sentido de los fragmentos 53, 80 y 112 (Diels): “La guerra ( πόλεμος ) es de todo el padre ( πατήρ ) y de todo el rey ( βασιλεύς ). A unos designa como dioses, a los otros como hombres; de unos hace esclavos, de otros, hombres libres.” Es justo que en la guerra los triunfadores se conviertan en dioses, u hombres libres, y los vencidos en hombres o esclavos. Puesto que “debe saberse que la guerra es un principio ( ξυών ) general, y que el derecho es lucha ( δίκην ἔριν ), y que todo acaece en mérito de la lucha y la necesidad ( κατ’ ἔριν καὶ χρεώμενα )”. La ética de Heráclito es una suerte de doctrina del derecho natural: “La sabiduría consiste en decir la verdad y actuar según la naturaleza, prestándole oídos ( ποιεῖν κατὰ φύσιν ἐπαίοντας ).” De que la realidad de la naturaleza muestra la lucha y la guerra como un fenómeno general, se sigue que la guerra y la lucha son justas.

<sup>52</sup> Lucas XII, 5: “Desde ahora en adelante, cinco en una casa ya no serán uno; tres contra dos y dos contra tres. El padre estará contra el hijo y el hijo contra el padre; la madre contra la hija, y la hija contra la madre, el cuñado contra la nuera y la nuera contra el cuñado.” Lucas XII, 52/3. Jesús, por cierto también dijo: “Bienaventurados son los pacíficos, pues serán llamados hijos de Dios.” (Mateo V, 9); pero otras afirmaciones que se le atribuyen en los Evangelios, están entre sí en contradicción Cf. H. Kelsen, *What is Justice?*, Berkeley, 1957, pp. 25 y ss.

Este ideal no constituye el valor supremo en todos los sistemas morales, y en algunos, carece de todo valor. Y aun cuando fuera posible establecer un elemento común a todos los sistemas morales hasta ahora tenidos por válidos, no habría razón suficiente para considerar a un orden coactivo que no contenga ese elemento y que ordene una conducta —que no ha sido realizada aún en ninguna comunidad— como buena o justa; y que prohíba una conducta —que no ha sido realizada aún en ninguna comunidad— por mala o injusta; por “inmoral” o “injusta”, y en consecuencia, como si no fuera derecho. Puesto que si no se presupone ningún valor moral dado *a priori*, es decir, si no se presupone ningún valor moral absoluto, no se tiene posibilidad de determinar lo que en todas las circunstancias deba ser considerado bueno y malo, justo e injusto. Y, luego, no cabe negar que también aquello que el orden coactivo a que uno se refiere ordena, será considerado como bueno o justo, y aquello que prohíbe, como malo o injusto; y que también el orden mismo será —aunque relativamente— moral o justo. Pues lo que es común necesariamente a todos los sistemas morales posibles, no consiste en otra cosa sino en que imponen normas sociales —es decir, normas que estatuyen mediata o inmediatamente— una determinada conducta de los hombres frente a otros hombres—, que estatuyen determinadas conductas como debidas. Lo común a todos los sistemas morales posibles es su forma: el carácter normativo, lo debido. Es moralmente bueno lo que corresponde a una norma social que estatuye determinada conducta humana; moralmente malo, lo que contradice una norma tal. El valor moral relativo es constituido por la norma social que instaure como debida una determinada conducta humana. Norma y valor son conceptos correlativos.

Bajo estos presupuestos, la afirmación de que el derecho es moral por su naturaleza no significa que cuente con determinado contenido, sino que es norma, a saber: una norma social que establece como debida determinada conducta humana. En este sentido relativo, todo derecho es, entonces, moral, todo derecho constituye un valor moral relativo. Pero ello quiere decir, por lo tanto, que la pregunta por la relación entre el derecho y la moral no es un interrogante acerca del contenido del derecho, sino una pregunta por su forma. En consecuencia no cabe afirmar, como a veces se dice, que el derecho no es únicamente norma (o imperativo), sino que constituye un valor o lo incorpora —afirmación que también sólo tiene sentido pleno suponiendo un valor absoluto divino. Puesto que justamente el derecho constituye un valor en cuanto es norma: constituye el *valor jurídico* que, de consuno, es un valor moral relativo; con lo cual no se dice otra cosa sino que el derecho es norma.

Pero con ello de ninguna manera queda aceptada la teoría de que el derecho, por su naturaleza, configure un mínimo de moralidad; que un orden coactivo, para poder ser considerado derecho, tenga que satisfacer una exigencia mínima de moral. Puesto que con esa exigencia, se establece de antemano una determinada moral absoluta con contenido, o un contenido común a todos los

sistemas morales positivos; por lo común, el ideal de paz como exigencia de una moral absoluta o como contenido común de todos los sistemas morales positivos. De lo anteriormente dicho resulta que lo que aquí se denomina “valor jurídico” (*Rechtwert*) no constituye, en ese sentido, un mínimo moral y, en especial, que el valor de la paz no configura un elemento esencial del concepto de derecho.

## 12. Separación del derecho y la moral

Si se admite que el derecho, por su naturaleza, es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho *deba* ser moral. Exigencia semejante sólo tiene sentido —y sólo entonces la moral así presupuesta configura un patrón axiológico para el derecho— si se acepta la posibilidad de un derecho inmoral, moralmente malo; si la definición del derecho, por lo tanto, no incorpora el elemento de un contenido moral. Si una teoría del derecho positivo sustenta la exigencia de distinguir, en general, el derecho de la moral, y en especial, el derecho de la justicia, de suerte de no entremezclarlos, se dirige así contra la opinión tradicional, mantenida como cosa de suyo por la mayoría de los juristas, según la cual, sólo habría *una única moral válida*; lo que implica: una única moral *absoluta*, y, por ende, una justicia absoluta. La exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia. Si sólo se presupone un valor moral relativo, la exigencia de que el derecho *deba* ser moral, lo que implica: *deba* ser justo, sólo puede significar que la configuración del derecho positivo debe corresponder a *un determinado* sistema moral, entre los muchos posibles; con lo cual, con todo, no se excluye la posibilidad de la exigencia de que la conformación del derecho positivo *deba* corresponder a otro sistema moral, con el cual posiblemente de hecho concuerda, aun contrariando alguno de esos diferentes sistemas morales. Si, bajo el presupuesto de valores puramente relativos, se formula la exigencia de que, en general, se distinga al derecho de la moral y, en especial, al derecho de la justicia, ello no quiere decir, por acaso, que el derecho nada tenga que ver con la moral o con la justicia; no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto del bien. Puesto que el concepto del “bien” no puede ser determinado sino como “lo debido”, lo correspondiente a una norma; y si se define al derecho como norma, ello implica que lo conforme a derecho es bueno. La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar derecho y moral, y también, derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles, y no con

“la” moral, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral.

Una doctrina relativista de los valores no significa —como múltiples veces ha sido mal entendido— que no haya valores y, en especial, que no exista justicia alguna, sino que no hay valores absolutos, sino sólo relativos; que no hay una justicia absoluta, sino relativa; que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos.

Es evidente, que una moral puramente relativa no puede cumplir la función, consciente o inconscientemente, requerida de proveer de un patrón absoluto para la evaluación de un orden jurídico positivo. Pero patrón semejante no cabe encontrarlo en el camino del conocimiento científico. Ello no significa, empero, que no exista patrón alguno. Cada sistema moral puede servir como patrón semejante. Pero es necesario tener conciencia, cuando se juzga la conformación de un orden jurídico positivo como “moral”, como bueno o malo, justo o injusto,<sup>53</sup> que el patrón es relativo, que no está excluida otra evaluación a partir de otro sistema moral; que cuando se considera un orden jurídico como injusto, conforme al patrón de un sistema moral, el mismo orden jurídico puede ser estimado justo, ateniéndose al patrón de otro sistema moral.

### 13. *Justificación del derecho por la moral*

Una justificación del derecho positivo por la moral sólo es posible cuando aparece una oposición entre las normas de la moral y las del derecho, cuando puede darse un derecho moralmente bueno y un derecho moralmente malo. Cuando un orden moral, como el que Pablo proclamara en su “Epístola a los Romanos”, dispone que las normas establecidas por la autoridad jurídica deben ser observadas en todas las circunstancias, eliminando así de antemano toda contradicción entre ese orden y el derecho positivo, no puede cumplir su propósito de legitimar al derecho positivo otorgándole valor moral.<sup>54</sup> Si todo derecho positivo, en cuanto querido por dios, es justo; y si todo lo que existe, por ser querido por dios, es bueno, ningún derecho positivo puede ser injusto, de igual manera que nada de lo existente puede ser malo; cuando se identifica el derecho con la justicia, lo existente con lo debido, el concepto de justicia, así como el del bien, pierde sentido, puesto que si no hay algo

<sup>53</sup> Dado que lo evaluado es algo real, la evaluación moral del derecho positivo se refiere inmediatamente a los actos productores de normas, y sólo mediatamente a las normas implantadas mediante esos actos. Cf. *supra*, p. 17, y H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit*.

<sup>54</sup> Cf. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit*, párrafo 27.

malo (injusto), no puede darse algo bueno (justo). La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito.

Si el orden moral no prescribe que, en todas las circunstancias, haya de obedecerse al orden jurídico positivo, surge la posibilidad de una contradicción entre la moral y el orden jurídico; en ese caso, la exigencia de escindir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral; que desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tenida por válida aun cuando contradiga al orden moral.

Pero lo que sobre todo importa recalcar —como corresponde hacerlo una vez más, porque no se lo subraya nunca suficientemente— es la tesis de que no hay una única moral, “la” moral, sino muchos sistemas morales, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios; que un orden jurídico puede, a grandes rasgos, corresponder a las intuiciones morales de un grupo o clase determinados —en especial, los dominantes— dentro de la población sometida, y que, de hecho así sucede, contradiciendo simultáneamente las intuiciones morales de otro grupo o estrato social; pero, sobre todo, que las intuiciones sobre qué sea éticamente bueno y malo, qué sea éticamente justificable y no justificable, se encuentran, como el derecho mismo, en permanente cambio, y que el orden jurídico, o ciertas de sus normas, que en el tiempo en que gozaban de validez pudieron haber correspondido a las exigencias morales de entonces, pueden hoy ser consideradas como altamente inmorales. La tesis, rechazada por la *Teoría pura del derecho*, pero ampliamente corriente en la ciencia jurídica tradicional, de que el derecho tiene que ser, conforme a su naturaleza, moral; de que un orden social inmoral no constituye derecho, presupone una moral absoluta, es decir, una moral válida para todo tiempo y dondequiera. De otra manera no podría alcanzar su objetivo de establecer un patrón firme, independiente de circunstancias temporales y locales, sobre qué sea lícito o ilícito, y aplicable a los sistemas sociales.

La tesis de que el derecho, por su naturaleza, es moral; es decir, que sólo un sistema social moral es derecho, no es repudiada por la *Teoría pura del derecho* únicamente porque implique presuponer una moral absoluta, sino también porque, en sus aplicaciones de hecho, a través de la ciencia jurídica domi-

nante en una determinada comunidad jurídica, conduce a una legitimación acrítica del orden coactivo estatal constitutivo de esa comunidad. Puesto que se presupone como cosa que va de suyo que el propio orden coactivo estatal es derecho. El patrón problemático de la moral absoluta sólo es utilizado para medir los órdenes coactivos de Estados extranjeros; sólo éstos, cuando no satisfacen ciertas exigencias que el propio Estado satisface —por ejemplo, cuando reconocen, o no reconocen, la propiedad privada; cuando tienen carácter democrático o no democrático—, son descalificados como inmorales y, por ende, como no derecho. Pero como el propio orden coactivo es derecho, tendrá que ser también, conforme a esta tesis, moral. Semejante legitimación del derecho positivo podrá, pese a su insuficiencia lógica, prestar buenos servicios políticos. Desde el punto de vista de la ciencia, es inaceptable. Puesto que no corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna —sea mediante una moral absoluta, o sólo a través de una moral relativa— el orden normativo que sólo debe conocer y describir.

### III. DERECHO Y CIENCIA

#### 14. *Las normas jurídicas como objeto de la ciencia del derecho*

En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas. Las relaciones entre los hombres sólo interesan, como objeto de la ciencia del derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico, vale decir, en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas.<sup>55</sup> La ciencia del derecho intenta concebir “jurídicamente” su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho.<sup>56</sup>

#### 15. *Teorías estática y dinámica del derecho*

Depende de cómo se acentúe uno u otro elemento en esta alternativa: las normas que regulan la conducta humana, o la conducta humana regulada a través de las normas, que el conocimiento se oriente hacia las normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana, o bien a determinados actos de producción, aplicación o acatamiento, determinados por normas, pudiendo distinguirse entre una teoría estática y una teoría dinámica del derecho.<sup>57</sup> La primera tiene como objeto el derecho como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento.

<sup>55</sup> Sobre la noción de relación jurídica, cf. *infra*, pp. 167 y ss.

<sup>56</sup> Esta es la posición frente a la llamada teoría “egológica” del derecho, que sostiene que el objeto de la ciencia del derecho no son las normas sino la conducta humana; y frente a la teoría marxista, que considera al derecho como un conjunto de relaciones económicas. Cf. H. Kelsen, “Reine Rechtslehre und Egologische Theorie”, *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. v, 1953, pp. 450-482; y H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*. Nueva York, 1955.

<sup>57</sup> Cf. *infra*, pp. 196, 114 y ss.

Con todo, debe tenerse presente que ese proceso mismo se encuentra también regulado por el derecho. Puesto que es una peculiaridad altamente significativa del derecho, el que regule su propia producción y uso. La producción de normas jurídicas generales, esto es, el procedimiento legislativo, se encuentra regulado por la constitución, mientras que leyes de forma o procesales regulan la aplicación de las leyes materiales a través de los tribunales y las autoridades administrativas. De ahí que los actos de producción y aplicación del derecho, constitutivos del proceso jurídico (que, como veremos, también es producción de derecho),<sup>58</sup> sólo sean tomados en consideración por el conocimiento jurídico en cuanto constituyen el contenido de normas jurídicas; en cuanto están determinados por normas de derecho; de suerte que también la teoría dinámica del derecho apunta a normas jurídicas, a saber, a aquellas que regulan la producción y aplicación del derecho.

#### 16. Norma jurídica y enunciado jurídico

En tanto la ciencia jurídica sólo concibe a la conducta humana como contenido de normas jurídicas, es decir; en cuanto determinada por normas de derecho, expone el significado normativo de esos hechos. Describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados. Las oraciones en que la ciencia jurídica describe esas relaciones, deben distinguirse, en cuanto *enunciados* jurídicos, de las *normas* jurídicas producidas por los órganos de derecho, que deben ser aplicadas por ellos y obedecidas por los sujetos de derecho. Los *enunciados* jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina. Las *normas* jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes, imperativos; pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones; en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del derecho, información instructiva. El derecho ordena, permite, faculta; no "informa". Mas, en tanto las normas jurídicas se expresan en un lenguaje, es decir, con palabras y oraciones, pueden aparecer con la forma de enunciados declarativos de ciertos hechos. La norma según la cual el hurto debe ser castigado, frecuentemente es formulada por el legislador, declarando que "el hurto será castigado con prisión"; la norma que autoriza al jefe de un Estado a celebrar tratados

<sup>58</sup> Cf. *infra* pp. 239 y ss.

internacionales, suele formularse con la forma: “El jefe del Estado celebra los tratados internacionales.” No interesa, con todo, la forma lingüística adoptada, sino el sentido del acto que instaura la norma, que produce derecho. Y el sentido de ese acto es distinto del sentido del enunciado descriptivo del derecho. En la diferenciación entre enunciado jurídico y norma jurídica se expresa la distinción entre la función del conocimiento jurídico, y la función, enteramente distinta, que cumple la autoridad jurídica representada por órganos de la comunidad jurídica.<sup>59</sup> La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho —por decir así, desde fuera—, y fundándose en ese conocimiento, describirlo. Los órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho, para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica. Es cierto que también los órganos de aplicación del derecho tienen que haber conocido previamente —desde dentro, por decir así— el derecho que tienen que aplicar. El legislador que, en su actuar legislativo aplica la constitución, debiera conocerla; el juez, que aplica las leyes, debiera conocerlas. Pero ese conocimiento no es lo esencial; sólo es la preparación de su función que, como lo mostraremos más de cerca, consiste de consuno, no sólo en el caso del legislador, sino también en el caso del juez, en producción de derecho: establecer una norma jurídica individual, en el caso del juez.<sup>60</sup>

Es también verdad que, en el sentido de la teoría del conocimiento kantiana, la ciencia jurídica, como conocimiento del derecho y al igual que todo conocimiento, posee un carácter constitutivo y, en consecuencia, “produce” su objeto al concebirlo como una totalidad significativa. Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituye el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta “producción” tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción de derecho por la autoridad jurídica.

La distinción entre la función de la ciencia jurídica y, la función de la auto-

<sup>59</sup> En la terminología de la ciencia tradicional del derecho alemana, cabe señalar, con todo, que las expresiones *Rechtsnorm* (norma jurídica) y *Rechtssatz* (enunciado jurídico) son empleadas como sinónimas. Ello está en íntima relación con el hecho de que esa ciencia confunde la función normativa de la autoridad jurídica con la función cognoscitiva de la ciencia jurídica. Muy característico en este contexto, es que el autor quizás más representativo en el terreno de la teoría general del derecho, Adolf Merkel, en su obra tan influyente, *Juristische Encyclopädie* (2ª ed., 1900), identifica expresamente, en el párrafo 12, los conceptos de *Rechtsnorm* y *Rechtssatz*; en el párrafo 22 define el derecho “como doctrina y un poder”: “Como doctrina en cuanto informa sobre cómo deben determinarse los límites de los dominios humanos del poder. Como poder, en cuanto exige y consolida el respeto de esos límites.”

<sup>60</sup> Cf. *infra* pp. 242 y ss.

ridad jurídica —y, por ende, entre el producto de una y otra— frecuentemente es ignorada; así en el uso lingüístico “derecho” y “ciencia del derecho” aparecen como expresiones sinónimas.<sup>61</sup> Se habla, por ejemplo, del “derecho internacional clásico”, para aludir a una determinada teoría sobre el derecho internacional; o también, de que la ciencia del derecho constituye una fuente de derecho, se utiliza esa expresión en el sentido de que cabe esperar de ella una decisión obligatoria para un caso jurídico. Pero la ciencia del derecho sólo puede describir el derecho; no puede, a diferencia del derecho producido, en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, prescribir algo.<sup>62</sup> Ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da entre una ley publicada en un diario oficial legislativo y un comentario jurídico científico de esa ley; entre un código penal y un tratado de derecho penal. La diferencia se muestra en que los enunciados deónticos formulados por la ciencia del derecho, que describen el derecho y que no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo válidas o inválidas, de igual suerte que los hechos empíricos no son ni verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos. La oración que encontramos en un tratado de derecho civil, según la cual quien, conforme al derecho del Estado que es objeto del tratado, no

<sup>61</sup> Así como el derecho es identificado con la ciencia jurídica que lo describe, también en los usos del lenguaje se identifica la moral, un orden normativo, con la ciencia de la ética. La ética describe las normas de una determinada moral; nos informa sobre cómo debemos comportarnos, conforme a esa moral; pero, en cuanto ciencia, ella misma no prescribe cómo debemos comportarnos. El ético no es la autoridad moral que establece las normas que describe en enunciados deónticos. Pero es posible, y a veces así sucede en los hechos, que una oración deóntica, que el autor de una ética formula en su obra, tenga en la intención de ese autor, no el sentido de una descripción, sino el de una prescripción; es decir, que el ético se atribuye autoridad para establecer una norma, para formular prescripciones morales. Así excede de su competencia como representante de una ciencia, planteándose la cuestión de qué sea lo que la faculta a dictar normas morales, un interrogante al que no podría ni siquiera dar una respuesta suficiente. Responder que es la misma ciencia ética la que lo faculta para dictar una norma moral, en su nombre, sería en todos los casos falso. Puesto que la ciencia es función cognoscitiva y descripción, y no una función volitiva y prescripción. Muy típico de la confusión entre moral y ética es el libro de Charles L. Stevenson, *Ethics and Language* (New Haven, Yale University Press, 1944), donde se afirma: “La ética normativa es algo más que una ciencia” (p. vii), y, a la pregunta: “¿Qué distingue a los enunciados éticos de los científicos?”, responde: “Los enunciados éticos tienen un significado que, aproximadamente, y en parte, es imperativo” (p. 26). “Imperativas” son las normas de una moral. Los enunciados de la ética correspondiente son exclusivamente descriptivos.

<sup>62</sup> La ciencia del derecho es conocimiento de éste, no conformación del mismo. Pero en la jurisprudencia tradicional reina la tesis de que la ciencia del derecho puede y debe también actuar como conformadora del derecho. Típico de esa opinión es Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1956, p. 8: “Es casi un rasgo distintivo exclusivo entre las ciencias de lo cultural, que la ciencia jurídica no vaya detrás del derecho, sino que pueda actuar en la configuración del derecho mismo, y de la vida que se da en el derecho y bajo éste.” Así se incurre en una confusión entre ciencia jurídica y política jurídica.

cumple con una promesa de matrimonio efectuada, debe reparar los daños así provocados y, de no hacerlo, debe ser ejecutado coactivamente en sus bienes patrimoniales, es falsa si en el derecho de ese Estado, objeto del tratado que lo describe, no se ha prescrito obligación alguna semejante, ni semejante ejecución forzosa. La respuesta a la pregunta de si, dentro de determinado orden jurídico, esa norma jurídica vale o no, es —por cierto, no directamente, pero sí indirectamente— verificable, puesto que esa norma, para tener validez, tiene que haber sido producida mediante un acto empíricamente comprobable. Pero la norma estatuida por la autoridad jurídica, que prescribiera la reparación de los daños y la ejecución forzosa ante el incumplimiento, no puede ser verdadera o no verdadera, puesto que no constituye ningún enunciado declarativo, ninguna descripción de un objeto, sino una *prescripción* y en cuanto tal, es ella el objeto que será *descrito* por la ciencia del derecho. La norma estatuida por el legislador, que prescribe la ejecución patrimonial de quien no ha reparado los daños provocados por su incumplimiento de la promesa matrimonial, y el enunciado formulado por la ciencia del derecho describiendo esa norma, a saber: que cuando alguien no ha reparado los daños provocados por una promesa incumplida de matrimonio, debe ser objeto de una ejecución coactiva de sus bienes patrimoniales, tienen características lógicas diferentes. De ahí que sea conveniente distinguir, aun terminológicamente, como “norma jurídica” y “enunciado jurídico”, ambas expresiones. Los enunciados jurídicos formulados por la ciencia del derecho no son, por lo tanto, simples repeticiones de las normas jurídicas producidas por la autoridad jurídica. El reproche de que, entonces, serían superfluas, no carece, con todo, tan evidentemente de fundamento como la tesis de que, dado el hecho de la naturaleza, la ciencia natural sería superflua. Puesto que la naturaleza no se manifiesta, como el derecho, en palabras habladas y escritas. El reproche de que el enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica fuera superfluo, junto a la norma jurídica, por él descrita, producida por la autoridad jurídica, sólo puede ser objetada señalando que esa tesis lleva a sostener que una ley penal sería superflua frente a su exposición jurídico-científica; que el derecho sería superfluo frente a una ciencia del derecho.

Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones —es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos—, no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas (como la teoría pura del derecho lo ha efectuado siempre), si, conforme con la opinión tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas. La respuesta a este interrogante es la siguiente: los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados

jurídicos que describen esas normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o no verdaderos. Dos normas jurídicas se contradicen y, por ende, no pueden ser afirmadas como simultáneamente válidas, cuando los dos enunciados jurídicos que las describen se contradicen; y una norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico.

A ello no se opone que esos enunciados sean proposiciones deónticas, y que tengan que serlo porque describen normas modalizadas deónticamente (*Sollnormen*). El enunciado que describe la validez de una norma penal que prescribe la pena de prisión para el hurto, sería falso si afirmara que, conforme a esa norma, el hurto será castigado con prisión; puesto que hay casos en que, pese a la validez de la norma, el hurto no es de hecho castigado, por ejemplo, porque el autor evita la pena. El enunciado jurídico que describe esa norma penal sólo puede rezar: "Si alguien comete hurto, deberá ser castigado." Pero el verbo modal "deber" del enunciado jurídico no tiene, como el "deber" de la norma jurídica, un sentido prescriptivo, sino un sentido descriptivo. La ambigüedad de la palabra "deber" es pasada por alto cuando se identifican los enunciados modales deónticos (*Sollsätze*) con imperativos.<sup>63</sup>

<sup>63</sup> Christoph Sigwart, *Logik*, 3ª edición. Tübingen, 1904, pp. 17 y ss., distingue entre imperativos, que no pueden ser verdaderos, sino que pretenden ser obedecidos y que, por ende, no son ni verdaderos ni falsos, y proposiciones que, en cuanto oraciones declarativas o enunciativas, quieren ser verdaderas, y, por ende, pueden ser verdaderas o falsas. Entre estas proposiciones destaca Sigwart, los enunciados sobre imperativos. Expone: "El imperativo... no requiere fe en su verdad, sino obediencia... Este significado inmediato y corriente del imperativo, como expresión de determinado querer individual en nada se modifica esencialmente cuando aparece como forma de una ley general. Cuando el legislador enfrenta a los ciudadanos, o a los miembros de una comunidad religiosa, con un imperativo, se comporta frente a ellos como un individuo frente a un individuo; no habla para transmitir una verdad que haya de ser creída, sino para repetir un mandamiento que debe ser acatado. Que el que ordena aparezca como un individuo real, o como un ente colectivo; que el motivo previsto para obedecer la subordinación sea la autoridad personal o un orden estatal impersonal, no interesa: el contenido de lo dicho no reside en la notificación de una verdad, sino en la pretensión de que algo sea hecho, y otras cosas dejadas de hacer. También la forma 'tú debes' que tales mandamientos, como sucede en el Decálogo, adoptan, no expresan inmediatamente otra cosa. El deber es el correlato del querer... Sólo que, en ese 'tú debes' aparece una ambigüedad, que no se encuentra en el simple imperativo. Puesto que "döben" es también el significado de un auténtico predicado en un enunciado que pretende ser verdadero; significa estar obligado, estar comprometido a...; un predicado modal que expresa la relación existente entre el querer individual subjetivo con un poder que manda, o bien, una norma objetiva. El imperativo originario ha pasado ahora al significado del predicado... y la afirmación de que yo esté obligado (es decir, de que yo deba comportarme de determinada manera) puede, con fundamento en un orden jurídico o moral establecido previamente, ser verdadera o falsa... Por fin, la misma ambigüedad aparece en las oraciones que exhiben la forma gramatical de una simple enunciación. Los artículos del código penal que rezan: quien hace esto o aquello, será castigado de tal o cual manera, no pretende informar sobre lo que efectivamente acontece, como formulación de una ley natural, sino dar una prescripción; la misma oración sin embargo, contiene una efectiva enunciación cuando representa a la ley en su efectividad; enuncia entonces lo que sucede regularmente en un Estado." Siguiendo a la ciencia del derecho

## 17. Ciencia causal y ciencia normativa

En cuanto se determina al derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural.

La naturaleza, es, según una de las muchas definiciones de este objeto, cierto orden de las cosas, o un sistema de elementos, enlazados entre sí como causa y efecto, es decir, ligados según el principio que se denomina de "causalidad". Las llamadas leyes naturales, con las cuales la ciencia describe aquel objeto, como, por ejemplo, la oración que afirma que "si se calienta un metal, el mismo se dilata", son aplicaciones de ese principio. La relación entre calor y dilatación es la causa y efecto.

Si existe una ciencia social diferente de la ciencia natural, necesita describir su objeto según un principio que se diferencie del de causalidad. En cuanto objeto de una ciencia tal, diferente de la ciencia natural, la sociedad es un orden normativo del comportamiento humano. Pero no existe razón suficiente alguna para no concebir también el comportamiento humano como un elemento de la naturaleza, es decir, como determinado también por el principio de causalidad, para explicarlo, como los hechos naturales, por causas y efectos. Que esa explicación —por lo menos, hasta cierto grado— es posible y efectivamente alcan-

tradicional, identifica Sigwart la validez con la eficacia. En cuanto la ciencia del derecho refleja la validez de un orden jurídico, nada dice sobre lo que regularmente acaece, sino únicamente sobre lo que debe producirse conforme a determinado orden jurídico. Se trata, en suma, de lo siguiente: según Sigwart esas oraciones deónticas son proposiciones que pueden ser verdaderas o falsas. De ahí que sea factible contraponer a una norma que estatuye como debida determinada conducta— norma que no es ni verdadera ni falsa, sino que sólo puede ser válida o inválida, no sólo un enunciado declarativo descriptivo de una conducta fáctica, sino también un enunciado deóntico que describa una norma, enunciado este último que puede ser tan verdadero, o no verdadero, como el enunciado declarativo.

Harold Ofstad, en "The descriptive definition of the concept of 'legal norm' proposed by Hans Kelsen", *Theoria*, vol. xvi, 2, 1950, pp. 118 y ss, me reprocha que mi distinción entre las normas de derecho producidas por la autoridad jurídica, y los enunciados deónticos mediante los cuales la ciencia del derecho describe aquellas normas —enunciados que yo, para distinguirlos de las normas jurídicas, denomino enunciados jurídicos (*Rechtsätze*) no es clara. Observa, en la página 132, que: "Según Kelsen los enunciados de la ciencia del derecho son simultáneamente enunciados de deber y enunciados descriptivos. Sería interesante que precisara sus sentidos descriptivos y normativos." Creo haberlo hecho en este texto, y remito a Ofstad en especial a la exposición arriba citada de Sigwart, referente a la ambigüedad del deber.

zable, no puede ser puesto en duda. En la medida en que una ciencia describe y explica la conducta humana de esa manera y, en cuanto su objeto está constituido por la interacción humana, puede ser considerada como ciencia social; semejante ciencia social, sin embargo, no puede ser tenida como esencialmente diferente de las ciencias naturales.

Pero si, entre tanto, analizamos nuestras enunciaciones sobre el comportamiento humano, resulta que no sólo enlazamos actos de conducta humana entre sí y con otros hechos, según el principio de causalidad, sino que también lo hacemos con otro principio que es enteramente diferente del de causalidad, un principio que no tiene aún en la ciencia un nombre generalmente reconocido. Si es posible comprobar que semejante principio se presenta en nuestro pensamiento y que es utilizado por ciencias que tienen por objeto la interacción humana determinada por normas —es decir, las normas que determinan la conducta— estaremos justificados en distinguir a la sociedad como un orden distinto de la naturaleza, y a las ciencias que recurren a ese otro principio ordenador en la descripción de su objeto, como esencialmente diferente de las ciencias naturales. Sólo cuando la sociedad es entendida como un orden normativo de la interacción humana, como un objeto concebido en forma distinta del orden causal de la naturaleza, puede contraponerse la ciencia de la sociedad a la ciencia de la naturaleza. Sólo en la medida en que el derecho es un orden normativo del comportamiento recíproco de los seres humanos, puede diferenciarse, como fenómeno social, de la naturaleza, y puede diferenciarse la ciencia del derecho, como una ciencia social, de la ciencia natural.

### 18. *Causalidad e imputación; ley natural y ley jurídica*

En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado principio de *imputación* (atribución). En el curso de un análisis del pensamiento jurídico puede mostrarse que en los enunciados jurídicos —esto es, en las oraciones mediante las cuales la ciencia del derecho describe su objeto, sea un derecho nacional, o el derecho internacional—, de hecho se utiliza un principio que, aun siendo análogo al de causalidad, con todo se diferencia de él en manera característica. La analogía reside en que el principio a que nos referimos cumple, en los enunciados jurídicos, una función enteramente semejante al del principio de causalidad en las leyes de la naturaleza, con las cuales la ciencia natural describe su objeto. Un enunciado jurídico es, por ejemplo, la oración: “Si un hombre comete un delito, debe sancionársele con una pena”; o: “Si alguien no paga sus deudas, debe procederse a ejecutar coactivamente sus bienes patrimoniales”; o: “Si un hombre padece de una enfermedad contagiosa, debe ser internado en un establecimiento determinado para esos casos.” En términos generales, el enunciado jurídico dice que bajo determinadas condiciones —esto

es, condiciones determinadas por el orden jurídico—, debe producirse determinado acto de coacción —a saber: el determinado por el orden jurídico. Es ésta, como ya se indicó en páginas anteriores, la forma fundamental del enunciado jurídico. De igual modo que una ley natural, el enunciado jurídico enlaza también dos elementos. Pero la relación que recibe expresión en el enunciado jurídico tiene un significado enteramente diferente del que refiere la ley natural, el causal. Parece evidente que el delito no está enlazado con la pena; el ilícito civil, con la ejecución forzosa de bienes, la enfermedad contagiosa, con la internación del enfermo, como una causa con su efecto. El enunciado jurídico no dice, como la ley natural, que si se produce el hecho A, entonces aparece el hecho B, sino que si se produce el hecho A, el hecho B es debido, aunque quizás B no se produzca en la realidad. Que el significado de la relación de los elementos en el enunciado jurídico sea diferente del enlace de los elementos en la ley natural, remite a que el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad, mientras que la conexión entre la causa y el efecto que se enuncia en la ley natural, es independiente de toda intervención semejante.

Esta distinción se pierde en el marco de una concepción del mundo religioso-metafísica. Según ésta, la conexión de causa a efecto es producida por la voluntad del creador divino. De allí que también las leyes naturales describan normas en las que se expresa la voluntad divina, normas que prescriben a la naturaleza determinado comportamiento. Y de allí que la doctrina metafísica del derecho crea encontrar en la naturaleza un derecho natural. En el marco de una concepción científica del mundo, en cambio, dentro de la cual sólo puede darse una doctrina positivista del derecho, es necesario mantener con todo rigor la diferencia entre ley natural y enunciado jurídico. Si el enunciado jurídico, en consecuencia, declara que, bajo determinadas condiciones, *debe* producirse una determinada consecuencia, ello debe entenderse en el sentido de que, cuando la conexión establecida por una norma jurídica entre los hechos determinados como condición y consecuencia es expresada en el enunciado jurídico mediante el verbo copulativo “deber”, este verbo, como ya se señaló anteriormente,<sup>64</sup> y como debe ser subrayado con energía, no es utilizado en su sentido corriente. Con el verbo “deber” se expresa usualmente el pensamiento de estar algo ordenado, pero no el estar algo autorizado o permitido. El verbo “deber” en derecho —esto es, el término copulativo que, en el enunciado jurídico, enlaza condición con consecuencia— abarca los tres significados: el estar ordenada, el ser facultativa y el estar (positivamente) permitida la consecuencia; vale decir: con el término “deber” se designan las tres funciones normativas que expresa el enunciado jurídico. Este verbo “deber” sólo expresa el sentido específico en que se relacionan, mediante una norma jurídica —lo que quiere

<sup>64</sup> Cf. *supra.*, p. 5.

decir: en una norma jurídica— ambos hechos. La ciencia del derecho no puede expresar de otra manera la relación establecida por la norma jurídica; en especial, la conexión entre el acto ilícito y la consecuencia del acto ilícito, sino mediante la cópula verbal “deber”. Para reproducir el sentido específico con el cual la norma jurídica se dirige a los órganos y sujetos del derecho, no puede formularse el enunciado jurídico sino como una oración que afirma que, conforme a un determinado orden jurídico positivo, bajo determinadas condiciones, debe producirse determinada consecuencia. La tesis de que la ciencia del derecho no enuncia otra cosa sino que una norma jurídica se encuentra, dentro de determinado orden jurídico, en determinado momento, “en vigencia”, o “con validez”, no afirma sino la tesis incorrecta de que el enunciado —a diferencia de la norma jurídica— no expresa un “deber”, sino un hecho real. Dado que la afirmación de que una norma, que ordena, autoriza o permite (positivamente) determinada conducta se encuentra “en vigencia” o tiene “validez” no puede querer decir que esa conducta efectivamente se produce, sólo puede querer decir que esa conducta debe producirse.<sup>65</sup> En especial, la ciencia del derecho no puede afir-

<sup>65</sup> Anders Wedberg, en “Some Problems in the logical Analysis of Legal Science”, *Theoria*, vol. xvii, Stockholm, 1951, p. 246, distingue entre dos tipos de oraciones jurídicas: “oraciones internas y externas”. Por “oraciones internas” entiende “las oraciones que formulan las normas jurídicas mismas”, es decir, la formulación de normas de derecho; por “oraciones externas”, “las oraciones que declaran que determinada norma se encuentra, o no se encuentra, en vigencia en determinada sociedad en un momento dado” (pp. 252/3), es decir, declaran que cierta norma jurídica tiene, o no tiene, “vigencia” en determinado orden jurídico positivo. Wedberg distingue también entre “oraciones fácticas y normativas”, donde por “oraciones fácticas” entiende enunciados sobre realidad, y por “oraciones normativas”, “prescripciones, prohibiciones y permisiones”, esto es, normas de deber, p. 251. No distingue entre una norma que impone algo como debido y el enunciado deóntico que la describe o la enuncia. Las oraciones que caracteriza como “internas” son “oraciones normativas”, enunciados deónticos; las oraciones caracterizadas como “externas” son “oraciones fácticas”. La afirmación de que una norma jurídica se encuentra “en vigencia” es, por lo tanto, en su opinión, una oración de hecho, un enunciado sobre una circunstancia real; el hecho de que la norma jurídica haya sido establecida por un acto del legislador, o sea efectiva a través de la costumbre. En esos hechos ve él “el fundamento empírico de la ciencia jurídica”, pp. 247/8. Afirma que los enunciados de una ciencia jurídica sólo deberían tener ese carácter de afirmaciones empíricas: “Las tesis de una ciencia jurídica racionalmente reconstruida, deberían consistir principalmente en formulaciones de oraciones externas. Las oraciones internas, que expresan normas jurídicas, no pueden ser afirmadas en forma global... sino sólo cuando: i) son fácticas, y ii) su verdad puede ser empíricamente verificada”, p. 261.

Contra esta concepción de Wedberg sobre la naturaleza de la ciencia del derecho, debe señalarse, como ya se ha desarrollado con mayor detalle en el texto, que si el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, y si el derecho —como acepta Wedberg, p. 246— es norma, los enunciados de la ciencia jurídica, es decir, los enunciados con los cuales esa ciencia describe su objeto, no pueden ser enunciados declarativos empíricos, sino enunciados deónticos; que afirmar que determinada norma jurídica se encuentra “vigente” (*in force*) significa lo mismo que decir que determinada norma jurídica tiene validez, lo que a su vez, no quiere decir sino que uno debe comportarse como la norma jurídica lo prescribe. La afirmación de que una norma jurídica ha sido de hecho establecida, no constituye una descripción o exposición de la norma jurídica, sino de un hecho cuyo sentido lo constituye la norma jurídica; esa afirmación, por lo tanto, se refiere a un objeto distinto del derecho. Wedberg supone que los enunciados de la ciencia del derecho son enunciados empíricos, puesto que supone que

mar que, conforme a determinado orden jurídico, bajo condición de que se produzca una ilicitud, de hecho se produce la consecuencia de lo ilícito. Tal afirmación caería en contradicción con la realidad, en la cual, muy frecuentemente, se comete un acto ilícito, sin que se produzca la consecuencia que el orden jurídico estatuye para ello; esa realidad no es el objeto que la ciencia jurídica describe. Nada cambia en ello el que las normas de un orden jurídico que la ciencia jurídica describe, sólo valen —es decir, que la conducta que ellas determinan es debida en un sentido objetivo—, cuando el orden jurídico de hecho y en cierta medida se adecua. Esta efectividad del orden jurídico es —como siempre debe subrayarse— sólo la condición de la validez, y no la validez misma. Cuando la ciencia jurídica tiene que expresar la validez del orden jurídico, es decir, el sentido específico en que el orden jurídico se dirige a los individuos sujetos a él, sólo puede declarar que, conforme a determinado orden jurídico y bajo la condición de que se haya cometido un acto ilícito determinado por el orden jurídico, debe llevarse a cabo la consecuencia de lo ilícito que determina el orden jurídico; donde con ese “debe” se cubre tanto el caso en que la ejecución de la consecuencia prevista para lo ilícito sólo esté autorizada, o (positivamente) permitida, como también el caso en que esté ordenada. Los enunciados jurídicos que ha de formular la ciencia del derecho sólo pueden ser oraciones deónticas. Pero —y aquí reside la dificultad lógica que aparece en la exposición de este problema— al recurrir al uso de la palabra “deber”, el enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica no adopta el significado autoritativo que posee la norma jurídica por ella descrita; el verbo “deber” tiene en el enunciado jurídico un carácter meramente descriptivo. Pero de que el enunciado jurídico describa algo, no se sigue que lo descrito sea un hecho empírico. Dado que pueden describirse tantos hechos empíricos, como normas. En especial, el enunciado jurídico no es un imperativo; es una proposición, una declaración sobre un objeto dado al conocimiento.<sup>66</sup> Tampoco implica ninguna

la ciencia jurídica, como una ciencia empírica “objetiva”, sólo puede formular enunciados sobre “hechos observables”, esto es, enunciados declarativos, y que sólo estos enunciados declarativos pueden ser verdaderos. “Si el jurista afirma sólo oraciones externas, todo lo que afirma puede muy bien ser verdad, no siendo sus propósitos y métodos esencialmente diferentes de aquellos de muchas otras actividades científicas. El estatuto científico de las oraciones externas es enteramente independiente del estatuto científico de las oraciones internas, es decir, de las normas jurídicas mismas”, p. 260. Pero pasa por alto que no sólo pueden ser verdaderos enunciados declarativos, sino también los enunciados deónticos descriptivos de normas de deber, puesto que el deber de la norma y el deber del enunciado que la describe, tienen diferente carácter lógico. La ciencia del derecho permanece dentro de los límites de la experiencia, sólo mientras tiene por objeto normas establecidas por actos humanos, y no se remite a normas provenientes de instancias sobrehumanas trascendentes; es decir, cuando excluye toda especulación metafísica. Cf. al respecto, *infra*, pp. 215 y ss.

<sup>66</sup> Este es el sentido de la tesis que he adoptado en mi libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz* (1911). Sólo que no aclaré suficientemente ese sentido, al no diferenciar terminológicamente entre enunciado jurídico y norma jurídica. En la primera edición de este escrito por cierto que expresamente se señala la contraposición entre la función de producción de normas jurídicas de la autoridad

aprobación de la norma jurídica que describe. El jurista científico, que describe el derecho, no se identifica con la autoridad jurídica que instaura la norma de derecho. El enunciado jurídico permanece como una descripción objetiva; no se convierte en prescripción. Sólo afirma, como la ley natural, que la conexión entre dos circunstancias de hecho, es una relación funcional.

Si bien la ciencia del derecho tiene como objeto normas jurídicas y, por ende los valores jurídicos que éstas constituyen, los enunciados jurídicos que formulan son, como las leyes naturales de las ciencias naturales, una descripción axiológicamente adiófora de su objeto. Es decir, esa descripción se cumple sin referencia a ningún valor metajurídico, y sin ninguna aprobación o desaprobación emotiva. Quien, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, afirma en su descripción de un orden jurídico positivo, que en ese orden jurídico, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo cierto acto coactivo determinado por aquel orden, efectúa esa afirmación aun cuando la atribución del acto coactivo a su condición le parezca injusta y, por tanto, la desapruebe. Las normas constitutivas de los valores jurídicos deben distinguirse de las normas conforme a las cuales se evalúa la formación del derecho. En la medida en que la ciencia del derecho tiene, en general, que responder a la pregunta de si un comportamiento concreto es lícito o ilícito, la respuesta sólo puede consistir en una declaración con respecto a si esa conducta se encuentra ordenada o prohibida, facultada o no, permitida o no en el orden jurídico que ha de describirse, con prescindencia de si quien formula la declaración considera esa conducta moralmente buena o mala, la aprueba o la desaprueba.

jurídica, y la ciencia jurídica que formula enunciados jurídicos; pero esa diferencia entre norma jurídica y enunciado jurídico no se mantiene en forma terminológicamente consecuente. La tesis de que las normas, que constituyen el derecho no son imperativos, sino proposiciones condicionales, fue expuesta primeramente por Ernst Zitelmann, en *Irrtum und Rechtsgeschäft*. Leipzig. 1879, pp. 200, 222/3. Las normas jurídicas o —lo que era lo mismo para Zitelmann— los enunciados jurídicos declaraban, al igual que las leyes naturales, “una conexión causal entre determinados hechos y un deber, en el sentido de estar obligada una persona”, *op. cit.*, p. 222. Pero “la ley natural determina cuál efecto debe tener un hecho; la ley natural expresa la ley”, *op. cit.*, p. 205. La causalidad afirmada en las normas jurídicas designadas como enunciados de derecho, es denominada por Zitelmann, una “causalidad jurídica”. La coloca junto a la “causalidad natural”. Tiene conciencia, al hacerlo, de que la causalidad “jurídica” no es idéntica a la “natural”, y que sólo se da una analogía. Observa: “Que hayamos dado (a la relación afirmada en la norma jurídica) el nombre de causalidad jurídica, que hablemos de causas y efectos jurídicos, puede ser reprochado, y hay libertad para elegir expresiones mejores: el hecho de que aparece una relación necesaria de índole propiamente jurídica, no es afectado por ello”, *op. cit.*, p. 225. Zitelmann se aproximó mucho al conocimiento de una conexión específicamente normativa, análoga a la conexión causal de los elementos. Pero, en lo esencial, no logró dar con ella porque, siguiendo los cauces de la jurisprudencia tradicional, no distinguió entre la norma jurídica, como función de la autoridad creadora del derecho, y el enunciado jurídico, como una función de la ciencia jurídica que describe el derecho; y al no haber visto que este tipo de conexión de elementos, aparece no sólo en la descripción del derecho, sino en la descripción de todos los sistemas normativos. Cf. también H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pp. 255 y ss.

Dado que el enunciado jurídico, como la ley natural, formula una relación funcional, puede también —ateniéndose a la analogía con la ley natural— ser designado como una ley jurídica. Expresa, como se ha señalado y como debe ser subrayado enfáticamente, con la palabra “deber” sólo el sentido específico en que, a través de una norma, se entrelazan condición y consecuencia, y, en especial, acto ilícito y consecuencia de lo ilícito; donde ese enlace descrito en la ley jurídica si bien es ciertamente análogo a la conexión entre causa y efecto expresada en la ley natural, con todo, es diferente de ella.

Así como la ley natural es un enunciado que describe la naturaleza y no ella misma el objeto descrito, de igual suerte la ley jurídica es el enunciado que describe el derecho, en cuanto enunciado jurídico formulado por la ciencia jurídica, pero no ella misma el objeto descrito, el derecho, la norma jurídica. Esta última —aun cuando, de ser general, suela designársela como “ley”— no es ninguna ley, es decir, no es algo que, por alguna analogía con la ley natural, puede designarse como “ley”. Puesto que no es un enunciado declarativo en que se describe una relación entre hechos, una relación funcional. No constituye enunciado alguno, sino el sentido de un acto mediante el cual se prescribe algo, y al hacerlo justamente se establece el enlace entre hechos, la relación funcional que será descrita por el enunciado jurídico, como ley jurídica.

Debe advertirse en ello que el enunciado jurídico que aparece como ley jurídica tiene, como la ley natural, un carácter general, es decir, describe las normas generales del orden jurídico y las relaciones que a través de ellas se constituyen. Las normas jurídicas individuales, establecidas mediante sentencias judiciales y resoluciones administrativas, son descritas por la ciencia jurídica de manera análoga a como lo hace la ciencia natural con un experimento concreto, remitiendo a la ley natural que se manifiesta en esa situación legal particular. Un tratado de física, por ejemplo, contendría un trozo como el siguiente: dado que, conforme a una ley natural, un cuerpo metálico se dilata cuando es calentado, la esfera metálica utilizada por determinado físico, que pasaba libremente, antes de su calentamiento, por un aro de madera, dejará de pasar por el aro luego de su calentamiento. Un tratado de derecho penal alemán diría: dado que, según el derecho alemán, puede formularse una ley jurídica conforme a la cual el individuo que ha cometido un hurto, debe ser sancionado por un tribunal con prisión, el tribunal X de la localidad Y, luego de haber comprobado que el sujeto A ha cometido un hurto, ha dispuesto que A debe ser internado durante un año coactivamente en la prisión de Z. Con la oración que afirma que A, que ha cometido determinado hurto, debe ser internado coactivamente en la prisión Z, se describe la norma individual que ha dictado el tribunal X de Y.

Al designar “imputación” al enlace que, entre condición y consecuencia, es expresado en el enunciado jurídico, no se introduce una palabra inédita en una disciplina que desde hace mucho trabaja con el concepto de “imputabilidad”.

Imputable es quien es castigado por su comportamiento, es decir, aquel que puede ser responsabilizado; mientras que inimputable es aquel que, por la misma conducta —sea por ser menor de edad, o enfermo mental— no es castigado, es decir, que no puede ser responsabilizado por ella. Se dice, por cierto, que al primero se le imputa la conducta cumplida u omitida, mientras que al segundo no. Pero la acción u omisión en cuestión, sólo es imputada, o no imputada, en cuanto, en un caso, la conducta es ligada a una consecuencia punitiva, calificándose así como ilícita, mientras que ello no sucede en el otro caso y, por lo tanto no puede decirse que un inimputable haya cometido una ilicitud. Esto significa, empero, que la imputación no consiste en otra cosa sino en esa conexión entre el acto ilícito y su consecuencia. La imputación, que recibe expresión en el concepto de imputabilidad, no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; para ello no se requiere establecer la relación mediante una norma jurídica, puesto que no cabe escindir la conducta del hombre que la realiza; también la conducta de un no imputable, es conducta suya, una acción o una omisión de ese sujeto, aunque no implique ninguna ilicitud imputable. La imputación que recibe expresión en el concepto de imputabilidad es el enlace de determinada conducta, a saber, un delito, con su consecuencia punitiva. De ahí que pueda decirse que la consecuencia de lo ilícito es imputada (atribuida) a lo ilícito, pero no que esa consecuencia sea efecto de lo ilícito, como su causa. Que la ciencia jurídica no aspire en absoluto a una explicación causal de los fenómenos jurídicos: lo ilícito y su consecuencia sancionatoria, es cosa evidente. En los enunciados jurídicos, con los que describe ese fenómeno, no se utiliza el principio de causalidad, sino un principio que, como demuestra este análisis, puede ser caracterizado como imputación.

### 19. *El principio de imputación en el pensamiento de los primitivos*

La investigación de las sociedades primitivas y de las peculiaridades de la mentalidad primitiva, muestra que ese mismo principio se encuentra en la base de la interpretación de la naturaleza que efectúan los hombres primitivos.<sup>67</sup> Es más que probable que el primitivo no recurra aún al principio de causalidad para explicar los fenómenos naturales. Este principio, como principio fundamental de la ciencia natural es, como esa ciencia misma, un logro de una civilización relativamente adelantada. El hombre primitivo interpreta los hechos que percibe con sus sentidos, de acuerdo con los mismos principios que determinan sus relaciones con sus prójimos humanos, es decir, conforme a normas sociales.

Un dato básico consiste en que, cuando los hombres viven juntos en un grupo, brota en sus conciencias la representación de que determinado compor-

<sup>67</sup> Cf. H. Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*. La Haya, 1941, pp. 1 y ss., y *Society and Nature*, Chicago, 1943, pp. 1 y ss.

tamiento es justo o bueno, y otro, injusto o malo; en otras palabras: que los miembros del grupo deben comportarse, bajo determinadas condiciones, de determinada manera, y ello, por cierto, en un sentido objetivo, de suerte que el individuo aislado que, en un caso concreto, desea llevar a cabo una conducta contraria y que, de hecho, actúa ateniéndose a su deseo, tenga conciencia de que no está actuando como debe hacerlo. O sea, que en la conciencia de los hombres que viven en sociedad se constituye la representación de las normas que regulan las interacciones recíprocas, de las normas que obligan a todos. Además, es también un dato que los hombres que conviven en un grupo juzgan sus acciones recíprocas conforme a esas normas que, fácticamente, surgen por vía de la costumbre, aun cuando sean también interpretadas como órdenes de una autoridad suprahumana. Las normas más antiguas de la humanidad son, probablemente, aquellas que tratan de poner coto a los instintos sexuales y de agresión. El incesto y el homicidio son, por cierto, los delitos más antiguos, y el exilio (esto es, la exclusión del grupo) y la venganza de la sangre, las más antiguas sanciones socialmente organizadas. Ellas reposan en una regla que domina toda la vida social de los primitivos: la regla de la retribución. Abarca tanto las penas como los premios. Puede acaso formularse de esta manera: si te comportas correctamente, deberás ser premiado (es decir, deberá otorgársete algo bueno); si actúas mal, deberás ser castigado (es decir, se te infligirá algo malo). En esta regla fundamental, la condición y la consecuencia no están enlazadas según el principio de causalidad, sino según el de imputación. En la medida en que aparece en la conciencia de los primitivos una necesidad de explicar los fenómenos, la explicación se cumple según el principio de imputación. Cuando un acontecimiento es percibido como malo, es interpretado como un castigo por un mal comportamiento, por una ilicitud; cuando es percibido como beneficioso, es interpretado como recompensa por una buena conducta. En otros términos: las desgracias, es decir, acontecimientos perjudiciales, como una mala cosecha, una caza infructuosa, la derrota en la guerra, la enfermedad, la muerte, son imputadas (atribuidas) como castigos, al comportamiento contrario a las normas de los miembros del grupo; mientras que los acontecimientos beneficiosos, como una buena cosecha, una caza satisfactoria, el triunfo en la guerra, la salud, la longevidad, son atribuidas, como premios, al comportamiento conforme a las normas de los miembros del grupo. Cuando se produce un hecho por cuya explicación la conciencia del primitivo se inquieta, éste no se pregunta por la causa del hecho, sino que se preguntará acerca de quién es responsable del hecho. Se trata de una interpretación normativa de la naturaleza, no de una causal; y puesto que la norma de retribución intenta ofrecer esa interpretación, siendo un principio específicamente social, regulador del comportamiento recíproco de los hombres, cabe denominar a este tipo

de interpretación de la naturaleza, una interpretación sacionormativa de la naturaleza.

El así llamado "animismo" de los primitivos —su concepción de que no sólo el hombre tiene un alma, sino todas las cosas, aun aquellas que, según nuestra manera de ver, aparecen como cosas inanimadas, sin vida; que en todas las cosas, o por detrás de ellas, existen espíritus invisibles, pero poderosos— significa que todas las cosas son hombres, o entes semejantes al hombre, personas; esta concepción descansa en la creencia de que las cosas actúan con respecto de los hombres de igual manera que los hombres interactúan entre sí, es decir, conforme al principio de la retribución, que es el fundamento de los castigos y premios. En las creencias primitivas, la desgracia humana como castigo y la felicidad como premio, proviene de esas almas o espíritus. Si en las creencias de los primitivos se da una relación entre, por una parte, el mal comportamiento de los hombres y las desgracias que sufren como castigos y, por otra, entre la buena conducta y la felicidad como premio, ello es así porque creen que entes poderosos sobrehumanos, pero personales, dirigen la naturaleza con ese sentido, es decir, conforme al principio de la retribución. La esencia del animismo reside en una interpretación personalizada que constituye una interpretación sacionormativa de la naturaleza; interpretación que se cumple conforme al principio de imputación, y no según una ley causal.

En consecuencia, no cabe encontrar en la conciencia de los primitivos algo semejante a la naturaleza, en el sentido que le da la ciencia moderna, como una ordenación de elementos relacionados entre sí por el principio de causalidad. Aquello que, desde el punto de vista de la ciencia moderna, es naturaleza, constituye para el primitivo una parte de la sociedad, en cuanto orden normativo cuyos elementos están entrelazados entre sí según el principio básico de la imputación. El dualismo entre la naturaleza, como un orden causal, y sociedad, como un orden normativo, el dualismo de dos métodos diferentes que relacionan los elementos dados es totalmente ajeno a la conciencia primitiva. El hecho de que semejante dualismo aparezca en el pensamiento del hombre civilizado, es el resultado de una evolución espiritual durante la cual se logró una distinción entre los seres humanos y los seres de otra especie, entre los hombres y las cosas, o entre las personas y las cosas —distinción desconocida por los primitivos—, y en que la explicación causal de las relaciones entre las cosas se liberó de la interpretación normativa de las relaciones entre hombres. La ciencia moderna de la naturaleza es el resultado de una emancipación de la interpretación social de la naturaleza, es decir, de una emancipación del animismo. En una formulación casi paradójica, podría decirse que, en los comienzos de la evolución, durante el periodo animista de la humanidad, sólo ha habido sociedad, como orden normativo; mientras que la naturaleza como orden causal, sólo pudo ser creada por la ciencia una vez que ésta consiguió

liberarse del animismo. El instrumento de esa emancipación es el principio de causalidad.

## 20. *El origen del principio de causalidad en el de imputación*

Es más que probable que la ley de la causalidad provenga de la norma de retribución.<sup>68</sup> Es el resultado de una transformación del principio de imputación, cuya norma retributiva enlaza la conducta ilícita con la pena, y la conducta lícita con la recompensa. Este proceso de transformación se inició con la filosofía natural de los antiguos griegos. Es sumamente característico que la palabra griega que designa la causa: *αίτια*, significaba originariamente tanto como “culpa”; la causa es culpable del efecto, es responsable del efecto; el efecto es imputado o atribuido a la causa, como la pena al delito. Una de las primeras formulaciones de la ley de causalidad figura en el famoso fragmento de Heráclito: “Si el sol no se mantiene en su camino prescrito, las Erinias, auxiliares de la justicia, lo corregirán.” Aquí aparece todavía la ley natural como una ley jurídica: que el sol no se separe de su curso, puesto que si lo hace, los órganos del derecho intervendrán contra él. El paso decisivo en esta transición de una interpretación normativa a una interpretación causal de la naturaleza, del principio de imputación al principio de causalidad, reside en que el hombre adquiere conciencia de que las relaciones entre las cosas, a diferencia de las relaciones entre los hombres, son independientes de una voluntad humana, o sobrehumana, o, lo que es equivalente, de que no están determinadas por normas. El comportamiento de las cosas no está prescrito o autorizado por autoridad alguna. La purificación completa del principio de causalidad de todos los elementos de un pensamiento animista y, por ende, personalista, y la determinación de la causalidad con un principio diferente del de imputación, sólo pudo producirse gradualmente. Así, por ejemplo, la idea de que la causalidad constituye una relación absolutamente necesaria entre causa y efecto —representación todavía dominante a comienzos del siglo xx— es ciertamente consecuencia de la concepción de que se trata de la voluntad de una autoridad absoluta y todopoderosa, de una autoridad, por ende, trascendente, situada más allá del alcance de la experiencia humana, que habría establecido el enlace entre la causa y el efecto. Si se abandona esa concepción, no hay ya obstáculo para eliminar del concepto de causalidad el elemento de necesidad, remplazándolo por el de mera probabilidad. Pero si, con todo, se retiene el elemento de necesidad, debe sufrir un cambio de significado, de suerte que, a partir de la necesidad absoluta de la voluntad divina que se expresa en la relación entre causa y efecto, se llegue a una necesidad del pensamiento humano, es decir, a la validez sin excepción de un postulado del conocimiento humano.

<sup>68</sup> Cf. H. Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, pp. 259 y ss., y *Society and Nature*, pp. 249 y ss.

## 21. *Ciencia social causal y ciencia social normativa*

Una vez reconocido el principio de causalidad, cabe aplicarlo también a la conducta humana. La psicología, la etnología, la historia, la sociología, son ciencias cuyo objeto es el comportamiento humano en tanto está causalmente determinado; es decir, en cuanto se desarrolla en el dominio de la naturaleza o de la realidad natural. Designar una ciencia como "ciencia social", porque apunta a la interacción recíproca de los hombres, y trata de explicar causalmente la conducta humana, no es suficiente para diferenciarla esencialmente, como ya se señaló, de las ciencias naturales, como la física, la biología o la fisiología. Otra cuestión es de cuál sea el grado en que es posible efectuar semejante explicación causal de la conducta humana. La diferencia que, en este respecto, se da entre las ciencias sociales indicadas y las ciencias naturales, sólo es una diferencia de grado, no una diferencia de principio. La diferencia esencial sólo se da entre las ciencias naturales y aquellas ciencias sociales que interpretan la interacción humana, no causalmente, sino conforme al principio de imputación, ciencias que no describen cómo se va desarrollando el comportamiento humano, determinado por leyes naturales en el dominio de la realidad natural, sino cómo debe producirse, determinado por normas positivas, esto es, por normas establecidas mediante actos humanos. Si el dominio que así entra en consideración es un dominio de valores contrapuesto al de la realidad natural, corresponde advertir que se trata de valores constituidos por normas positivas, esto es, por normas establecidas espacial y temporalmente por actos humanos. Por consiguiente, el objeto de esas ciencias sociales no es irreal, puesto que le corresponde cierta realidad, sino que se trata de una realidad distinta de la natural, a saber: una realidad social. Ciencias sociales de este tipo son la ética, o sea: la ciencia de la moral, y la jurisprudencia: la ciencia del derecho. Si se las caracteriza como ciencias normativas, ello no quiere decir que dicten normas para el comportamiento humano, prescribiendo, autorizando o permitiendo positivamente así determinadas conductas humanas, sino que describen ciertas normas establecidas mediante actos humanos, así como las relaciones creadas entre los hombres por esas normas. El teórico de la sociedad, como teórico de la moral o del derecho, no es una autoridad social. Su tarea no consiste en reglamentar la sociedad humana, sino en conocer y comprender la sociedad humana. La sociedad, como objeto de una ciencia social normativa, es un orden normativo de la interacción entre los hombres. Éstos pertenecen a una sociedad en cuanto su comportamiento está regulado por ese orden; en cuanto ese orden prescribe, autoriza o permite positivamente sus comportamientos. Cuando se afirma que una determinada sociedad está constituida por un orden normativo regulador del comportamiento recíproco de una multitud de seres humanos, es necesario tener presente que ordenamiento y sociedad no son dos cosas entre sí distintas, sino una y la misma cosa; y que, cuando se designa

a la sociedad como una comunidad, lo común a esos hombres es esencialmente el orden regulador de la acción recíproca de los mismos.

Ello se destaca en forma especialmente notable en el caso de un orden jurídico, o en el de la comunidad jurídica constituida por ese orden, a la que pueden pertenecer hombres de diferente lenguaje, raza, religión, concepción del mundo, y hasta hombres que pertenecen a grupos de intereses distintos, hostiles entre sí. Todos ellos configuran una comunidad jurídica, en tanto y en cuanto sus interacciones están reguladas por uno y el mismo orden jurídico. Es correcto sostener que sólo se considera válido aquel orden normativo que, a grandes rasgos y en general, es eficaz; y que cuando un orden normativo, y en especial, un orden jurídico, es eficaz (es decir, cuando la conducta humana regulada por el orden en grandes líneas corresponde al mismo), puede afirmarse que, cuando las condiciones que estatuyen las normas del orden social efectivamente se producen, es altamente probable que las consecuencias que esas normas enlazan a aquellas condiciones, también se producirán. O, en el caso de un orden jurídico eficaz: si se ha efectuado un acto ilícito determinado por el orden jurídico, es probable que se cumpla la consecuencia sancionatoria que prescribe ese orden jurídico. Si se admite que la relación de causa a efecto no es de absoluta necesidad, sino de mera probabilidad, y que la esencia de la causalidad reside en la posibilidad de poder predecir acontecimientos futuros, parecería entonces que las leyes jurídicas en nada se diferenciaban de las leyes naturales, y que, por tanto, tuvieran que formularse como enunciados declarativos, y no como enunciados deónticos. Así como aquéllos enuncian cómo se comportará en el futuro la naturaleza, éstos predicen cómo se comportará en el futuro la sociedad (o el Estado). Una ley natural declara que, cuando se calienta un cuerpo metálico, el mismo se dilatará; la ley jurídica declara que si un hombre roba, será castigado por un tribunal. Partiendo de esta comprobación, destacados representantes de la denominada "jurisprudencia realista" norteamericana, afirmaron que el derecho —*the law*— no es otra cosa sino profecías sobre cómo resolverán casos los tribunales; que el derecho es una ciencia de predicciones.<sup>69</sup> Frente a estas tesis, debe por de pronto ratificarse que la afirmación de que las leyes jurídicas constituyen, como las leyes naturales, enunciados sobre hechos futuros, no puede referirse a las normas impuestas por la autoridad jurídica, sea que se trate de las normas de derecho generales estatuidas por el legislador, o de las normas individuales establecidas por los tribunales en sus sentencias; es decir, no puede referirse al derecho, sino solamente a los enunciados jurídicos que formula la ciencia del derecho para describir el derecho. Las normas jurídicas no son, como ya se señaló, enunciados relativos ni a hechos futuros, ni a hechos pasados. Por lo común se refieren ciertamente a comportamientos humanos futuros,

<sup>69</sup> Cf. H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 165 y ss.

pero nada declaran con respecto de ellos, sino que los prescriben, los autorizan o los permiten. En cambio, los enunciados jurídicos formulados por la ciencia del derecho son efectivamente enunciados, pero no enunciados que afirmen, como la ley natural, que algo sucederá, sino, en cuanto las normas jurídicas que ellos describen, prescriben, autorizan o permiten (positivamente) algo, enunciados sobre algo que, conforme al derecho descrito por la ciencia jurídica, debe suceder. El reproche de que las normas jurídicas sólo son consideradas válidas por la ciencia del derecho cuando son efectivas, y que, al describir los enunciados jurídicos sólo normas jurídicas eficaces, aquéllos constituyen enunciados sobre sucesos fácticos, no es correcto. Puesto que la validez y la eficacia no son, como se mostró, idénticos. Una norma jurídica no adquiere sólo validez cuando es plenamente eficaz, sino cuando lo es en cierto grado; es decir, cuando es aplicada y acatada en cierta medida. La posibilidad de su ineficacia, es decir, que en casos particulares no sea aplicada y acatada, debe siempre aceptarse. Justamente en este punto se revela la diferencia entre la ley jurídica y la ley natural. Si se descubriera un hecho que estuviera en contradicción con una ley natural la misma tendría que ser abandonada como falsa por la ciencia, sustituyéndosela por otra que correspondiera al hecho. El comportamiento contrario a una norma jurídica, cuando no supera en su frecuencia cierta medida, no es motivo para que la ciencia jurídica considere como carente de validez a la norma jurídica violada por esa conducta, ni para remplazar por otro el enunciado jurídico que describe ese derecho. Las leyes naturales formuladas por la ciencia natural deben regirse por los hechos; los hechos consistentes en acciones u omisiones humanas deben, en cambio, regirse por las normas jurídicas descritas por la ciencia del derecho. De ahí que los enunciados jurídicos descriptivos del derecho tengan que ser enunciados deónticos.

La confusión existente en la llamada "jurisprudencia realista", entre derecho y ciencia jurídica, es sumamente característica y señala claramente la necesidad de distinguir un concepto de enunciado jurídico distinto del concepto de norma jurídica; enunciado jurídico análogo a la ley natural, pero con todo diferente como ley jurídica. Por lo demás, cabe dudar que las leyes naturales constituyan predicciones de acontecimientos futuros. Una ley natural es confirmada cuando, fundándose en ella, puede predecirse un acontecimiento futuro. En principio, sirve más bien como explicación de hechos ya producidos, en cuanto efecto de la causa que ella propone. En ese respecto, se refiere al pasado. Las leyes naturales reposan en nuestra experiencia, y nuestra experiencia se encuentra en el pasado, no en el futuro. Como predicción del futuro, cabe recurrir a una ley natural sólo bajo el presupuesto problemático de que el pasado se repite en el futuro. Pero esta cuestión puede quedar en suspenso aquí. La tarea de la ciencia del derecho no es, en todo caso, profetizar cómo decidirán los tribunales. Sobre todo, ella no se dirige al conocimiento de las

normas individuales dictadas por los tribunales, sino a las normas jurídicas generales producidas por los órganos legislativos y por la costumbre, en cuyo respecto apenas si podría hablarse de predicción, dado que, normalmente, la constitución sólo determina el procedimiento legislativo, pero no el contenido de las leyes.<sup>70</sup> La predicción de una sentencia judicial reposa, en lo esencial, en el hecho de que los tribunales suelen aplicar, por lo común y a grandes rasgos, las normas jurídicas generales producidas por el órgano legislativo o por la costumbre; esa predicción se reduciría, en el fondo, a nada más que a afirmar que los tribunales dictarán sentencias conforme a como deben hacerlo según las normas jurídicas generales que tienen validez. Las profecías de la jurisprudencia realista se distinguen de los enunciados jurídicos de la ciencia normativa del derecho sólo en constituir enunciados declarativos, y no enunciados deónticos; mas, como tales no pueden reproducir el sentido específico del derecho. En la medida en que los tribunales, en sus sentencias, crean nuevo derecho, la predicción es tan poco posible como una predicción de las normas generales que producirá el órgano legislativo. Estas normas generales constituyen, empero, la parte mayor del derecho que es objeto de la ciencia jurídica. Pero aun en la medida en que la predicción sea posible, ella no es tarea de una ciencia del derecho que sólo puede describir las normas jurídicas individuales producidas por los tribunales, y las normas jurídicas generales producidas por los órganos legisladores y la costumbre, una vez que han adquirido validez. Las predicciones sobre una futura sentencia judicial puede ser asunto propio de un abogado que ejerce su profesión y asesora a sus clientes. Pero no debe confundirse el conocimiento jurídico con el asesoramiento jurídico. Aun cuando un orden jurídico, que en términos generales es eficaz, pueda ser descrito en oraciones que, como las leyes naturales, enuncien que bajo ciertas condiciones, efectivamente se producen determinadas consecuencias; que, cuando acontece algo, que según ese orden jurídico es calificado por los órganos de aplicación del derecho como un delito, se produce la consecuencia sancionatoria determinada por el orden jurídico, con todo no es la ciencia del derecho la que aspira a esa descripción. Pues mediante los enunciados jurídicos que formula pretende mostrar, no las relaciones causales que se dan entre los elementos de su objeto, sino las relaciones imputativas que exhiba.

## 22. *Diferencias entre el principio de causalidad y el de imputación*

La forma lingüística en que se formulan tanto el principio de causalidad como el de imputación, es la de una proposición condicional en la cual una determinada condición es conectada con determinada consecuencia. Sólo que

<sup>70</sup> Cf. *infra*, pp. 228 y ss.

el sentido de esa relación conectiva es, como ya hemos visto, diferente en ambos casos. El principio de causalidad sostiene que si el hecho A se produce, entonces también se ha de dar el hecho B (o se producirá). El principio de imputación afirma que, cuando se da A, B debe ser. Como ejemplo de una aplicación del principio de causalidad en una ley natural concreta, baste remitir a la ley ya enunciada que describe el efecto del calentamiento de los metales. Ejemplos de aplicación del principio de imputación en el dominio de las ciencias sociales son: si alguien te ha hecho un bien, debes demostrarle agradecimiento; si alguien sacrifica su vida por la patria, su memoria debe ser honrada; si alguien ha pecado, debe hacer penitencia. Éstos son enunciados morales, o leyes morales, en que se formulan normas positivas, es decir, normas establecidas por los mandamientos de un jefe religioso, o por la costumbre. Los enunciados jurídicos, o leyes jurídicas, en que se formulan normas jurídicas positivas instauradas por un legislador o por la costumbre, son: si alguien comete un delito, deberá ser sancionado; si alguien deja de pagar sus deudas, deberá ejecutarse civilmente su patrimonio. La diferencia entre causalidad e imputación reside —como ya se apuntó— en que la relación entre la condición como causa y la consecuencia como efecto, que se expresa en la ley natural, no es establecida, como la relación entre condición y consecuencia formulada en una ley moral o jurídica, mediante una norma puesta por un hombre, sino que es enteramente independiente de semejante intervención humana. Dado que el sentido específico del acto mediante el cual se establece la relación entre condición y consecuencia en una ley moral o jurídica, es una norma, cabe hablar de una relación normativa, para diferenciarla de una relación causal. “Imputación” es el término que designa una relación normativa. Esta relación —y no otra cosa— se expresa mediante el verbo “deber”, en la forma en que es utilizado en leyes morales o jurídicas.

Otra diferencia entre causalidad e imputación reside en que toda causa concreta tiene que ser vista como efecto de otra causa, y cada efecto concreto, como causa de otro efecto, de suerte que el encadenamiento de causas y efectos —según la esencia de la causalidad— aparece como infinito en ambas direcciones. De ahí que todo acontecimiento concreto sea un corte en un número en principio infinito de series causales. Enteramente diferente es la situación en el caso de la imputación. La condición a la que se imputa, en una ley moral o jurídica, la consecuencia, como a la muerte por la patria, las honras a la memoria; a la beneficencia, el agradecimiento; al pecado, la penitencia; y al delito, la sanción, son todas condiciones que no constituyen necesaria y simultáneamente consecuencias que deban ser imputadas a otras condiciones. Y las consecuencias, como la honra a la memoria en el caso de muerte por la patria; el agradecimiento, por la beneficencia; la penitencia, por el pecado; la sanción, por el delito, tampoco tienen que ser necesaria y simultáneamente condiciones a las que corresponda imputar nuevas consecuencias. El número de

miembros en una serie de imputaciones no es ilimitado, como el número de miembros de una serie causal, sino limitado. Existe un término final de imputación. En una serie causal no existe nada que sea una suerte de punto final. Suponer una primera causa —una *prima causa*—, análoga al término final de la imputación, es incompatible con la idea de causalidad; por lo menos, con la idea de causalidad como recibe expresión en las leyes de la física clásica. La representación de una primera causa, como la que desempeña, en cuanto voluntad creadora de dios, o como voluntad libre del hombre, un papel decisivo en la metafísica religiosa, es desde luego un residuo del pensamiento primitivo en el cual el principio de causalidad no se ha emancipado aún del de imputación.

### 23. *El problema de la libertad de la voluntad*

Justamente en esta distinción fundamental entre imputación y causalidad, en el hecho de que existe, por cierto, un término final de la imputación, pero no un punto final de la causalidad, se funda la contraposición entre la necesidad dominante en la naturaleza, y la libertad que se constituye dentro de la sociedad, y que es esencial para las relaciones normativas de los hombres. Que el hombre, como parte de la naturaleza, no es libre, significa que su comportamiento, considerado como un hecho natural, está causado, conforme a la legalidad natural, por otros hechos. Es decir, ese comportamiento tiene que ser visto como el efecto de esos hechos, y, por ende, como determinado por ellos. Pero que el hombre, en cuanto personalidad ética o jurídica, sea "libre", y, en consecuencia, responsable, tiene un sentido enteramente diferente. Cuando se responsabiliza a un hombre, moral o jurídicamente, por su comportamiento moral o inmoral, lícito o ilícito, en el sentido de ser aprobado o desaprobado; es decir, cuando la conducta humana es interpretada, según una ley moral o jurídica, como un servicio, un pecado o un delito, atribuyendo al servicio un premio, al pecado una penitencia y al delito una sanción (es decir, un castigo en el sentido más lato), esa atribución o imputación encuentra en la conducta humana interpretada como servicio, pecado o delito, su término final. Por cierto que es corriente sostener que el servicio, el pecado y el delito son imputados (atribuidos) a la persona que es responsable, en mérito al comportamiento así tipificado. Pero el sentido auténtico de esos enunciados, como ya se señaló, es que la persona será premiada por el servicio cumplido, o, más precisamente: que el servicio prestado por la persona deberá ser premiado; que la persona cumplirá penitencia por su pecado, o, más precisamente: que los pecados de esa persona deberán tener su penitencia; que el delincuente será castigado, o, más precisamente: que el delito deberá ser adecuadamente castigado. No es, pues, la conducta caracterizada como servicio, pecado o delito la que se atribuye (imputa) a la persona que así actúa —atribución imputativa que sería superflua, toda vez que, como ya se destacó, no cabe escindir en

forma alguna una determinada conducta humana del hombre que la realiza. Cuando, en el caso de que un hombre efectúe una acción valiosa, cometa un pecado o incurra en delito, se plantea la cuestión de la atribución o imputación, el interrogante no radica en saber quién ha efectuado la acción valiosa, cometido el pecado o el delito. Tal pregunta se refiere a un hecho. La pregunta, moral o jurídica, por la imputación es: ¿quién es responsable de la acción bajo consideración? Y esta pregunta significa: ¿quién debe ser premiado por esa acción?, ¿quién debe hacer penitencia?, ¿quién debe ser penalmente sancionado? El premio, la penitencia y la sanción penal son las que se imputan, como consecuencias específicas, a una condición específica. Y la condición es la conducta constituida por el servicio valioso, el pecado o el delito. La atribución (imputación) del premio al servicio, de la penitencia al pecado, y de la pena al delito, comprende la atribución (imputación) a la persona, atribución que aparece como única en los usos correspondientes del lenguaje.

El problema de la responsabilidad moral o jurídica está esencialmente ligado con el de la retribución; y retribución es imputación del premio al servicio, de la penitencia al pecado, de la pena al delito. Cuando el principio de retribución enlaza una conducta conforme con la norma a un premio, y la conducta contraria a la norma, con penitencia o con sanción, presuponiendo así una norma que ordena o prohíbe esa conducta, o, una norma que justamente prohíbe esa conducta, enlazándole una sanción; y cuando la conducta que constituye la condición inmediata del premio, de la penitencia o de la pena, a su vez está ordenada o prohibida bajo una determinada condición, entonces cabe —si por imputación se entiende aquel enlace de una conducta humana con la condición bajo la cual está ordenada o prohibida en una norma—, <sup>71</sup> atribuir la conducta a la que, como condición inmediata se atribuye el premio, la penitencia o la pena, a la condición bajo la cual es ordenada o prohibida. Por ejemplo; la moral obliga a que cuando alguien se encuentra necesitado, se le preste auxilio; si alguien acata este mandamiento, su conducta será aprobada, y si no lo hace, su conducta será desaprobada. Las sanciones aprobatorias y desaprobatorias se convierten en su condición inmediata; son imputadas al auxilio ordenado, o a la omisión de auxilio prohibida; el auxilio ordenado es imputado al hecho inmediatamente condicionante, a saber: que alguien se encuentre en peligro. Este hecho es la condición mediata de la aprobación del auxilio prestado; y la desaprobación, de la falta de auxilio, aprobación o desaprobación que funcionan como sanciones. El derecho ordena que, si alguien recibe un préstamo, y no lo devuelve, deben ejecutarse coactivamente sus bienes. La sanción de la ejecución forzosa de bienes es imputada a la no devolución del préstamo calificada como ilícito; la devolución ordenada del préstamo es la condición inmediata imputada a la recepción del préstamo. Este hecho es la condición

<sup>71</sup> Cf. *infra*, pp. 103 y ss., 154.

mediata de la sanción de ejecución forzosa. Más allá de esta condición mediata de la sanción, no se efectúa ninguna otra imputación. Pero el premio, la penitencia, la pena (en el sentido más lato) no son imputadas a sus condiciones mediatas, sino solamente a sus condiciones inmediatas, al servicio valioso prestado, al pecado, al delito. No es la condición bajo la cual cierta conducta es ordenada como un servicio, o prohibida como un pecado o delito, la premiada, sujeta a penitencia o sancionada, sino el hombre que se comporta conforme a la orden, o en contra de lo ordenado. O más correctamente: se premia su conducta conforme con lo ordenado, y se castiga, con penitencia o pena, su conducta contraria a lo ordenado. En esta conducta suya encuentra la imputación, que representa su responsabilidad moral o jurídica, su término final. Cuando, en cambio, cierto hecho es efecto de una causa, y esta causa, como sucede siempre, a su vez tiene una causa, ésta también —como *causa remota*— es causa del hecho en cuestión. Éste es referido no sólo a su causa inmediata, sino también a todas sus causas mediatas, siendo considerado como el efecto de todas esas causas constitutivas de una serie infinita. Decisivo es que la conducta que aparece como término final de una imputación, que presenta la responsabilidad derivada de un orden moral o jurídico, según la causalidad del orden natural, no constituye ni como causa, ni como efecto, un punto final sino sólo un eslabón en una cadena sin término.

Este es el verdadero significado de la representación según la cual el hombre, como sujeto de un orden moral o jurídico —y ello quiere decir: como miembro de una sociedad— es “libre” como personalidad moral o jurídica. Que el hombre sujeto a un orden moral o jurídico sea “libre”, significa que él es término final de una imputación posible sólo con base en ese orden normativo. Según las concepciones usuales, la libertad, por lo general, es entendida como lo contrario de la determinación causal. Libre es lo que no está sujeto a la ley de la causalidad. Es corriente decir que, porque el hombre es libre, o porque tiene una voluntad libre —lo que, según la concepción usual, significa que no está sujeto en su conducta a la ley causal que la determina, en cuanto su voluntad puede ser causa de efectos, pero no el efecto de causas—, es responsable, es decir, susceptible de una imputación moral o jurídica. Sólo porque el hombre es libre puede hacércele responsable de su conducta; puede ser premiado por sus servicios; puede esperarse que haga penitencia por sus pecados; puede castigársele por sus delitos. El supuesto de que sólo la libertad del hombre, es decir, el hecho de no estar sometido a una ley causal, hace posible la responsabilidad, y, por ende, la imputación atribuida, se encuentra, empero, en abierta contradicción con los hechos de la vida social. La promulgación de un orden normativo que regula la conducta humana, fundándose en la cual únicamente pueden efectuarse imputaciones, presupone justamente que la voluntad humana, cuyo curso es así regulado, es causalmente determinable y, por tanto, que no es libre. Dado que la función indubitable de un orden seme-

jante es provocar que los hombres actúen conforme a la conducta que el orden prescribe; es posibilitar que las normas que ordenan determinada conducta puedan convertirse en motivos determinantes de que la voluntad humana lleve a cabo la conducta conforme a las normas; ello implica, sin embargo, que la representación de la norma que obliga a determinada conducta se convierta en causa de la conducta conforme a esa norma. Sólo en cuanto el orden normativo, como contenido de las representaciones de los hombres cuyo comportamiento regula, se introduce en el proceso causal, en la corriente de causas y efectos, cumple ese orden su función social. Y sólo fundándose en un orden normativo cuya causalidad con respecto a la voluntad de los hombres a él sujetos se presupone, puede darse una atribución imputativa.

En lo anterior <sup>72</sup> se señaló que la norma que prescribiera que algo debe producirse, en cuyo respecto de antemano se sabe que tiene que producirse necesariamente, siempre y por doquier, en mérito a una ley natural, caracteraría de sentido. Con ello parecía aceptarse que normatividad y causalidad se excluyeran recíprocamente. Pero tal cosa no sucede. La norma que ordena decir la verdad, no carece de sentido, porque no tenemos ninguna razón para suponer la existencia de una ley natural según la cual los hombres tendrían que decir la verdad siempre y en todas partes; sabemos que los hombres a veces dicen verdad y otras, mienten. Pero aun cuando un hombre dice verdad, o cuando miente, su conducta, en ambos casos, esta determinada causalmente, es decir, por una ley natural; pero no por una ley natural según la cual tenga que decir siempre y en todas partes la verdad, o tenga que mentir siempre y en todas partes, sino por otra ley natural, acaso aquélla según la cual el hombre realiza la conducta que le promete la mayor cantidad de placer. La representación de la norma según la cual debe decirse la verdad puede ser, en consonancia con esa ley natural, un motivo eficaz de la conducta normativamente correspondiente. La norma que prescribiera que el hombre no debe morir, sería insensata, puesto que de antemano sabemos que todos los hombres tienen que morir, de acuerdo con una ley natural. La representación de una norma semejante no puede constituirse en ningún motivo eficaz de una conducta correspondiente, sí, a la norma, pero contraña a una ley natural. Justamente es por la falta de esa posibilidad causal de eficacia, por lo que la norma carece de sentido.

A veces no se niega efectivamente que la voluntad humana, como todo lo que acaece, de hecho está causalmente determinada, pero se afirma, sin embargo, que sería menester, para hacer posible la imputación moral y jurídica, considerar al hombre como si su voluntad fuera libre. Esto es: se cree que hay que mantener, como una ficción necesaria, la libertad de la voluntad, su indetermi-

<sup>72</sup> Cf. *supra*, pp. 10 y ss.

nación causal.<sup>73</sup> Sólo que la atribución imputativa, reconocida como un enlace de hechos, distinto del causal, pero no contradictorio con él, no necesita de esa ficción, ficción que resulta ser enteramente superflua.

Dado que no puede negarse la determinación de la voluntad según las leyes de la causalidad, creen algunos autores poder fundar la posibilidad de la imputación en el hecho subjetivo de que, si bien el hombre en realidad no es libre, él se considera, aunque erróneamente, como libre.<sup>74</sup> Se concluye que el hombre se tiene por libre en cuanto experimenta arrepentimiento y remordimientos cuando ha incurrido en una ilicitud moral o jurídica.<sup>75</sup> Pero tal cosa no es verdad. No todos los hombres experimentan, por cierto, remordimientos y se arrepienten, como consecuencia espiritual de una ilicitud cometida. Sobre todo, muchos no consideran de ninguna manera que sea ilícito lo que, según aquel orden moral o jurídico bajo el que viven, es considerado ilícito, cosa que puede diferir mucho según sean los distintos órdenes morales o jurídicos. Los hombres experimentan también sentimientos de arrepentimiento y remordimientos de conciencia aun cuando saben que la acción que ellos mismos estiman ilícita, ha sido cometida a impulso de un motivo más poderoso que los impulsaba para omitir la acción. También un determinista convencido puede experimentar remordimientos y sentirse arrepentido, cuando ha hecho algo que él mismo considera ilícito; así como también un determinista convencido de ninguna manera saca la conclusión, partiendo de su concepción, de que la conducta prohibida por la moral o el derecho, no tiene por qué ser desaprobada o sancionada, de que no debería efectuarse imputación alguna. La imputación no presupone ni el hecho de la libertad, ni la ficción de la libertad como indeterminación causal, ni tampoco un error subjetivo según el cual los hombres se considerarían libres.

Algunos autores creen poder solucionar de la siguiente manera el problema del conflicto entre la libertad de la voluntad, como presupuesto inevitable de la

<sup>73</sup> Ésta es la actitud de Kant. Afirma, en su *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 448: "Sostengo, sin embargo, que todo ser que sólo puede actuar como si lo hiciera según la idea de la libertad, es verdaderamente libre en sentido práctico, justamente por ello; es decir, para él mismo valen todas las leyes que son inescindibles de la libertad, como si su voluntad fuera considerada, en sí misma y en la filosofía teórica, como válidamente libre." Esto quiere decir que, desde el punto de vista del conocimiento teórico, la libertad de la voluntad, que se cree deba suponerse en la filosofía práctica, en la ética, para hacer posible la imputación moral es una pura ficción. La voluntad humana es vista como si no estuviera causalmente determinada, aun cuando, en realidad, efectivamente lo está; *op. cit.*, p. 455: "De ahí que la libertad sea sólo una idea de la razón, cuya realidad objetiva es en sí dudosa..." *Op. cit.*, p. 459; "La libertad es una mera idea..., que justamente, al no poder encontrar, según alguna analogía, un ejemplo de ella, ni puede jamás ser concebida, ni aun intuita".

<sup>74</sup> F. A. Lange, *Geschichte des Materialismus*, 8ª edición, 1908, II, p. 404: "Entre la libertad como forma de la conciencia subjetiva y la necesidad como hecho de la investigación objetiva no puede darse contradicción, como no puede darse entre un color y un sonido".

<sup>75</sup> Cf. Hans Vaihinger, *Die Philosophie des Als Ob*, 2ª edición, Berlín, 1913, p. 573.

imputación, y el principio de una causalidad determinante de todos los acontecimientos: un hombre es moral o jurídicamente responsable de un hecho cuando éste ha sido causado por un acto de voluntad suyo, o por haber omitido un acto volitivo suyo que habría impedido el hecho. No es responsable de un hecho, cuando éste no ha sido causado notoriamente por un acto de voluntad suyo, o por la omisión de un acto volitivo que impediría el hecho. Que el hombre sea libre no significa más que el tener conciencia de poder actuar como quiere (o desea).<sup>76</sup> Esta situación es plenamente compatible con el más estricto determinismo, puesto que el acto de voluntad o su omisión traídos a colación son considerados como determinados causalmente. La tentativa de salvar así la libertad, interpretándola como la posibilidad de actuar como se quiere, es equivocada, puesto que la conciencia de poder actuar como se quiere es admitir conscientemente que nuestras acciones están determinadas causalmente por nuestras voluntades. Pero la cuestión no es si nuestras acciones son causadas por nuestras voluntades —cosa que el indeterminismo no niega—, sino si la voluntad se encuentra causalmente determinada o no. Si la tentativa mencionada no constituye simplemente una negación de la libertad de la voluntad, sino una solución del problema manteniendo el supuesto de que la responsabilidad sólo es posible bajo la condición de que la voluntad sea libre, no tenemos otra cosa que un desplazamiento del problema.<sup>77</sup> Lo que quiere probarse con la exposición del problema discutido es que sólo es posible, y de hecho así resulta, una imputación moral o jurídica si la voluntad está causalmente determinada.

La afirmación o el supuesto de que el hombre cuenta con una voluntad libre, es decir, causalmente no determinada, son muy frecuentemente considerados necesarios para explicar por qué uno responsabiliza moral o jurídicamente sólo a hombres, y no a cosas inanimadas, a acontecimientos naturales o a animales; por qué sólo el hombre es imputable. Pero sólo se atribuye o imputa algo a un hombre en la medida y en la extensión en que los órdenes moral y jurídico únicamente formulan exigencias para la conducta humana; y sólo lo hacen con la conducta humana porque se admite que únicamente en los hombres la representación de las normas de aquellos órdenes puede causar en ellos actos de voluntad que, a su vez, causarán la conducta requerida. La explicación no reside, pues, en la libertad, sino, a la inversa, en la determinabilidad causal de la voluntad humana.

Otro argumento a favor del dogma de la libertad de la voluntad reside en señalar que los órdenes jurídicos modernos, en ciertos casos, excluyen la res-

<sup>76</sup> Así, Schlick, *op. cit.*, p. 114.

<sup>77</sup> Isaiah Berlin, en *Historical Inevitability (Auguste Comte Memorial Trust Lecture* núm. 1, Londres, 1954, p. 26) lo señala exactamente. Berlín mismo acepta que la responsabilidad sólo es posible mediante la libertad de la voluntad, en el sentido de una indeterminación causal.

ponsabilidad, y, por ende, excluyen una atribución imputativa, puesto que se afirma que en esos casos no puede aceptarse que haya una libre decisión volitiva. De ahí que los niños y los enfermos psíquicos, e inclusive adultos psíquicamente sanos, pueden ser considerados irresponsables de sus actos y de los efectos de éstos, cuando los mismos se producen bajo una fuerza mayor. En lo tocante a los dos primeros casos, la explicación se encuentra en que se supone que los niños y los enfermos psíquicos no pueden, en razón de la constitución de sus conciencias, ser motivados causalmente mediante la representación de normas jurídicas, o por lo menos, no suficientemente, al cumplimiento de la conducta requerida; que en ellos otros motivos son por lo general más poderosos que aquellas representaciones, debiéndose agregar que esos individuos, por lo común, ni siquiera tienen conciencia de las normas jurídicas. En los adultos y en los psíquicamente sanos podría, en cambio, aceptarse que, por lo común, la representación de las normas jurídicas, y de las malas consecuencias que su violación entraña, constituyera un motivo más poderoso que los motivos que conducen a un comportamiento contrario a derecho. Estos últimos motivos, naturalmente, pueden ser también poderosos en un adulto y en un individuo psíquicamente sano, pero ello sólo será la excepción. Los órdenes jurídicos modernos presuponen un tipo medio de hombre, y un tipo medio de circunstancias externas, bajo las cuales los hombres, causalmente determinados, actúan. Cuando un hombre de disposición media, bajo circunstancias corrientes, causalmente determinado, realiza una conducta a la que el orden jurídico obliga, se considera que, conforme a ese orden jurídico, es responsable de esa conducta y de sus efectos. Cuando el mismo hombre es causalmente determinado por otras circunstancias corrientes, distintas de las previstas por el orden jurídico, realizando una conducta prohibida por el orden jurídico, se dice que actúa bajo una coerción incontenible, si bien la fuerza bajo la cual el hombre actúa, en todas las circunstancias, siempre es incontenible. Puesto que la causalidad es, por su propia esencia, una coerción insuperable. Cuando, en la terminología jurídica, se habla de un "fuerza mayor", tenemos sólo un caso de una coerción insuperable, a saber: aquélla ante cuya presencia el orden jurídico no prevé responsabilidad por una conducta que, si hubiera sido llevada a cabo en razón de otras causas, el hombre que actúa así determinado causalmente, sería responsable. Cuando se efectúa la imputación, siempre se da una coerción insuperable. Pero no en todo caso de una fuerza mayor se produce la atribución imputativa.

Finalmente debe traerse todavía a cuento la concepción según la cual el determinismo sólo podría conciliarse con la responsabilidad moral o jurídica, recurriendo al hecho de que no podemos conocer cuál sea la determinación causal de la conducta humana, toda vez que no conocemos o no conocemos suficientemente, las causas determinantes de la conducta humana. Si pudiéramos conocerlas exactamente, no estaríamos ya en condiciones de hacer respon-

sable a un hombre por su conducta y sus efectos. De ahí el dicho: comprender todo significa perdonar todo. Comprender la conducta de un hombre quiere decir: conocer sus causas; perdonarlo, renunciar a responsabilizarlo por esa conducta, renunciar a reprocharlo o castigarlo; enlazar a su comportamiento una sanción; es decir: hacerlo objeto de retribución. Pero en muchísimos casos en los cuales se conoce muy bien la causa de una conducta, y, por ende, en que esa conducta es bien comprendida, de ninguna manera se renuncia a la retribución, ni de ninguna manera se perdona la conducta en cuestión. El dicho mencionado reposa en el error de suponer que la causalidad excluye la imputación.

De lo que antecede resulta que no es la libertad, es decir, la no determinación causal de la voluntad, la que hace posible la imputación, sino justamente al revés: es la determinabilidad de la voluntad la que la posibilita. El hombre no es objeto de imputación por ser libre, sino que el hombre es libre porque es objeto de imputación. Imputación y libertad se encuentran, de hecho, esencialmente entrelazados. Pero esa libertad no puede excluir la causalidad, y, en realidad, no lo hace. Si la afirmación de que el hombre, como personalidad moral o jurídica es libre, ha de tener algún sentido posible, esa libertad moral o jurídica ha de poder conciliarse con la determinación por leyes causales de su conducta. El hombre es libre, en razón y en tanto y en cuanto a una determinada conducta humana, como condición, puede imputarse un premio, una penitencia o una sanción penal; no porque esa conducta no se encuentre causalmente determinada, sino aunque esté causalmente determinada; más, por estar causalmente determinada. El hombre es libre porque su comportamiento es término final de imputación. Y puede ser término final de imputación también cuando está causalmente determinado. De ahí que no exista, entre la causalidad del orden natural y la libertad de los órdenes moral y jurídico, por un lado, y los órdenes moral y jurídico, por el otro, contradicción alguna; ni puede producirse tal cosa, dado que el primero es un orden de la realidad, mientras que el otro es un orden de lo debido, y sólo entre lo real y lo real, o entre lo debido y lo debido, pero no entre lo real y lo debido —como objetos de enunciación— puede aparecer una contradicción lógica.<sup>78</sup>

<sup>78</sup> Otras disquisiciones sobre el problema de la libertad de la voluntad, en su relación con la ley de causalidad, se encuentran en H. Kelsen, "Kausalität und Zurechnung" (*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. vi, 1954, pp. 137 y ss.) La vía aquí emprendida para resolver el problema del conflicto entre la causalidad de la naturaleza y la libertad de la imputación normativa, se aproxima a la solución intentada por Kant en tanto éste supone también la existencia de dos órdenes (*Kritik der reinen Vernunft*, ed. Akademie, III, p. 373; *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, IV, p. 458), a saber, uno causal, constitutivo de la necesidad natural, y otro normativo o moral, constitutivo de la necesidad del deber, sobre cuyo fundamento se realiza la imputación que presupone la libertad. Pero en cuanto Kant ve en la libertad una causa incausada, esto es, una situación en que pierde validez la ley según la cual toda causa tiene un efecto, y todo efecto, una causa, debe admitir que esa ley causal rige sin excepciones en el mundo empírico, en el

## 24. Contenido de normas sociales constituido por hechos distintos de la conducta humana

El principio de imputación —en su significado originario— enlazaba dos actos de conducta humana: la conducta de un individuo con la conducta de

mundo sensible o fenoménico, de suerte que la libertad —y de ahí también, en el fondo, el orden normativo y, simultáneamente, la imputación fundada en ella— debe ser relegada a otro mundo, el mundo de las cosas en sí, que denomina “mundo inteligible”. Sostiene, en la *Kritik der praktischen Vernunft* (ed. Akademie v, p. 95), que “dado que esta ley (de la causalidad) inevitablemente afecta la causalidad de las cosas, en la medida en que su existencia está temporalmente determinada”, es decir, a todas las cosas del mundo empírico, no queda, si se desea “salvar aún la libertad, otro camino que atribuir consecuentemente a la existencia de una cosa, en tanto es temporalmente determinada, una causalidad según la ley de la necesidad natural, pero ello sólo para el fenómeno (la apariencia), mientras que la libertad sería atribuible al mismo ente, en cuanto cosa en sí misma”. Por lo tanto, sólo el hombre como cosa en sí, como ser inteligible y, por consiguiente, sólo la voluntad inteligible, puede ser considerada como libre, mientras que el hombre empírico, como fenómeno y también, en consecuencia, su voluntad empírica, debe ser considerada como determinada causalmente. Kant identifica voluntad y razón práctica y afirma que esa razón debe ser vista “como razón práctica, o voluntad de un ser racional, por ese mismo ser, como libre” (*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 448). Puesto que la razón práctica, en cuanto voluntad libre, es la que dicta la ley moral, y dado que esa voluntad, en cuanto libre, sólo puede ser una voluntad inteligible, resulta que, si se lleva a sus consecuencias la construcción kantiana, que la ley moral también estaría en el mundo inteligible. Kant cree evitar la contradicción entre causalidad y libertad refiriendo la causalidad al mundo empírico, y la libertad, al mundo inteligible. Pero la imputación se efectúa de hecho en razón de un orden normativo que rige el comportamiento del hombre empírico y que tiene validez en el mundo empírico. Sólo el hombre empírico es objeto de imputación. Kant dice literalmente (*Kritik der reinen Vernunft*, pp. 372-73): “Nuestras imputaciones sólo pueden referirse al carácter empírico”; aunque también dice: “En relación con este carácter empírico, no hay... libertad alguna.” La libertad del hombre empírico, que es la única que interesa, cree salvaguardar Kant al suponer que el hombre empírico, es decir, el hombre como fenómeno, y el hombre como cosa en sí, el hombre inteligible, sean una y la misma entidad. Pero ello, según la propia exposición kantiana de las relaciones entre fenómeno y cosa en sí, no es posible. Puesto que la cosa en sí es la causa, o el fundamento, del fenómeno, y ya por ello no puede ser idéntico a éste. La contradicción entre causalidad y libertad consiste justamente en que de una y la misma cosa se afirma que se encuentra causalmente determinada y, simultáneamente, que es libre, es decir, que no está causalmente determinada. Kant sólo puede evitar la contradicción en la medida en que refiere causalidad y libertad a cosas diferentes, la causalidad a la cosa como fenómeno, y la libertad, a la cosa en sí; es decir, justamente en cuanto el hombre fenoménico tiene que ser supuesto como ente diferente del hombre que designa como cosa en sí.

Por lo demás, la cosa en sí desempeña en la filosofía de Kant un papel muy cuestionable. En la obra más representativa de su filosofía, la *Kritik der reinen Vernunft*, sostiene, p. 65: “Qué características puedan tener los objetos en sí mismos, al margen de toda receptividad por parte de nuestra sensibilidad, es cosa que enteramente desconocemos”; y, en la p. 224. “Cómo sean las cosas en sí, no lo sé, y tampoco necesito saberlo, dado que nunca me puede aparecer una cosa en sí, salvo como un fenómeno.” En consecuencia, tampoco puede saberse que el hombre, como cosa en sí, sea libre, que tenga esa característica y no otras, y, por ende, tampoco puede fundarse, sobre esta afirmación, la decisiva posibilidad de la imputación. En la p. 449 afirma Kant de la cosa en sí: “Estos entes racionales (*ens rationis ratiocinatae*) no son más que meras ideas y, por lo tanto,

otro individuo, como, por ejemplo, en la ley moral se enlaza el premio con el servicio, o en el enunciado jurídico se enlaza la pena con el delito; o bien, la conducta de un individuo con otra conducta del mismo individuo, como, por ejemplo, en la ley religiosa-moral que enlaza al pecado con la penitencia. En todos estos casos la conducta humana prescrita por una norma está condicio-

no pueden en general, y de por sí, ser tenidos por reales, sino puestos problemáticamente como fundamento (dado que no podemos alcanzarlos mediante ningún concepto racional), para poder considerar todas las relaciones de las cosas del mundo sensible, como si tuvieran su fundamento en esos entes de razón . . ." Aquí la cosa en sí —como también la libertad, en el lugar arriba citado— es una ficción. Pero no debe negarse que Kant, en contradicción con el texto aquí citado, ha considerado necesario, para mantener la libertad de la voluntad como el fundamento de su ética, considerar como efectivamente existente a la cosa en sí, o, más precisamente: cosas en sí como transubjetivamente existentes, y no como meras ficciones. La remisión a dos órdenes diferentes, según los cuales puedan interpretarse los hechos, se encuentra en la *Kritik der reinen Vernunft*, pp. 372-73: "Atento este carácter empírico, pues, no hay libertad alguna, y es sólo bajo ese carácter que podemos únicamente considerar al hombre, cuando nos limitamos a observarlo y, como sucede en la antropología, cuando queremos investigar fisiológicamente las causas que lo mueven a actuar. Pero si las mismas acciones fueran consideradas en relación con la razón —y no sólo la razón especulativa, para tratar de *explicar* su origen, sino únicamente en cuanto, si la tomáramos en cuenta desde un punto de vista *práctico* (es decir, si consideramos el hombre desde el punto de vista de la razón práctica que prescribe la ley moral)— nos encontramos con una regla y orden enteramente distintos del orden natural." Desde este ángulo de visión, o considerado bajo este orden, el hombre, como cosa en sí, es libre. Pero la pregunta de si el hombre empírico, que se atiene a su voluntad empírica y actúa conforme a ella, tiene causalmente determinadas las acciones suyas que se producen en el mundo empírico, es la misma pregunta que aparece cuando, imputándose al hombre su voluntad y sus acciones, no se sabe si está causalmente determinado, es decir, si, en el sentido kantiano, es libre. Y esta pregunta, atribúyasele un sentido positivo o negativo, no puede ser contestada con una "observación" de los hechos, es decir, por vía de un conocimiento científico natural (antropológico); esto es, en el sentido kantiano, a través de la razón teórica. La razón práctica, en la que aquí se refugia Kant, y a la que atribuye una función volitiva como razón legisladora, no puede *conocer* si el hombre —como fenómeno, o cosa en sí— es libre; sólo puede pretender que deba ser libre, aun cuando aparezca ante ella, como razón teórica, como no libre, ni pudiendo serlo. Kant expresa en forma enteramente pertinente que, tratándose de imputaciones, encontramos un orden enteramente diferente "del orden natural", y que cuando interpretamos la conducta humana según ese otro orden, consideramos al hombre como "libre". Pero para poder considerarlo libre, tenemos que relegar al hombre, o a su dudoso *Doppelgänger*, el hombre como cosa en sí, a un mundo inteligible, no accesible a nuestro conocimiento, en un mundo de cosas de las que nada sabemos y de las que nada necesitamos saber. Ya que la libertad, que de hecho está esencialmente ligada a la imputación, no significa, como supone Kant bajo el influjo del dogma teológico de la voluntad libre, una superación de la ley causal —es decir, que la voluntad del hombre creado a imagen y semejanza de Dios es causa, como la voluntad de Dios, de efectos, sin ser efecto de ninguna causa—, sino que el hombre, o, mejor, una determinada conducta, a saber, una conducta determinada por el orden moral o jurídico sea término final de una imputación efectuada fundándose en ese orden normativo, con respecto de otra conducta humana determinada por ese orden.

Esta concepción, sin embargo, es imposible en razón del erróneo supuesto de que la imputación cumplida sobre un hombre sólo es posible bajo el presupuesto de que la causalidad, en su relación con la voluntad humana, es superada, o tan limitada que aquella sólo aparece como causa de efectos, sin poder ser efecto de una causa.

nada por otra conducta humana. Tanto la condición como la consecuencia es un acto de conducta humana. Pero las normas de un sistema social no se refieren únicamente a conducta humana, sino que pueden referirse también a otros hechos. Una norma puede, como ya se señaló en otro contexto, prohibir determinado comportamiento humano que produce un efecto muy específico (por ejemplo, la prohibición de matar), así como una norma puede ordenar determinada conducta humana que no está condicionada por el comportamiento de otro hombre, sino también por hechos que no son conducta humana, por ejemplo, la norma moral del amor al prójimo: "Si alguien sufre, debes intentar liberarlo de sus sufrimientos"; o la norma jurídica que dispone que si alguien, como consecuencia de una enfermedad psíquica, se ha convertido en socialmente peligroso, debe ser internado coactivamente. La imputación, que se efectúa fundándose en el principio de retribución, es sólo una atribución imputativa particular, aun cuando sea el caso más significativo de imputación, en el sentido lato de la palabra; vale decir, el enlace de una conducta humana con la condición bajo la cual esa conducta es ordenada en una norma. Toda retribución es una imputación; pero no toda imputación es retribución. Además debe advertirse que las normas pueden referirse a individuos, sin referirse, al hacerlo, a sus comportamientos. Así, sucede, por ejemplo, en el caso de responsabilidad por el hecho ilícito de un tercero y, sobre todo, en el caso de la responsabilidad colectiva.<sup>79</sup>

Cuando en el enunciado de que, bajo determinadas condiciones, determinada conducta humana debe producirse, la condición no constituye, o no constituye exclusivamente, una conducta humana; también en este caso el enlace entre el hecho condicionante y la conducta humana es designado como "imputación", utilizándose este concepto en un sentido más amplio que su sentido originario. Puesto que la consecuencia no es imputada solamente a una conducta humana, o, como lo expresa la terminología usual, la consecuencia no es imputada no sólo a una persona, sino también a un hecho, o a otras circunstancias externas. Pero siempre es conducta humana el objeto de una imputación.

## 25. Normas categóricas

Pareciera, inclusive, que existen normas sociales que prescriben determinada conducta humana en forma incondicionada, o, lo que es lo mismo, que la prescriben bajo cualquier condición, siendo, en este sentido, normas categóricas, en contraposición a las condicionales o hipotéticas. Así tenemos ciertas normas que prescriben omisiones, como, por ejemplo, las normas: "No debes matar; no debes robar; no debes mentir." Si estas normas tuvieran efectivamente el carácter de normas categóricas, no sería posible interpretar norma-

<sup>79</sup> Cf. *infra*, pp. 126 y ss.

tivamente la situación social creada mediante esas normas, mediante un enunciado en el que se enlazaran dos elementos, como condición y consecuencia; no podría aplicarse el principio de atribución imputativa. Pero tampoco las normas que prescriben una mera omisión pueden ser normas categóricas. Es cosa evidente que no puede prescribirse incondicionalmente una acción positiva, puesto que semejante acción sólo es posible bajo determinadas condiciones. Y tampoco las omisiones pueden ser normadas incondicionalmente; de no ser así, las normas en cuestión podrían ser acatadas o violadas incondicionalmente. Pero un hombre no puede matar, robar o mentir en todas las circunstancias, sino sólo bajo muy determinadas circunstancias, y, por lo tanto, sólo puede bajo esas circunstancias omitir matar, robar o mentir. Cuando las normas morales que prescriben omisiones, impusieran obligaciones que tuvieran que ser cumplidas sin condiciones, es decir, impusieran obligaciones categóricas, las mismas serían satisfechas también durante el sueño y el dormir sería el estado moral ideal. La condición bajo la cual se norma la omisión de una determinada acción, es la suma de las circunstancias bajo las cuales la acción es posible. A ello se agrega que en una sociedad empírica no puede darse ninguna prescripción de omisión que no admita alguna excepción. Aun los mandamientos más fundamentales, como el de no matar; el de no sustraer a nadie un bien de su propiedad sin su consentimiento o su conocimiento; el de no mentir, sólo valen con ciertas limitaciones. Los sistemas sociales positivos deben siempre establecer las condiciones bajo las cuales no está prohibido matar, privar de la propiedad o mentir. Esto también muestra que todas las normas generales de un sistema social empírico, inclusive las normas generales que prescriben omisiones, sólo pueden prescribir determinada conducta bajo muy específicas condiciones, y que, por lo tanto, toda norma general establece una relación entre dos hechos que puede ser descrita en un enunciado según el cual, bajo determinada condición, debe producirse determinada consecuencia. Esto es, como se señaló, la expresión lingüística del principio de imputación, a diferencia de la del principio de causalidad.<sup>80</sup>

<sup>80</sup> Schlick, *op. cit.*, p. 108, distingue la ley natural, es decir, una ley causal como "una fórmula que describe cómo algo fácticamente se comporta —de una ley moral o jurídica—, en cuanto "prescripción de cómo algo debe comportarse"; y observa: "Ambos tipos de 'leyes' tienen sólo en común que suelen ser expresadas mediante una fórmula. Por lo demás, no tienen en realidad nada que hacer juntas y es altamente lamentable que para dos cosas tan diferentes se emplee la misma palabra." Esto es correcto sólo en cuanto bajo "ley moral" o "jurídica" se entienda las normas de la moral o del derecho; no lo es, en cambio, si se designaran así los enunciados de la ética y de la ciencia jurídica que describen la moral o el derecho. En el segundo caso, tendríamos que es común a las leyes naturales y a las leyes morales o jurídicas, el enunciar una relación entre hechos; y, con este fundamento, ambas son designadas con justicia "leyes". Schlick pasa por alto que las "leyes" morales y jurídicas son formuladas por las ciencias descriptivas de las normas morales o jurídicas, como las leyes naturales lo son por la ciencia natural descriptiva de la naturaleza, pero que sólo las normas descritas por las primeras, pero no las "leyes" que las describen, son "prescripciones". Cf. *supra*, p. 84.

Sólo las normas individuales pueden ser categóricas, en el sentido de que prescriben, autorizan o permiten positivamente una determinada conducta, de determinado individuo, sin enlazarla a una determinada condición, como, por ejemplo, cuando un tribunal resuelve que determinado órgano tenga que cumplir determinada ejecución coactiva sobre determinado patrimonio; o que determinado órgano deba guardar en prisión a determinado procesado por determinado tiempo. Pero también las normas individuales pueden ser condicionales o hipotéticas; es decir, pueden establecer como debida determinada conducta de determinado individuo, en forma condicionada. Así, por ejemplo, cuando el tribunal ordena la ejecución forzosa en el patrimonio del deudor moroso, sólo bajo la condición de que el deudor no haya pagado la suma adeudada dentro de cierto término; o cuando el tribunal ordena la ejecución de la pena impuesta a determinado individuo, sólo a condición de que el individuo incurra, en determinado término, nuevamente en un delito punible.

## 26. *La negación del deber; el derecho como "ideología"*

A veces se cuestiona la posibilidad de una ciencia jurídica normativa, es decir, de una ciencia del derecho que describa el derecho como un sistema de normas, con el argumento de que el concepto de lo debido, cuya expresión es la norma, carece de sentido, o es un mero simulacro ideológico.<sup>81</sup> De ahí se arriba a la concepción de que no podría existir una ciencia jurídica normativa, es decir, orientada al conocimiento de normas; de que la ciencia del derecho sólo es posible como sociología del derecho. La sociología jurídica relaciona los hechos reales que abarca, no con normas válidas, sino con otros hechos reales, como causas y efectos. Pregunta, por caso, cuáles han sido las causas que determinaron que el legislador promulgara justamente estas normas, y ninguna otra, y qué efectos ha tenido su promulgación. Pregunta de qué manera han influido fácticamente ciertos hechos económicos, o representaciones religiosas, sobre la actividad del legislador, o de los tribunales; cuáles son los motivos que llevan a los hombres a adecuar o no su comportamiento al orden jurídico. Por lo tanto, no es el derecho mismo el que constituye el objeto de este conocimiento, sino ciertos fenómenos paralelos de la natura-

<sup>81</sup> Es un elemento característico de la doctrina social marxista repudiar la exposición del derecho, impuesto por una clase dominante a una clase dominada, como un sistema de normas, al caracterizar esa exposición como una ideología deformante de la realidad según el interés de la clase dominante. Para una consideración no ideológica, el derecho no sería un sistema de normas, sino un conglomerado de relaciones económicas, en las cuales se cumple la explotación de los dominados por la clase dominante. Como sistema de explotación tiene que tener un carácter coactivo; es decir, estar relacionado esencialmente con el aparato coactivo del Estado. La sociedad comunista sin clases, y libre de explotación, es, por lo tanto, una sociedad sin Estado y sin derecho. Cf. H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, pp. 2 y ss.

leza. Así como el fisiólogo, que investiga procesos químicos o físicos bajo los cuales, como condición o concomitantemente, aparecen ciertos sentimientos, no capta esos sentimientos mismos, que, como fenómenos psicológicos, no pueden ser concebidos ni fisiológica, ni químicamente. La teoría pura del derecho, como ciencia jurídica, dirige, como se mostró, su visual a las normas jurídicas; no a hechos reales, es decir, no al querer, o a la representación de normas jurídicas, sino a las normas jurídicas como contenidos significativos queridos o representados. Y capta conceptualmente cualquier hecho sólo en tanto constituya el contenido de normas jurídicas, es decir, en tanto estén determinados por normas de derecho. Su problema es la específica legalidad propia de su esfera de sentido.

Si se reniega del concepto de lo debido como carente de sentido, cabe únicamente entonces reconocer en los actos productores de derecho medios de suscitar determinada conducta humana hacia la cual esos actos se orienten; es decir, como causas de determinados efectos. Se cree entonces poder concebir el orden jurídico como la regularidad de cierto curso del comportamiento humano. Se ignora a sabiendas el sentido normativo con el cual esos actos aparecen, puesto que no se cree poder aceptar el sentido de un verbo "deber", diferente del verbo "ser". Por ende, el sentido de un acto en el cual la autoridad jurídica ordena, autoriza o permite positivamente determinada conducta humana, sólo puede ser descrito científicamente como intento de suscitar los hombres determinadas representaciones, mediante cuya fuerza motivadora los mismos son llevados a actuar en determinada forma. La proposición jurídica según la cual, se "debe" sancionar al ladrón, o no se "debe" robar, queda reducida á la comprobación del hecho de que algunos tratan de llevar a otros a no robar, o de castigar al ladrón, y que, por lo común, los hombres omiten robar y, cuando excepcionalmente incurrn en hurto, castigan al ladrón. Se ve en el derecho —como una relación entre los hombres que establecen el derecho y los que lo acatan— una empresa del mismo tipo que la del cazador que pone un cebo a la presa, para hacerla caer en la trampa. Esta comparación es exacta, no sólo por ser común a ambos procesos la conexión motivadora, sino también en la medida en que la consideración del derecho que aquí se describe incurre en la exposición del derecho como norma (del legislador, o de la jurisprudencia), en un engaño. Desde este punto de vista, no "hay", en general, "norma" alguna; la afirmación de que este o aquel "deber" no tiene ningún sentido específico jurídico positivo, ni tampoco un sentido diferente del moral. Para este punto de vista sólo entran en consideración los acontecimientos naturales, los acontecimientos en su conexión causal y los actos jurídicos en su facticidad; pero no el contenido significativo específico con el cual se presentan. Este sentido, el de debido, no puede, para una consideración puramente sociológica, y en cuanto equívoco ideológico, expresarse en una descripción científica del derecho.

Equívoco semejante se produce efectivamente cuando con lo debido jurídicamente, se afirma también un valor moral absoluto. Pero no puede hablarse aquí de un equívoco ideológico, cuando el verbo “deber”, en el enunciado jurídico descriptivo del derecho, sólo recibe el mero significado de una conexión funcional específica. Tal relación funcional específica, diferente del nexo causal, aparece en la atribución del premio al servicio, de la pena al delito, y desempeña un papel significativo en el pensamiento humano y, especialmente, en el pensamiento jurídico, como se ha demostrado anteriormente. La relación causal que describe una doctrina sociológica del derecho, se configura —si por acaso lo hace— entre cualesquiera hechos económicos o políticos, y los actos productores de derecho, por un lado, y entre esos actos y la conducta humana hacia la cual ellos se orientan, por el otro. Y, en el último caso, sólo aparece cuando esa conducta efectivamente está motivada por la representación de la intención del acto, lo que, por cierto, no siempre sucede, dado que la conducta conforme a derecho muy frecuentemente es causada por otros motivos. Pero, por sobre todo, debe advertirse que la imputación jurídica enlaza otros dos hechos: no el acto productor de derecho con la conducta conforme a derecho, sino el hecho determinado por el orden jurídico como condición, con la consecuencia por él determinada. La atribución imputativa es, como la causalidad, un principio ordenador del pensamiento humano y, en consecuencia, tan poco ilusión, o tan ilusión o ideología como aquella que, para hablar con Hume o Kant, sólo es un hábito del pensamiento, o una categoría del intelecto.

Que el sentido subjetivo de los actos que establecen derecho sea un deber, no puede negarse seriamente, cuando esos actos son vistos, según su sentido como actos de mando, imperativos.<sup>82</sup> Cuestionable sólo puede ser si así puede también interpretarse su sentido objetivo; si el deber que constituye el sentido subjetivo del acto que establece derecho, puede ser considerado como una norma objetivamente válida, que obliga y da derechos a los hombres. Cabe preguntar en qué se distinguen de otros actos de mando los actos que establecen derecho, como la orden impartida por un ladrón callejero. Anteriormente se señaló cuál es la condición bajo la cual es posible efectuar la interpretación en cuestión: presuponer la norma fundante básica.

Si se quita al “deber”, que expresa la relación mediante la cual la relación imputativa es establecida por la norma considerada objetivamente válida, todo sentido, carece entonces también de sentido afirmar que esto está jurídicamente permitido, o que aquello está jurídicamente prohibido; que esto me pertenece a mí, y aquello a ti; que X tiene derecho a ello, y que Y está obligado a lo mismo, etcétera. En suma, los miles de enunciados en los cuales la vida jurídica se exterioriza diariamente, serían sin sentidos. Esta afirmación es contradicha por el hecho innegable de que cualquiera entiende, sin más, que es cosa distinta

<sup>82</sup> Cf. *supra*, pp. 6 y ss.

decir que A está jurídicamente obligado a entregar 1 000 a B, que afirmar que hay cierta probabilidad de que A entregue 1 000 a B. Y que es algo enteramente distinto decir: esta acción es, en sentido legal (es decir, conforme a una norma jurídica general), un delito y debe ser legalmente castigado, que decir: quien haya hecho esto, será muy probablemente castigado. El sentido inmanente con el cual el legislador se dirige al órgano de aplicación de la ley; éste a su vez, mediante la sentencia judicial o el acto administrativo, al sujeto de derecho; el sujeto de derecho, en el negocio jurídico, a otro sujeto de derecho, no es captado con el enunciado relativo al curso probable de los acontecimientos. Semejante enunciado se efectúa desde un punto de vista trascendente al derecho. No da respuesta a la pregunta específicamente jurídica: ¿qué debe suceder conforme a derecho?, sino a la metajurídica: ¿qué sucede de hecho, y, qué, presumiblemente, habrá de suceder? Las proposiciones jurídicas que enuncian que uno debe comportarse de determinada manera, no admiten ser reducidas a enunciados sobre hechos reales presentes o futuros puesto que no se refieren en absoluto a esos hechos, ni tampoco al hecho real de que determinados hombres quieran que uno deba comportarse de determinada manera. Se refieren al sentido específico que tienen los hechos reales consistentes en tales actos de voluntad; y el deber, la norma, que es justamente ese sentido, es algo distinto de la realidad de ese hecho de voluntad. Sólo cuando por "ideología", en contraposición a la realidad de los hechos existentes; es decir, sólo cuando por ideología se comprende todo aquello que no sea una realidad determinada por una ley causal, o una descripción de esa realidad, sólo entonces el derecho en cuanto norma, es decir, en cuanto sentido de esos actos diferente de los actos reales causalmente determinados, es ideología. Y entonces la teoría jurídica que no describe esos actos en su específica conexión causal con otros hechos reales, sino que sólo los describe como normas; la teoría que describe el sentido de esos actos justamente en enunciados jurídicos, que afirman, no como las leyes naturales una conexión causal, sino una conexión imputativa, estaría orientada a la legalidad propia de una ideología. Entonces sería la teoría pura del derecho la que ha abierto el camino hacia ese punto de vista, a partir del cual el derecho puede ser entendido como una ideología en ese sentido, es decir, como un sistema relacional distinto de la naturaleza.

La posibilidad y la necesidad de una disciplina semejante orientada al derecho como un contenido significativo normativo, han sido ya demostradas por el hecho milenar de la ciencia jurídica que, en tanto existe derecho, sirve, como jurisprudencia dogmática, a las exigencias intelectuales de quienes se ocupan con el derecho. No hay ninguna razón para dejar insatisfechas esas necesidades enteramente legítimas, renunciando a esa ciencia jurídica. Sustituirla por la sociología del derecho es imposible, dado que ésta apunta a un problema totalmente diferente. Así como, mientras exista una religión, debe haber una teología dogmática, que no puede reemplazarse por ninguna psico-

logía o sociología de la religión, así también, mientras haya un derecho, habrá una doctrina normativa. Cuál sea su rango en el sistema total de las ciencias es cuestión distinta, subordinada. Lo necesario no es eliminar esa ciencia jurídica, junto con la categoría del deber, o con la norma, sino restringirla a su objeto y aclarar críticamente su método.

Si por "ideología" no se comprende todo lo que no sea realidad natural, o su descripción, sino una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto del conocimiento; y si se designa como "naturaleza" no sólo la realidad natural como objeto de la ciencia natural, sino todo objeto del conocimiento, incluyendo, por lo tanto, el objeto de la ciencia jurídica, el derecho positivo como realidad jurídica, entonces también la exposición del derecho positivo debe mantenerse libre de ideología (en el segundo sentido de la palabra). Si se considera el derecho positivo como orden normativo en relación con la realidad del acontecer fáctico, que según la pretensión del derecho positivo, debe corresponder a aquél (aun cuando no siempre le corresponda enteramente), cabe entonces calificarlo como "ideología" (en el primer sentido de la palabra). Si se le considera en relación con un orden "superior" que esgrime la pretensión de ser el derecho "ideal", el derecho "justo", y que exige que el derecho positivo se le adecue, sea en relación con el derecho natural o con alguna justicia —pensada de alguna manera—, entonces el derecho positivo, es decir, el puesto por actos humanos, el derecho aplicado y acatado en grandes rasgos, aparece como derecho "real", y, en consecuencia, la teoría del derecho positivo que lo confunda con un derecho natural, o con alguna justicia, con la finalidad de justificar o descalificarlo, deberá ser puesta de lado como ideológica (en el segundo sentido de la palabra). En este sentido, la teoría pura del derecho exhibe una expresa tendencia antiideológica. Mantiene esa orientación en cuanto en su exposición del derecho positivo, mantiene a éste libre de toda mezcla con un derecho "ideal" o "justo". En éste sentido, es una teoría jurídica radicalmente realista, es decir, una teoría propia del positivismo jurídico. Rehúsa juzgar axiológicamente el derecho positivo. Como ciencia, no se considera obligada sino a pensar conceptualmente al derecho según su propia esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura. Sobre todo, rehúsa ponerse al servicio de cualquier interés político, proveyéndolo de la "ideología" mediante la cual se legitime, o se descalifique, el orden social existente. Así impide que, en nombre de la ciencia jurídica, se atribuya al derecho, al identificarlo con un derecho ideal justo, un valor superior al que de hecho posee; o bien, que se le niegue, por estar en contradicción con un derecho ideal justo, todo valor, y hasta se le niegue validez en general. Así entra en la más aguda oposición con la ciencia jurídica tradicional que, a sabiendas o no, a veces más, a veces menos, tiene un carácter "ideológico" en el sentido que se acaba de desarrollar. Justamente, por esta tendencia suya antiideológica, la teoría pura del derecho se muestra como ver-

dadera ciencia jurídica. Puesto que la ciencia como conocimiento tiene la tendencia inmanente a descubrir su objeto. La "ideología", en cambio, encubre la realidad en cuanto, con el propósito de conservarla, defenderla, la transfigura, o, con el propósito de atacarla, destruirla o remplazarla por otra, la desfigura. Ideología tal tiene sus raíces en un querer, no en un conocer; brota de ciertos intereses, o mejor, brota de intereses distintos al del interés por la verdad, con lo cual, naturalmente, nada se afirma sobre el valor o la dignidad de esos otros intereses. La autoridad que crea el derecho, y que, por tanto, busca de mantenerlo, puede que se pregunte si es útil un conocimiento, ideológicamente libre, de su producto; y también las fuerzas que quieren destruir el orden existente, para remplazarlo por otro, que consideran mejor, quizás no sepan qué hacer con semejante ciencia del derecho. La ciencia del derecho, con todo, no puede preocuparse ni por aquél, ni por éstos. La teoría pura del derecho pretende ser semejante ciencia del derecho.

#### IV. ESTÁTICA JURÍDICA

##### 27. *La sanción: el acto ilícito y la consecuencia de lo ilícito*

a) *Las sanciones de los derechos nacional e internacional.* Si el derecho es concebido como un orden coactivo, es decir, como un orden que estatuye actos de coacción, el enunciado jurídico que describe el derecho aparece entonces como el enunciado que afirma que bajo determinadas condiciones —es decir, condiciones determinadas por el orden jurídico— debe efectuarse determinado acto coactivo. Actos coactivos son actos que han de cumplirse aun contra la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física. Como resulta de la investigación previa deben distinguirse dos tipos de actos coactivos:

Las sanciones, esto es, actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico; y actos coactivos que carecen de ese carácter, como por ejemplo, la internación coactiva de individuos que padecen enfermedades socialmente peligrosas; o que en razón de su raza, sus opiniones políticas, o sus convicciones religiosas, son considerados como dañinos; o, por fin, la supresión o privación coactiva de la propiedad por razones de interés público. En estos casos no se encuentra entre las condiciones del acto coactivo estatuidas por el orden jurídico, ninguna acción u omisión determinadas por el orden jurídico, correspondientes a determinado individuo.

Las sanciones, en el sentido específico de la palabra, aparecen, dentro de los órdenes jurídicos estatales, en dos formas diferentes: como sanción penal o pena (en el sentido estricto de la palabra) y como sanción civil o ejecución forzosa de bienes. Ambos tipos de sanciones consisten en irrogar coactivamente un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien: en el caso de la pena capital, la privación de la vida; en el caso de anteriores penas corporales, como el sacar los ojos o amputar una mano o la lengua, la privación del uso de un miembro del cuerpo; o la tortura: ocasionar sufrimientos corporales; en el caso de la pena de prisión: privar de la libertad; en el caso de las sanciones patrimoniales: la privación de valores patrimoniales, en especial, la propiedad. Pero también la privación de otros derechos puede ser impuesta como pena, así la privación del empleo, o la pérdida de los derechos políticos. También la ejecución civil irroga coactivamente un mal. Se distingue, sin embargo, de la pena en cuanto, como suele decirse, intenta reparar el delito consistente en la conducta contra la cual se

dirige esa sanción como reacción. La llamada reparación de la ilicitud consiste en que se pone término al estado provocado por la conducta ilícita (situación también ilícita, en este sentido), restableciéndose un estado conforme al derecho. Este estado puede ser el mismo que debió haber sido obtenido mediante el comportamiento lícito del delincuente; pero puede ser otro, que sirva como sustituto, cuando el restablecimiento de ese estado ya no sea posible. Ejemplos del caso mencionado son los siguientes: A deja de cumplir su obligación de entregar a B una cosa de su pertenencia. La sanción de ejecución civil, constituyente de esa obligación, consiste en la privación por la coacción a A de la cosa, que es entregada a B. O bien, A omite cumplir su obligación de comparecer como testigo ante el tribunal; la sanción de ejecución, constituyente de esa obligación, consiste en que A es llevado coactivamente ante el tribunal, es decir, en que, con ese fin, se le priva de su libertad. Un ejemplo del segundo caso mencionado: A omite cumplir su obligación de entregar a B algo que no se encuentra en su posesión, o de efectuar determinado trabajo para B. La sanción de ejecución constituyente de esa obligación consiste en que se sustrae coactivamente a A el valor de la cosa adeudada, o un valor patrimonial correspondiente al trabajo, entregándose a B la suma de dinero obtenida en una venta judicial. Si la conducta ilícita como en el primero y en el último ejemplos, consiste en que se provoca un daño a un tercero, la sanción de ejecución es la reparación del daño ocasionado ilícitamente. Entonces encontramos cierta semejanza entre las penas patrimoniales y la ejecución civil. Ambas son cumplidas coactivamente y sobre un patrimonio. Se diferencian en que el valor patrimonial obtenido coactivamente en el caso de la sanción penal patrimonial, que usualmente es dinero, pasa a un fondo público (patrimonio del Estado o de la comunidad), mientras que en el caso de la ejecución, esa suma se dirige al perjudicado ilícitamente para la reparación de los daños materiales o morales; de suerte que aparece expresada en el orden jurídico determinada finalidad, que no se da en el caso de la sanción penal. No es casi posible determinar el concepto de una pena (sanción penal) según su finalidad. Puesto que la finalidad de la sanción penal no proviene —o no proviene en forma inmediata— del contenido del orden jurídico. Que esa finalidad sea prevenir mediante la aplicación de penas, las acciones u omisiones así sancionadas, es una interpretación que también puede aplicarse a sistemas penales cuyo origen no fue conscientemente determinado por la idea de prevención, sino simplemente por el principio de retribuir un mal con un mal. Las penas de privación de la vida o de la libertad se mantienen idénticas, sea que al establecerlas se busque prevenir o no. En este respecto, no hay ninguna diferencia esencial entre la sanción penal y la sanción civil (ejecución), dado que también esta última puede tener un efecto preventivo en cuanto un mal percibido por los que la sufren, de suerte que aquí tenemos ligados la finalidad de reparación con la finalidad

preventiva. Ambos tipos de sanciones: pena y ejecución civil, son ordenadas tanto por tribunales, como por organismos administrativos, según los procedimientos previstos para ello. En consecuencia, corresponde distinguir entre sanciones penales judiciales impuestas por tribunales penales; sanciones penales administrativas impuestas por organismos administrativos; sanciones civiles judiciales (ejecución civil) impuestas por tribunales civiles; y sanciones de ejecución administrativas, que son impuestas por organismos administrativos. También es necesario distinguir el acto por el cual se ordena una sanción penal o civil, del acto mediante el cual se lleva a cabo la pena o ejecución civil, cumpliéndose la norma establecida por el primero. El acto coactivo que establece la sanción es siempre cumplido por un organismo administrativo.

Las sanciones del derecho internacional general: las represalias y la guerra —de las que se hablará más adelante— no son, por cierto, consideradas ni sanciones penales (penas), ni sanciones civiles (ejecución), pero constituyen, como aquéllas, una privación coactiva de bienes, o, lo que significa lo mismo: una lesión estatuida por el orden jurídico, de los intereses de un Estado, protegido, por lo demás, por parte de otro Estado. Si se admite que, conforme al derecho internacional válido, un Estado sólo puede adoptar represalias o declarar la guerra, contra otro, cuando éste se rehúye a reparar los daños provocados por él ilícitamente; y si se acepta que esos actos de coacción sólo deben llevarse a cabo con la finalidad de lograr esa reparación, aparece entonces cierto parentesco entre las sanciones del derecho internacional general y la sanción civil de ejecución de bienes. La cuestión de si, en todo caso las represalias y la guerra deben ser interpretadas, en general, como sanciones del derecho internacional, y, por ende, si éste deba ser considerado un orden jurídico, es asunto muy discutido.<sup>83</sup>

b) *El acto ilícito (delito) como condición del derecho, y no su negación.* Como ya podía verse en lo anterior, la acción u omisión determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho, son designadas como “acto ilícito” o “delito”, y el acto coactivo, estatuido como consecuencia, es la consecuencia de lo ilícito o sanción. Sólo porque una acción y omisión, determinadas por el orden jurídico, se convierten en condición de un acto coactivo estatuido por el orden jurídico, se las califica de ilicitud o delito; sólo porque un acto coactivo está estatuido por el orden jurídico como consecuencia de determinada acción u omisión, tiene ese acto coactivo el carácter de sanción o de consecuencia de un delito. Como ya se subrayó en lo anterior, los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico, como consecuencia de otras circunstancias de hecho, no son “sanciones” en el sentido específico de consecuencias de lo ilícito; y los hechos condicionantes, al no ser

<sup>83</sup> Cf. *infra*, pp. 321 y ss.

acciones u omisiones de determinados hombres, determinados por el orden jurídico, no tienen el carácter de actos ilícitos o de delito.

La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto —como lo supone la jurisprudencia tradicional—, en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia. No se trata de ninguna propiedad inmanente, y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo, la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito; sino exclusiva y —únicamente, el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción.<sup>84</sup>

La doctrina predominante en la jurisprudencia tradicional, según la cual los conceptos de ilicitud y de sanción consecuente contienen un elemento axiológico moral; de que la ilicitud es necesariamente algo inmoral; de que la pena tiene que significar algo difamante, es insostenible, aunque más no fuera por el carácter altamente relativo de los juicios axiológicos que entrarían en juego. Puede suceder, sí, que las acciones u omisiones específicas que en un orden jurídico son condiciones de actos coactivos, valgan como inmorales para las opiniones de ciertos círculos; mas no puede negarse que ello no tiene por qué ser así según las opiniones de otros círculos. Un hombre que hubiera matado a su esposa adúltera, o al amante, es, según la mayoría de los órdenes jurídicos existentes, un delincuente; pero su acto no sólo puede no verse desaprobado por mucho, sino que puede verse aprobado inclusive como ejercicio de un derecho natural a defender su matrimonio. El duelo puesto bajo sanciones penales, no sólo no es visto como inmoral por ciertos estratos sociales, sino que es expresamente considerado como un deber moral y la pena de prisión que se impone al duelista, no es considerada contraria al honor. La doctrina de la caracterización esencialmente moral de lo ilícito no puede sostenerse frente al delito civil, y la consecuencia que a él se enlaza: la ejecución civil. Desde el punto de vista de una teoría del derecho positivo, no hay hecho alguno que, en sí y de por sí, es decir, sin consideración de la consecuencia que estatuye para él el orden jurídico, sea un acto ilícito o delito. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibita*. Se

<sup>84</sup> Si se concibe el derecho como un orden coactivo, y se toman en consideración sólo aquellas normas que estatuyen sanciones, es decir, que estatuyen actos coactivos, como reacciones contra una conducta calificada como ilícita, tendremos que el derecho es una reacción contra lo ilícito; y, por tanto, como Tomás de Aquino, lo dice, en *Summa theologica*, I-II, 96, artículo 5, sólo los malos, pero no los buenos, estarían sujetos al derecho: *Alio vero modo dicitur aliquis subjectus legi, sicut coactum cogenti. Et, hoc modo, homines virtuosus et justus non subduntur legi, sed soli mali. Quod enim est coactum et violentum, est contrarium voluntati. Voluntas autem bonorum consonat legi, a qua malorum voluntas discordat. Et ideo, secundum hoc, boni non sunt sub lege; sed solum mali.*

trata, por lo demás, de no más que una consecuencia del principio generalmente reconocido en el derecho penal: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; y este principio, que no vale sólo para el derecho penal, no sólo para los delitos penales, sino para toda sanción, no es más que la consecuencia del positivismo jurídico. Uno y el mismo hecho es, conforme a un orden jurídico, un acto ilícito o delito, porque ese orden lo enlaza con una sanción, y no lo es en cambio para otro orden, que no prevé consecuencia semejante. Se comprende de suyo que una determinada acción u omisión humanas son convertidas por el orden jurídico en condición de un acto coactivo, porque ellas son tenidas por indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales, por la autoridad jurídica; pero desde el punto de vista de una consideración orientada al sentido inmanente del orden jurídico, esta circunstancia es irrelevante para el concepto de ilícito. Si el orden jurídico ha hecho de determinada acción u omisión la condición de un acto coactivo, tiene que ser considerada una ilicitud, inclusive por parte del jurista que la considera no perjudicial, y quizás, hasta útil, y a la inversa. La diferenciación entre un hecho, lo ilícito, que es punible conforme al derecho positivo, y otro hecho que es punible por ser él mismo ilícito, reposa en una concepción iusnaturalista. Presupone que la propiedad de ilicitud, el valor negativo, es inmanente a ciertos hechos, requiriendo una penalidad por parte del derecho positivo. Poniendo de lado esa suposición fundante de la doctrina iusnaturalista, según la cual valor y desvalor son inmanentes a la realidad, la distinción desaparece.

En las designaciones de acto "ilícito", "contrario" a derecho, "violatorio" del derecho, "lesión", se expresa el pensamiento de una negación del derecho; la representación de algo que está fuera del derecho y que lo contraría; de algo que amenaza, quebranta o inclusive suprime la existencia del derecho. Esta representación es equívoca. Reposo en que se interpreta como una contradicción lógica la relación entre la norma que ordena determinada conducta, y la conducta fáctica que es opuesta a la ordenada. Sólo que una contradicción lógica no puede darse sino entre dos proposiciones, una de las cuales enuncia A, y la otra, la negación de A; o de las cuales, una enuncia que A es debido, y la otra, que A no es debido. Ambas proposiciones no pueden mantenerse juntas, puesto que sólo una de ellas puede ser verdadera. Entre la oración que describe una norma: un hombre *debe* actuar de determinada manera; y la oración que enuncia que *de hecho* no se comporta así, sino que lleva a cabo la conducta contraria, no se da ninguna contradicción lógica. Ambas proposiciones pueden mantenerse juntas y pueden ser simultáneamente verdaderas. La existencia o validez de la norma que ordena determinada conducta no es "quebrantada" por la conducta contraria —como si se tratara de una cadena que mantiene preso a un hombre, y que es rota; la cadena del derecho encadena también el hombre que "rompe" el derecho; la norma no es "violada", como es lesionado un hombre por un acto coactivo llevado a cabo en su contra, como un hombre que puede verse perju-

dicado en su existencia. Cuando un orden normativo ordena determinada conducta, sólo en cuanto enlaza a la contraria una sanción, la situación de hecho es esencialmente descrita, en forma completa, por una proposición hipotética (condicional) que enuncia que si se presenta determinada conducta, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo. En este enunciado aparece lo ilícito como el antecedente o condición, pero no como negación del derecho; y, además, se muestra que lo ilícito no es algo exterior al derecho, que estuviera en contra suyo, sino que se trata de un hecho interno al derecho, determinado por éste, a cual el derecho, por su esencia, justa y muy particularmente, se refiere. Como todo, también lo ilícito jurídico sólo puede ser concebido conceptualmente como derecho. Cuando se habla de una conducta "contraria" al derecho, se alude así a la conducta condicionante del acto coactivo; cuando se habla de una conducta "conforme" a derecho, se alude a la contraria, a la conducta que evita el acto coactivo.

Cuando la ciencia del derecho desinterpreta el delito, representado en el pensamiento ingenuo, precientífico, como negación del derecho, como ilícito, pensándolo como una condición del derecho, efectúa un paso análogo al que efectúa la teología con respecto del problema de la teodicea, esto es, el problema del mal en un mundo creado por un dios perfectamente bueno y todopoderoso. Puesto que todo lo que existe tiene que ser entendido como querido por dios, surge la pregunta: ¿cómo puede entenderse el mal como algo querido por el dios bondadoso? La respuesta de una teología monoteísta coherente consiste en interpretar el mal como una condición necesaria para la realización del bien. La idea de que el mal no sea obra de dios, sino dirigida contra dios, obra del diablo, no es conciliable con la hipótesis monoteísta, puesto que implicaría la representación de un contradios, de un dios negativo.

Puesto que el delito, en cuanto acción u omisión humana determinadas por el orden jurídico, no constituye la única condición a la que el orden jurídico enlaza una sanción —puesto que el hecho condicionante, como veremos, puede estar compuesto con muy diversas partes integrantes, entre las cuales pueden aparecer otras conductas humanas que no son calificadas de delito, como por ejemplo, el acto legislativo que produjo la norma general que determina el tipo penal, así como el acto judicial, mediante el cual se ha verificado la existencia del hecho delictivo concreto—, surge la cuestión de cómo pueda distinguirse la conducta calificada de delito, de otras condiciones, en especial, de otros comportamientos humanos, que aparecen como partes integrantes del hecho condicionante. El delito es normalmente la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción. Esta determinación conceptual de delito, sin embargo, sólo es aceptable cuando la sanción se dirige contra el delincuente, es decir, contra aquel que mediante su propia conducta ha efectuado el delito. Se trata del caso, que analizaremos más adelante, de responsabilidad por la propia conducta.

Pero la sanción no requiere estar dirigida siempre contra el delincuente, o sólo contra él, sino que puede dirigirse contra otro hombre u hombres. Tenemos, entonces, el caso de responsabilidad por la conducta ajena. Entonces tiene el orden jurídico que determinar la relación en que el delincuente se encuentra con el hombre, u hombres, responsable de su delito. El orden jurídico puede responsabilizar al padre, al cónyuge del delincuente, o a otro miembro de la familia, o de un grupo más amplio al que el delincuente pertenezca. Si para simplificar el lenguaje, se designa con el término "allegados" (allegados familiares, de grupo racial, de comunidad estatal) a los individuos que se encuentran en cierta relación, determinada por el orden jurídico, con el delincuente, responsabilizándolos por el delito de aquél, cabe determinar el delito como la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia.

## 28. *Obligación jurídica y responsabilidad*

a) *Obligación jurídica y sanción.* La conducta que el sistema social requiere de un individuo es aquella a la cual ese individuo está obligado. En otras palabras, un individuo tiene la obligación de comportarse de determinada manera cuando esa conducta es requerida por el sistema social. Que una conducta sea exigida; que un individuo esté obligado a cierta conducta; que actuar de esa manera sea su obligación, son expresiones sinónimas. Como el orden jurídico es un sistema social, la conducta a la que un individuo está jurídicamente obligado, es la conducta que, inmediata o mediatamente, debe cumplirse con respecto de otro individuo. Si el derecho es concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede encontrarse ordenada jurídicamente en forma objetiva, y, por tanto, puede ser vista como el contenido de una obligación jurídica, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción. Se suele, por cierto, distinguir la norma jurídica y la obligación jurídica, y decir, que una norma jurídica estatuye una obligación jurídica. Pero la obligación de cumplir determinada conducta no constituye un contenido objetivo distinto de la conducta ordenada en la norma jurídica. Enunciar que un individuo está jurídicamente obligado a determinada conducta, es lo mismo que afirmar que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo; y una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción.

La obligación jurídica tiene, como la norma jurídica con la que se identifica, un carácter general o individual. La norma jurídica, que ordena reparar el daño provocado a un tercero, estatuye o, más correctamente, es ella misma una obligación jurídica general. La sentencia judicial, es decir, la norma jurídica individual, que en un caso concreto prescribe que un determinado individuo A debe reparar a otro individuo determinado B, el daño que le ocasionara, mediante la

entrega de determinada suma de dinero, estatuye o, más correctamente, es ella misma la obligación jurídica de A; con lo cual sólo se afirma que la entrega de la suma de dinero específica, por parte de A a B, es el contenido de una norma jurídica individual. Se habla, por lo común, de obligación jurídica sólo cuando se trata de una norma jurídica individual, y puesto que la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de normas jurídicas individuales, se pasa por alto la identidad de la norma jurídica y la obligación jurídica, considerando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica, aun cuando se trate de un objeto que guarda alguna relación con ella.

El intento de definir la obligación jurídica de esa manera lleva a error. Así las tesis de que la obligación jurídica sea un impulso interno en el hombre; un apremio hacia una conducta que se siente como exigida; la sujeción a una norma, natural o divina, que le es innata al hombre, cuya obediencia el derecho positivo asegura solamente estatuyendo una sanción. Pero la obligación no es otra cosa que una norma jurídica positiva, que ordena la conducta de ese individuo, al enlazar con el comportamiento contrario una sanción. Y el individuo se encuentra jurídicamente obligado a la conducta así ordenada, aun cuando la representación de esa norma jurídica no le suscite ningún impulso a cumplir la conducta exigida; inclusive, cuando no cuente con representación alguna de la norma jurídica que lo obliga, en tanto guarde validez el principio jurídico positivo de que la ignorancia del derecho no lo exime de las sanciones estatuidas por éste.

Queda así determinado el concepto de obligación jurídica. Está en relación esencial con el de sanción. Jurídicamente obligado está el individuo que puede cometer, con su conducta, el acto ilícito, esto es, el delito, pudiendo así introducir la sanción, la consecuencia de lo ilícito; jurídicamente obligado está el delincuente potencial, que con la conducta opuesta puede evitar la sanción. En el primer caso se habla de incumplimiento de la obligación; en el segundo, de su cumplimiento. El individuo que cumple la obligación que se le impone con una norma jurídica, acata la norma en cuestión; el individuo que, en caso de una violación del derecho, impone la sanción estatuida en la norma jurídica, aplica la norma jurídica. Tanto acatar la norma jurídica como aplicarla, significa cumplir conductas que corresponden a la norma. Si por eficacia de un orden jurídico se entiende el hecho de que los hombres, cuyas conductas aquél regula, se comportan adecuándose a las normas del mismo, en cuanto a cierta conducta que el orden determina se le enlaza determinado acto coactivo como sanción, entonces la eficacia de un orden se revela tanto en el acatamiento fáctico de las normas, es decir, en el cumplimiento de las obligaciones jurídicas que estatuye, como en la aplicación de las normas jurídicas, es decir, en la ejecución de las sanciones que estatuyen.

Contenido de una obligación jurídica es normalmente la conducta de sólo un individuo; pero puede serlo también la conducta de dos o de varios individuos. Así sucede cuando la obligación puede ser cumplida por uno u otro de los individuos, es decir, cuando el cumplimiento es alternativo, siendo dejada de cumplir, cuando ninguno lo cumple; o cuando la obligación sólo puede ser cumplida con la acción conjunta de todos, es decir, cooperativamente, siendo violada cuando no se produce esa cooperación.

En la teoría tradicional, junto al concepto de obligación jurídica, se recurre al concepto de sujeto de la obligación, como su "portador", así como junto al concepto de derecho subjetivo se echa mano del concepto de un sujeto del derecho como su portador. Ambos son reunidos en el concepto de sujeto de derecho, como portador de las obligaciones y derechos estatuidos por el orden jurídico. Como sujeto, o portador de la obligación, normalmente se designa al individuo cuya conducta constituye el contenido de la obligación. Pero ese individuo no es una cosa que "porte" la obligación, como un objeto diferente en sí. En general, no es el individuo, en cuanto tal, el que es tomado en consideración en la situación exponente de una obligación jurídica, sino sólo una determinada conducta de un individuo; sólo el elemento personal de esa conducta, el cual, inseparablemente unido al elemento material, configura el contenido de la obligación jurídica. Sólo en este sentido es admisible el concepto de sujeto de la obligación. Sujeto de una obligación jurídica es el individuo cuya conducta es la condición a la que se enlaza, como consecuencia de esa conducta, una sanción dirigida contra él mismo (o contra sus allegados). Es el individuo que, al no cumplir la obligación, suscita la sanción y, que por ende, también cumple mediante su conducta la obligación, pudiendo así evitar la sanción.

b) *Obligación jurídica y deber.* En alemán, la palabra *Pflicht* (deber u obligación) se encuentra, especialmente desde la ética de Kant, ligada a la representación de un valor moral absoluto. El principio de que el hombre debe cumplir siempre sus "obligaciones" o su "deber", claramente presupone que existen deberes absolutos, evidentes para cada cual. Por el otro lado, es decir, si se acepta que no hay una moral absoluta, sino varios órdenes morales, muy diferentes, que ordenan conductas entre sí contradictorias, la frase mencionada, que constituye la proposición fundamental de la ética kantiana, se diluiría en la tautología de que el hombre debe siempre hacer aquello que está ordenado según la moral al caso, es decir, que debe hacer lo que debe hacer. El concepto de obligación jurídica se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo, y no tiene ninguna implicación moral. Una obligación jurídica puede —pero no requiere— tener como contenido la misma conducta que es debida según algún sistema moral, pero puede también tener como contenido la conducta opuesta, de suerte que, como se suele considerar en caso semejante, se suscita un conflicto entre la obligación jurídica y el deber moral. Para evitar la posibilidad

de semejante conflicto se ha afirmado, inclusive, que el de obligación no es de ninguna manera un concepto jurídico, por cuanto sólo la moral, pero no el derecho, obliga, mientras que la función específica del derecho, a diferencia de la moral, radicaría en otorgar derechos. Si se reconoce, empero, que el estar obligado a cierta conducta no significa sino que esa conducta está ordenada por una norma, y si no se puede negar que el orden jurídico —como todo orden normativo— exige una determinada conducta humana, entonces debe verse en la obligación una función esencial del derecho y —como el siguiente análisis de la función de “tener derecho” lo muestra —inclusive reconocerse en ella, frente a la otra, la función primaria.

Puesto que las normas no sólo ordenan (o prohíben) determinada conducta, sino que también pueden facultar determinada conducta, no es superfluo traer a cuento que, cuando un individuo está facultado con respecto de una determinada conducta, es necesario que no esté obligado con respecto de la misma. En cuanto “facultad”, en un orden jurídico, significa tanto como otorgar una potestad jurídica, es decir, otorgar una capacidad de producir derecho, sólo una acción positiva puede ser objeto de un facultamiento, pero no una omisión, mientras que un mandamiento puede referirse tanto a una acción como a una omisión. Se puede, por lo tanto, estar obligado jurídicamente a hacer algo, o a dejar de hacer algo; pero sólo se puede estar facultado a hacer algo. Sólo que se puede estar obligado a hacer uso de un facultamiento; la acción, en cuyo respecto un individuo está facultado por el orden jurídico, puede ser simultáneamente obligatoria, es decir, convertida en contenido de una obligación. El juez está facultado —es decir, cuenta con la potestad jurídica que le ha sido conferida sólo a él, y a nadie más— de imponer, bajo determinadas condiciones, una pena. Puede, pero no es necesario, que esté también obligado a imponer esa pena; y está jurídicamente obligado, cuando la omisión de esa acción se encuentra bajo sanción según el orden jurídico. Lo mismo sucede cuando determinada conducta está positivamente permitida (por una norma que limita la prohibición general de esa conducta). El orden jurídico puede, pero no requiere, estatuir la obligación de hacer uso de esa permisión.

En este contexto, debe recordarse nuevamente que, cuando el enunciado jurídico que se formule exprese que, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo, la palabra “debe” nada dice sobre si la ejecución del acto coactivo sea contenido de una obligación jurídica, de una permisión positiva, o de un facultamiento; más bien, los tres casos se encontrarían comprendidos. Si el verbo “deber” es utilizado para designar ese sentido que toda norma tiene, no sólo el que obliga a determinada conducta, sino también el que permite positivamente determinada conducta y el que faculta determinada conducta; es decir, si al afirmarse que “debe” actuarse de determinada manera, sólo se dice que esa conducta se encuentra estatuida en una norma, entonces es una obligación jurídica la conducta opuesta a aquella que constituía

la condición del acto coactivo; conducta ordenada en cuanto su incumplimiento es él mismo la condición de un acto coactivo; o que está facultada, o bien, que está positivamente permitida. La obligación jurídica no es, como ya se señaló en un contexto anterior,<sup>85</sup> la conducta debida, o no es la conducta inmediatamente debida. Si se dice que quien está jurídicamente obligado a determinada conducta, “debe” comportarse así en mérito al derecho, lo que así se expresa es el estar siendo debido —es decir, el estar positivamente permitido, el estar facultado o el estar ordenado— el acto coactivo que funciona como sanción, en cuanto consecuencia de la conducta opuesta.<sup>86</sup>

c) *Responsabilidad*. Un concepto esencialmente ligado al de obligación jurídica, pero que corresponde diferenciar, es el de responsabilidad jurídica. Un individuo se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de un acto coactivo (como sanción). Pero ese acto coactivo, esto es, la sanción como consecuencia de lo ilícito, puede dirigirse no contra el individuo obligado —es decir, el individuo cuyo comportamiento es condición del acto coactivo, contra el delincuente—, sino que puede dirigirse también contra otro individuo que se encuentre en alguna relación con el primero, determinada por el orden jurídico. El individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito *responde* por el delito, es jurídicamente *responsable* de él. En el primer caso, responde de la propia ilicitud; tenemos entonces que el individuo obligado y el individuo responsable son idénticos. Responsable es el delincuente potencial. En el segundo caso, responde un individuo del delito cometido por otro; el individuo obligado y el individuo responsable no son idénticos. Se está obligado a un comportamiento conforme a derecho, y se responde de un comportamiento contrario a derecho. El individuo obligado puede suscitar o evitar la sanción mediante su conducta. El individuo que sólo responde del incumplimiento de la obligación de otro (o del delito cometido por otro), no puede ni suscitar ni evitar,

<sup>85</sup> Cf. *supra*, p. 22.

<sup>86</sup> Alf Ross, *op. cit.*, p. 75, reprocha a la *Teoría Pura del Derecho* que su determinación del concepto de obligación jurídica conduzca a un regreso al infinito. La obligación jurídica de determinada conducta es constituida por una norma, que obliga a un órgano jurídico a reaccionar con una sanción en el caso de una conducta contraria. Pero esa obligación del órgano sólo puede constituirse mediante una norma que obligue a otro órgano, en caso de no cumplir el primer órgano con su obligación, de reaccionar con una sanción, “y así infinitamente”. Pero de lo expuesto en el texto surge que una norma puede constituir una obligación jurídica de cumplir determinada conducta mientras sólo faculta, y no obliga, a un órgano jurídico a reaccionar con sanción para el caso de una conducta contraria; y que, cuando el órgano es obligado a reaccionar con una sanción, a la postre, esa obligación queda constituida por una norma que faculta, y no obliga, a otro órgano, a reaccionar con una sanción. También esta norma puede ser descrita con un enunciado jurídico que dice que, bajo ciertas condiciones, debe producirse un acto coactivo, dado que el verbo “deber” no sólo significa “estar ordenado”, sino también “estar facultado”, o “estar positivamente permitido”, y que el concepto de obligación jurídica no es idéntico con el concepto de deber. Cf. *supra*, pp. 4 y ss.

con su propia conducta, la sanción. Así sucede patentemente en el caso de responsabilidad penal por el delito de un tercero, en el caso en que la sanción tenga el carácter de una pena. Pero también la situación se produce en el caso de responsabilidad civil por el acto ilícito de un tercero, cuando la sanción reviste el carácter de una ejecución civil. A está obligado a entregar 1 000 a B, si el orden jurídico determina que, si A no entrega esa suma a B, se deba ejecutar civilmente el patrimonio de A, o el patrimonio de C. En este último caso, C responde por el incumplimiento de la obligación de A de entregar 1 000 a B. C no puede provocar, mediante su conducta, la sanción, dado que condición de la sanción es la conducta de A, no la de C. C tampoco puede evitar con su conducta la sanción, cuando sólo responde del delito civil de A. Así pasaría si el orden jurídico determinara que debía dirigirse la sanción contra C, cuando A omite entregar los 1 000 a B, inclusive cuando C los entregue a B; es decir, cuando el orden jurídico no admite como válido el cumplimiento de la obligación de A por C (como representante). Pero C no sólo puede responder cuando A no cumple su obligación de entregar 1 000 a B, sino que también puede estar obligado a entregar 1 000 a B, si A no cumple su obligación. Así sucede cuando el orden jurídico —como pasa normalmente— determina que la ejecución forzosa de bienes ha de cumplirse sobre el patrimonio de C, cuando A o C omiten entregar 1 000 a B. Entonces puede C, como sujeto de la obligación de entregar 1 000 a B, suscitar o evitar la sanción con su propia conducta. Si existe responsabilidad por incumplimiento de una obligación jurídica, que se constituye mediante la ejecución forzosa en un patrimonio, debe distinguirse el caso en que el patrimonio sobre el cual ha de cumplirse la ejecución sea el propio patrimonio del individuo contra el cual se dirige el acto coactivo, del caso en que se trata del patrimonio de otro, sobre el cual ese individuo dispone. En el primer caso, el individuo responde con su persona y su patrimonio; en el segundo, tenemos dos individuos responsables, aquel que dispone del patrimonio, y aquel que es sujeto del derecho, que es titular del patrimonio. Uno responde sólo con su persona, mientras que el otro lo hace con su patrimonio.

En el caso de responsabilidad por acto ilícito ajeno, la conducta que es condición de la sanción, no es una conducta determinada del individuo contra el cual se dirige la sanción, sino la conducta de otro individuo. El individuo responsable por delito ajeno, no es el sujeto de determinada conducta que el orden jurídico establezca como condición de la sanción; sólo es objeto de una conducta que el orden jurídico únicamente determina como consecuencia del acto coactivo de la sanción. En este respecto, aparece cierta semejanza entre esa circunstancia objetiva y la que se presenta cuando el orden jurídico estatuye los actos jurídicos antes mencionados, que no tienen carácter de sanciones. También en esos casos, el individuo contra el cual se dirige el acto coactivo, no es sujeto de una conducta determinada por el orden jurídico como condi-

ción de un acto coactivo, sino sólo objeto de una conducta determinada por el orden jurídico como consecuencia, a saber, del acto coactivo dirigido contra ese individuo. La diferencia radica, sin embargo, en que, en el caso de responsabilidad por delito ajeno, bajo las condiciones del acto coactivo aparece una conducta determinada por el orden jurídico de un determinado individuo, mientras que en el segundo caso, los actos coactivos que no tienen carácter de sanción, no se encuentran condicionados por ninguna conducta semejante.

d) *Responsabilidad individual y colectiva.* La diferencia entre obligación y responsabilidad se expresa también verbalmente. Uno está obligado con respecto de una determinada conducta, a saber, siempre y solamente, la conducta propia; no puede obligarse uno por la conducta de otro. En cambio, uno es responsable tanto por determinada conducta propia, como también por la conducta ajena. La responsabilidad por el delito cometido por un tercero aparece cuando la sanción es dirigida contra alguien distinto al delincuente, pudiendo tener sólo un efecto preventivo si entre ambos existe alguna relación que permite suponer que el individuo obligado, el delincuente potencial, también percibe la acción de infligir la sanción como un mal, cuando está dirigida contra otro individuo como objeto responsable, sea, por ejemplo, un miembro de la propia familia, de la propia raza o del mismo Estado; es decir, contra un miembro del grupo cuyos integrantes más o menos se identifican entre sí; cuando el individuo obligado y el responsable pertenecen a la misma colectividad. Esta relación es la que normalmente el derecho determina, cuando estatuye responsabilidad por el delito ajeno. En ese sentido, puede considerarse la responsabilidad por delito ajeno como una responsabilidad colectiva; pero puede hablarse también de responsabilidad colectiva sólo cuando la sanción, la consecuencia de lo ilícito, no está dirigida contra un individuo único, sino contra muchos, o todos los miembros de determinado grupo al que pertenece el delincuente; como en el caso de la venganza de la sangre, en que pueden ser objeto de la sanción todos los miembros de la familia a la que pertenece el homicida; o en el caso de las sanciones del derecho internacional, la represalia y la guerra, que se dirigen contra los miembros de un Estado cuyo órgano ha cometido el delito internacional.

La responsabilidad colectiva es un elemento característico del orden jurídico primitivo, y se encuentra en íntima relación con el pensamiento y emotividad identificadoras de los primitivos. Por carencia de una conciencia del yo suficientemente destacada, el primitivo se siente tan unido con los miembros de su grupo, que interpreta toda acción digna de alguna estima por parte de un miembro del grupo, como una acción del grupo, como algo que "nosotros" hemos hecho; y en consecuencia toma como correspondiente al grupo las recompensas, así como acepta, como impuestas a todo el grupo, las penas. En cambio, tenemos responsabilidad individual cuando la sanción se dirige

exclusivamente contra el delincuente es decir, aquel que con sus acciones cometió el delito.

e) *Responsabilidad intencional y responsabilidad por el resultado*. Es usual distinguir dos tipos de responsabilidad: responsabilidad por la intención y responsabilidad por el resultado. Cuando el orden jurídico convierte en condición de una sanción consecuencia de lo ilícito, a determinada acción u omisión, mediante la cual se produce, o no se impide, un acontecimiento indeseable (como, por ejemplo, la muerte de un hombre), puede distinguirse entre el caso en que ese acontecimiento haya sido buscado por el individuo cuya conducta interesa, o por lo menos previsto; o bien, que se haya producido sin ninguna intención o previsión, "accidentalmente", como se suele decir. En el primer caso se habla de una responsabilidad por la intención; en el segundo, de una responsabilidad por el resultado. Si el acontecimiento indeseable, según el orden jurídico, es intencionalmente buscado puede distinguirse entre el caso en que la intención del individuo, cuya conducta interesa en el caso, sea subjetivamente "mala", es decir que provoca el acontecimiento, o no lo impide, con la intención de perjudicar; y el caso contrario en que la intención es de beneficiar, por ejemplo, cuando el médico provoca la muerte de una persona que sufre de enfermedad incurable, para poner término a sus sufrimientos. El momento caracterizado como "dolo" —intención dolosa— es una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del delincuente, y el acontecimiento producido, o no impedido, por su conducta externa, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él. La responsabilidad por el resultado se da cuando no aparece relación semejante, cuando el acontecimiento no es ni previsto ni especialmente querido.

Es habitual comprender en el concepto de responsabilidad intencional, el caso de la denominada "negligencia". Aparece cuando la producción o la falta de impedimento de un acontecimiento indeseable según el orden jurídico, están prohibidas, aun cuando ese acontecimiento no sea ni previsto, ni buscado por el individuo cuya conducta lo provoca o no lo impide, individuo que, sin embargo y normalmente, tendría que haberlo previsto y, por tanto, ni ha podido ni debido suscitarlo, ni ha podido y debido impedirlo. Ello significa que el orden jurídico obliga a prever determinados acontecimientos indeseables, que, en cuanto consecuencias de determinadas conductas, pueden ser normalmente previstos, y, en consecuencia, a omitir suscitar tales acontecimientos, o impedir su producción. La negligencia consiste en la omisión de esa previsión ordenada por el orden jurídico, en la falta de la previsión exigida. No se trata —como en el caso de previsión o intención— de una relación positiva entre el fuero íntimo del delincuente y el acontecimiento indeseable provocado, o no impedido, por su conducta externa. Consiste en la falta de tal relación, exigida por el orden jurídico. En ese sentido, el acto ilícito por negligencia,

es un delito de omisión, para cuya comisión se ha estatuido una responsabilidad por el resultado.

f) *El deber de reparar el daño.* Muchas veces la obligación jurídica de un individuo, de reparar los daños materiales o morales que hubiera causado, es interpretada como una sanción y, en consecuencia, esa obligación es designada responsabilidad. Esta construcción confunde el concepto de obligación, de responsabilidad y de sanción. La sanción no es en sí una obligación —puede serlo, pero no es necesario que así se la estatuya—, sino que es el acto coactivo que una norma enlaza a determinada conducta, cuya opuesta queda así jurídicamente ordenada, en cuanto contenido de una obligación jurídica. Cabe expresar esto diciendo también que la sanción es el acto coactivo constitutivo del deber jurídico. Tampoco la responsabilidad es, como se ha mostrado, una obligación jurídica, sino la relación del individuo, contra el cual se dirige la sanción, con el delito que él mismo hubiera cometido, o que un tercero cometiera; obligación jurídica es la omisión del delito por parte del individuo cuya conducta configura el delito. El orden jurídico puede obligar a ciertos individuos a no ocasionar daños a otros, sin estatuir la obligación jurídica de reparar los daños ocasionados violando esa obligación. La obligación de reparar el daño sólo aparece, no sólo cuando el ocasionar el daño es convertida en condición de una sanción, sino también cuando la no reparación del daño ocasionado contra derecho, es condición de la sanción. El hecho de que el orden jurídico obligue a la reparación del daño, queda descrita correctamente así si cuando un individuo ocasiona un daño a otro, y ese daño no es reparado, debe dirigirse un acto coactivo como sanción contra el patrimonio de un individuo; es decir, debe privarse coactivamente de su patrimonio a un individuo, entregándose para reparar el daño al individuo perjudicado. Un individuo podría, como se señaló, estar obligado a no ocasionar ningún daño a otro, sin estar obligado a reparar el daño ocasionado por incumplimiento de la obligación. Así sucedería si la reparación del daño no permitiera evitar la sanción. Según el derecho positivo, sin embargo, la sanción puede ser evitada normalmente mediante la reparación del daño; es decir, no sólo es obligatorio no ocasionar con la propia conducta daños a terceros, sino que también es obligatorio, cuando con la conducta contraria a la obligación se ha ocasionado un daño, repararlo. La sanción de la ejecución civil comprende dos obligaciones: la obligación de no ocasionar daño, como obligación principal, y la obligación de reparar el daño ocasionado violando esa obligación, como obligación accesoria que sustituye a la obligación principal violada. La obligación de reparar el daño no es una sanción sino una obligación accesoria. La sanción de ejecución civil, consistente en la reparación coactiva por parte del órgano de aplicación del derecho, sólo aparece cuando esa obligación no es cumplida. Si la sanción de ejecución civil se dirige al patrimonio del individuo que ha ocasionado

el daño con su conducta, y que no lo ha reparado, ese individuo será responsable de su propio delito, consistente en la falta de reparación del daño por él provocado; pero por el mismo delito, es decir, por la falta de reparación del daño que provocara, puede también responder otro individuo; tal es el caso, cuando la sanción de ejecución civil se dirige al patrimonio de otro individuo, cuando el primero no cumple su obligación de reparar. El segundo individuo responde plenamente cuando no puede evitar la sanción, aun reparando el daño ocasionado por el primer individuo. Normalmente puede sin embargo, según el derecho positivo, evitar así la sanción, ya que, normalmente, no sólo responde por la falta de reparación del daño por parte del individuo obligado en primera línea a la reparación, sino que también se encuentra obligado, en segundo término a reparar el daño ocasionado por el primero, cuando éste no lo hace. Sólo como sujeto de esa obligación, y no como objeto responsable, puede evitar con su conducta la sanción; pero entonces no responde solamente por el incumplimiento en la reparación por parte del individuo que no ha reparado el daño que ocasionó con su incumplimiento de la obligación, sino también por su propia falta de reparación de ese daño; ni esa obligación suya de reparar el daño, ni su responsabilidad por el cumplimiento de su obligación, es una sanción. La sanción sólo aparece cuando ninguno de los dos individuos reparan el daño.

g) *La responsabilidad colectiva como responsabilidad por el resultado.* Cuando la sanción no se dirige contra el delincuente, sino como en el caso de la responsabilidad colectiva, contra otro individuo que se encuentra con el delincuente en una relación determinada por el orden jurídico, la responsabilidad tiene siempre el carácter de una responsabilidad por el resultado, dado que no se da ninguna relación interna entre el individuo responsable del delito y el acontecimiento, indeseable según el orden jurídico, provocado, o no impedido por la conducta de un tercero. El sujeto responsable no tiene que haber previsto, ni buscado intencionalmente el acontecimiento; pero es enteramente posible, que el orden jurídico sólo estatuya responsabilidad por el delito cometido por otro, cuando el delito ha sido cometido intencionalmente por el delincuente. Entonces la responsabilidad tiene carácter de responsabilidad intencional, en relación con el delincuente, y de responsabilidad por el resultado, en relación con el sujeto responsable.

## 29. El derecho subjetivo: tener derecho y estar facultado

a) *Derecho y obligación.* Se acostumbra contraponer la obligación jurídica, el estar obligado jurídicamente, al derecho subjetivo, como tener derecho, poniendo a este último en primer lugar. Se habla, en el campo del derecho, de derechos y obligaciones, y no al revés, de deberes y derechos (en el sentido

de tener un derecho) como en el campo de la moral, donde se hace mayor hincapié en los deberes. En la exposición del derecho, el derecho subjetivo pasa tanto al primer plano que la obligación casi desaparece detrás suyo, al punto de que ese derecho subjetivo —en el lenguaje técnico jurídico del alemán y el francés— es designado con las mismas palabras que se utilizan para designar el sistema de normas que constituyen el orden jurídico, a saber: “Recht”, “droit”. Para no identificarse con esta designación, es necesario distinguir, los derechos que se tienen, como derecho “subjetivo”, es decir, como el derecho de un determinado sujeto, diferente del orden jurídico, en cuanto derecho “objetivo”. En inglés, en cambio, se dispone de la palabra “right”, cuando se quiere aludir a los derechos que tiene determinado sujeto, a diferencia del orden jurídico, el derecho objetivo, que es denominado “law”.

La captación de la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de derecho con el que un sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras, “derecho subjetivo”, se designan circunstancias muy diferentes entre sí. A una de ellas se refiere el enunciado de que el individuo tiene derecho a comportarse, él mismo, de determinada manera. Con ello no se alude a otra cosa sino al hecho negativo de que la conducta en cuestión del individuo no se encuentra jurídicamente prohibida y, por tanto, a que en ese sentido negativo le está permitida; que es libre de realizar u omitir una determinada conducta; pero con ese giro también puede querer decirse que un determinado individuo está jurídicamente obligado —o, inclusive, que todos los individuos están jurídicamente obligados— a actuar de determinada manera con respecto del individuo que tiene el derecho subjetivo. La conducta a la que un individuo está inmediatamente obligado frente a otro, puede ser una conducta positiva o negativa, es decir, puede ser una acción o una omisión. La acción consiste en una prestación que el individuo obligado cumple con respecto de otro individuo. Objeto de la prestación es una cosa determinada, o un servicio determinado (prestación de dar y prestación de hacer). La omisión a que un individuo está obligado frente a otro puede consistir en la omisión de determinada acción del propio individuo obligado, por ejemplo, la obligación de no dar muerte a otro individuo; o puede consistir en la omisión de impedir determinada conducta del otro individuo, o de intervenir de algún modo en ella. Aquí interesa especialmente la obligación de un individuo de no impedir la conducta de otro individuo en relación con una cosa determinada, o de no afectarla de algún modo. Si la obligación de un individuo reside en no impedir, o no afectar determinado comportamiento de otro individuo, se habla de la prestación de no hacer mediante la cual se admite el comportamiento de otro, contraponiéndose la obligación de hacer, a la obligación pasiva de aceptar el comportamiento ajeno.

A la conducta a que un individuo está obligado frente a otro, corresponde determinada conducta de ese otro individuo. Éste puede exigir la conducta a la cual un individuo está obligado en su respecto, pretender esa conducta.

En el caso de una obligación consistente en una prestación de dar una cosa, o una prestación de hacer un servicio, puede requerirlas. En el caso de una obligación de no hacer, la conducta correspondiente a la obligación se configura en relación con la conducta que pasivamente ha de consentir; trátase de consentir la conducta que se realiza con respecto de determinada cosa al usarla; en el consumo, si se trata de un bien consumible; inclusive, por fin, en la destrucción de la cosa.

La conducta del individuo, correspondiente a la conducta obligatoria de otro individuo, es designada, con usos lingüísticos más o menos consistentes, contenido del "derecho", en cuanto objeto de una "pretensión" correspondiente a la obligación. La conducta obligatoria de un individuo, correspondiente a la de otro, en especial el ejercicio de la exigencia o pretensión sobre la conducta obligatoria, se suele denominar ejercicio del derecho. Sin embargo, no es corriente hablar, en caso de la obligación de omisión de determinadas acciones, como el de la obligación de omitir matar, robar, etcétera, de un derecho o pretensión jurídica a no ser muerto, no ser robado, etcétera. En el caso de la obligación de no hacer frente a determinada conducta correspondiente a la conducta de omisión obligatoria, se habla de "disfrutar" o "gozar" del derecho; sobre todo, se habla de goce de un derecho cuando se trata de que el obligado admita que el otro use, consuma o, inclusive, destruya determinada cosa.

Pero esta situación de hecho designada como "derecho" o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes, cuando sólo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse una sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza, a la conducta contraria, una sanción. Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba. Y si un individuo está obligado frente a otro, a consentir determinada conducta de este último, esa actitud pasiva es justamente el contenido de su obligación. Es decir, la conducta correspondiente del individuo en cuyo respecto existe la obligación, correspondiente a la conducta obligatoria, se encuentra también determinada ya en la conducta que configura el contenido de la obligación. Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como "derecho", entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación.

Debe observarse al respecto, que “sujeto”, en este contexto, sólo es el individuo obligado, es decir, aquel que mediante su conducta puede violar o satisfacer la obligación; el individuo con derecho, es decir, aquel en cuyo respecto ha de cumplirse aquella conducta, es sólo objeto de la conducta que, como correspondiente a la conducta obligatoria se encuentra codeterminada con ésta. Este concepto del derecho subjetivo, como un mero reflejo de una obligación jurídica, como concepto de un derecho reflejo, puede simplificar como concepto auxiliar, la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta de la situación jurídica, es superflua. Ello resulta, por de pronto, de la circunstancia de que no en todos los casos de obligación jurídica se supone la existencia de un derecho subjetivo reflejo. Cuando la conducta obligatoria de un individuo no se refiere a otro individuo específicamente determinado en cuanto tal; es decir, cuando aquella conducta no ha de cumplirse frente a otro individuo determinado individualmente,<sup>87</sup> sino que se la exige con respecto de la comunidad jurídica en cuanto tal, se habla a veces, por cierto, de un derecho de la comunidad; en especial, de un derecho del Estado, con respecto de esa conducta del individuo obligado, como en el caso de la obligación de cumplir el servicio militar; pero en otros casos basta admitir una obligación jurídica sin un derecho reflejo que le sea correspondiente como, poniendo por caso, con respecto de las normas jurídicas que prescriben bajo sanción penal determinada conducta humana frente a ciertos animales, plantas y objetos inanimados. Así, cuando está jurídicamente prohibido matar, en general o en ciertas épocas, ciertos animales, o cortar ciertas flores, voltear ciertos árboles, o destruir ciertos edificios o monumentos históricamente significativos. Son éstas obligaciones que, mediatamente, se constituyen con respecto de la comunidad jurídica interesada en esos objetos. No es necesario suponer derechos reflejos de los animales, las plantas y los objetos inanimados. La tesis de que los animales, plantas y objetos inanimados no son sujetos de los derechos reflejos, por no ser “personas”, es equivocada, puesto que “persona” significa, como hemos de ver, sujeto de derecho; y si por sujeto de un derecho reflejo se entiende al hombre en cuyo respecto ha de cumplirse la conducta del individuo obligado a ello, entonces los animales, las plantas y los objetos inanimados, en cuyo respecto hay hombres obligados

<sup>87</sup> Va de suyo que la conducta de un individuo también tiene que llevarse al cabo con respecto de otro individuo, determinado individualmente, aun cuando ese tercero tenga que ser posteriormente determinado en mérito a cualquier criterio; así, por ejemplo, cuando se suscita entre A y B un litigio sobre quién de ellos esté obligado a entregar determinada cosa a C, y sólo luego de la decisión judicial queda establecido quién sea el obligado a efectuar la prestación a C. Pero también es posible el caso que, según el derecho existente, exista la obligación de cumplir determinada conducta, pero que no se determine el individuo humano que debe efectivamente realizarla; así, por ejemplo, cuando el propietario actual de un fundo esté obligado a permitir el uso de un camino que atraviese la propiedad. Cf. también el caso mencionado más adelante (p. 165), de la sucesión vacante.

a comportarse de determinada manera, serían en el mismo sentido "sujetos" de un derecho con relación a esas conductas, como el acreedor es sujeto del derecho consistente en la obligación que el deudor tiene en su respecto. Pero, como ya se advirtió, cuando un hombre está obligado a comportarse, frente a otro hombre, de determinada manera sólo aquél, pero no éste, es "sujeto", es decir, sujeto de una obligación. Dado que el derecho reflejo es idéntico con la obligación jurídica, el individuo en cuyo respecto se ha constituido la obligación, no es tomado jurídicamente en cuenta como "sujeto", por no ser sujeto de esa obligación. El hombre, en cuyo respecto ha de efectuarse la conducta obligatoria, es tan objeto de esa conducta como el animal, la planta o el objeto inanimado en cuyo respecto algunos hombres están obligados a comportarse de determinada manera. También es insuficiente el argumento de que los animales, las plantas y los objetos inanimados no pueden esgrimir "pretensiones" correspondientes a la obligación. Dado que no es esencial para la presencia de un derecho reflejo que se formule una exigencia con respecto de la conducta obligatoria. La circunstancia de que, por cualquier razón, no se formule pretensión o que no pueda formularse, no modifica la situación jurídica.

La "pretensión" que puede formularse en un acto jurídico sólo aparece cuando se puede hacer valer el incumplimiento de la obligación mediante una acción procesal o querrela. Tenemos entonces una situación enteramente diferente de la de un mero derecho reflejo. Hablaremos de ella más adelante. Sea como fuere, un derecho reflejo no puede darse sin un obligación jurídica correspondiente. Sólo cuando un individuo está jurídicamente obligado a cumplir determinada conducta con respecto de otro, tiene este último un "derecho" sobre el primero. El derecho reflejo, en efecto, consiste solamente en la obligación del otro.

La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural. Ésta supone que existen derechos naturales, innatos al hombre, existentes antes de todo orden jurídico positivo; el papel principal entre ellos lo desempeña el derecho subjetivo de la propiedad privada. Conforme a esta forma de pensar, la función de un orden jurídico positivo (o del Estado) que satisfaga la condición natural, consiste en garantizar esos derechos naturales, estatuyendo las obligaciones correspondientes. Esta concepción influyó también sobre los representantes de la Escuela histórica, que no sólo inauguraron el positivismo jurídico del siglo XIX, sino que determinaron muy esencialmente la construcción conceptual de la teoría general del derecho. Así se lee, por ejemplo, en Demburg: "Los derechos, en sentido subjetivo, se originaron históricamente mucho antes de que se constituyera un ordenamiento estatal consciente. Se fundaban en la personalidad de los individuos, y en el respeto que habían logrado, y sabían

imponer, con respecto de sus personas y sus bienes. Sólo por abstracción se alcanzó paulatinamente, a partir de la concepción de derechos subjetivos preexistentes, el concepto de un orden jurídico. Es, por lo tanto, una concepción ahistórica y errónea, afirmar que los derechos en sentido subjetivo no sean sino derivaciones del derecho en sentido objetivo.”<sup>88</sup> Si se pone de lado la suposición de derechos naturales, y sólo se reconoce los derechos estatuidos por un orden jurídico positivo, resulta entonces que el derecho subjetivo en el sentido discutido, presupone una obligación jurídica correspondiente; más, consiste en esa obligación jurídica.

b) *Derechos personales y reales*. Bajo la influencia de la antigua jurisprudencia romana se suele distinguir el derecho sobre una cosa (*ius in rem*), del derecho sobre una persona (*ius in personam*). Esta distinción lleva a error. También el derecho sobre una cosa es un derecho con respecto de personas. Cuando, para mantener en pie la distinción entre derechos reales y personales, se definen aquéllos como el derecho de un individuo a disponer de cualquier manera de determinada cosa, se pasa por alto que ese derecho no consiste sino en la obligación de los otros individuos a consentir esos actos de disposición; es decir, en la obligación de no impedir esos actos, o de no intervenir en ellos. Es decir, que también el *ius in rem* es, por de pronto, un *ius in personam*. De importancia primera es la relación entre hombres, que también en el caso de los denominados derechos reales consiste en la obligación de llevar al cabo determinada conducta frente a determinado otro hombre. La relación con la cosa es de importancia secundaria, puesto que solo sirve para determinar más de cerca la relación primaria. Se trata de la conducta de un individuo en relación con una cosa determinada, conducta que todos los demás individuos están obligados a aceptar pasivamente del primero.

El derecho real por excelencia, para el cual se ha efectuado toda la distinción, es la propiedad. Es definido por la ciencia jurídica tradicional como el dominio excluyente de una persona sobre una cosa, definición mediante la cual es distinguido de los derechos a exigir algo, fundantes solamente de las relaciones jurídicas personales. Esta distinción, importante para la sistemática del derecho burgués, tiene un notorio carácter ideológico.

Dado que el derecho, como sistema social, regula la conducta de los hombres en su relación —inmediata o mediata— con otros hombres,<sup>89</sup> la propiedad no puede consistir, jurídicamente, sino en determinada relación de un hombre frente a otros hombres, a saber: en la obligación de éstos en no impedir la disposición que éste haga de determinada cosa, sin intervenir de ninguna manera en sus actos de disposición. Lo que se designa como dominio exclusivo de

<sup>88</sup> Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts* (Pandekten, 8ª ed., primera parte, 1911, p. 65).

<sup>89</sup> *Cf. supra*, pp. 25 y ss., 33 y ss.

una persona sobre una cosa, consiste en la exclusión estatuida por el orden jurídico de todos los demás de la disposición de la cosa. El "dominio" del primero no es jurídicamente más que el reflejo de la exclusión de los otros. Es una relación entre los otros y el primero, es decir, en la terminología usual: una relación que se da entre personas, y sólo secundariamente, una relación con una cosa, a saber: cierta relación de los otros con respecto de la cosa, mediante la cual se media en la relación con el primer individuo. Si pese a ello, se insiste tercamente en la definición tradicional de la propiedad, como dominio excluyente de una persona sobre una cosa, pasando por alto la relación jurídicamente esencial, ello sucede claramente porque la definición de la propiedad como una relación entre persona y cosa sirve para ocultar su decisiva función socioeconómica, una función que, tratándose de la propiedad de los medios de producción, es caracterizada por la teoría socialista, sin resolver aquí si con razón o sin razón, como una "explotación"; una función que, en todo caso, consiste justamente en la relación del propietario con todos los restantes sujetos que quedan excluidos de la apropiación de la cosa, en cuanto al derecho objetivo los obliga a respetar el poder exclusivo de disposición del propietario. Por ello, la doctrina jurídica tradicional se levanta decididamente contra la tesis que ve en el derecho subjetivo, es decir, en el derecho de un individuo, sólo el reflejo de las obligaciones jurídicas de otros, dado que, por razones puramente ideológicas, cree necesario destacar el carácter primario de los derechos.

Las dos situaciones caracterizadas por la jurisprudencia tradicional, como relaciones personales y reales, pueden distinguirse más correctamente, sin incurrir en ninguna tendencia ideológica, como derechos reflejos relativos y absolutos. Puede ser obligación de un individuo determinado el actuar de determinada manera frente a un individuo determinado; así sucede, por ejemplo, en el caso, de la relación entre el acreedor y el deudor, puesto que aquí sólo el deudor está obligado a cumplir determinada prestación frente al acreedor, y, por ende, sólo el acreedor tiene derecho reflejo a esa prestación. Como tanto la obligación del deudor, como el derecho reflejo del acreedor, sólo se dan con respecto de un individuo determinado, tenemos, en este sentido, un derecho únicamente relativo. Cuando, en cambio, la conducta se refiere a una cosa determinada, puede ser obligación de todos los restantes individuos comportarse de determinada manera frente a un individuo determinado. Éste es el caso del derecho de propiedad, ya que aquí todos los demás están obligados a no impedir lo que determinado hombre disponga con respecto a determinada cosa, y a no intervenir en esos actos de disposición. El derecho reflejo consiste en la obligación de los demás; se dirige hacia todos los demás y es, en este sentido, un derecho absoluto. Terminológicamente la distinción entre derechos reflejos relativos y absolutos no es muy feliz, puesto que también los denominados derechos "absolutos" son sólo relativos, dado que consisten en la relación

de muchos con respecto de uno. El derecho reflejo de propiedad no es, propiamente, un derecho absoluto; es el reflejo de la multiplicidad de obligaciones de un número indeterminado de individuos, con respecto de un mismo individuo, en relación a una y la misma cosa, a diferencia del derecho personal que sólo es el reflejo de la obligación de determinado individuo frente a otro individuo determinado. La relación secundaria con una cosa determinada no está, de ningún modo, limitada a los denominados derechos reales, sino que puede presentarse también en los denominados derechos personales. Así sucede en el caso en que el deudor esté obligado a entregar un objeto individualmente determinado al acreedor, como cuando, por ejemplo, alguien se obliga por contrato de compraventa, a transferir a otro en propiedad una cosa, mueble o inmueble, bien determinada. El derecho del acreedor en este caso se diferencia de un derecho real, en que frente a su derecho sólo se halla la obligación de un sujeto determinado.

En este análisis sólo se ha tomado en consideración el derecho reflejo. Desempeña en la teoría tradicional un papel decisivo, aun cuando este "derecho" de uno no sea otra cosa que la obligación de otro, o de todos los demás, de comportarse en determinada manera en su respecto. Cuando, en cambio, se describe el derecho de propiedad, como el poder jurídico del propietario para excluir a todos los demás de la disposición de una cosa determinada, ya no está en juego un mero derecho reflejo. Este poder sólo lo tiene un individuo cuando el orden jurídico lo faculta, no sólo para impedir la violación de la obligación de no obstaculizarlo en los actos de disposición sobre determinada cosa, sino para hacer valer con una acción ante la justicia el hecho de ese incumplimiento de la obligación. Más adelante se hablará de los derechos subjetivos en este sentido.

c) *El derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido.* Al derecho subjetivo como un derecho consistente en no más que el reflejo de la obligación jurídica de otro, se refiere la definición, muchas veces representada en la jurisprudencia tradicional, según la cual el derecho subjetivo es determinado como un interés jurídicamente protegido. En esta determinación se expresa, en forma especialmente clara, el dualismo característico de la ciencia jurídica tradicional, que contrapone al derecho en sentido subjetivo, al derecho en sentido objetivo. Este dualismo involucra en sí una indisoluble contradicción. Si el derecho, en sentido objetivo, es norma, o un sistema de normas, un orden normativo, y si el derecho, en sentido subjetivo es algo enteramente diferente, a saber: un interés, no cabe subsumir bajo el mismo concepto superior tanto al derecho objetivo, como al subjetivo. Y esta contradicción tampoco puede ser puesta un lado admitiendo entre el derecho objetivo y subjetivo una relación según el cual éste quedaría determinado por el interés que aquél protege. Desde el punto de vista de una consideración orientada al derecho como norma,

o sistema de normas, el derecho subjetivo no puede ser un interés protegido por el derecho, sino solamente la protección de aquel interés que el derecho objetivo establezca. Y esa protección consiste en que el orden jurídico enlaza a la lesión de ese interés una sanción; es decir, estatuye una obligación jurídica de no lesionar ese interés, como la obligación jurídica del deudor de devolver al acreedor el préstamo recibido. Según la teoría del interés, el derecho del acreedor consiste en su interés, protegido por la obligación jurídica del deudor, en recobrar su préstamo, pero su derecho, como derecho reflejo, no es otra cosa que la obligación jurídica del deudor.

Admitir un derecho reflejo no pareciera posible, desde el punto de vista de la teoría del interés, cuando la acción a que uno está obligado frente a otro, consiste en infligir al otro un mal, lo que sucede cuando esa acción tiene el carácter, estatuido por el orden jurídico, de una sanción, y cuando tanto el ordenar la sanción, como su ejecución en los casos concretos, se convierte en el deber administrativo de los órganos de aplicación del derecho. Nadie tiene, normalmente, interés en sufrir un mal. Si la obligación jurídica indicada protegiera un interés, no podría tratarse del interés del individuo contra el cual se dirige la sanción; en el ejemplo anterior, no puede ser ni el interés ni el derecho del deudor; es el interés, y, por lo tanto, el derecho del acreedor, el protegido por la obligación jurídica del deudor, en obtener la restitución del préstamo. En el caso de una sanción penal, no puede tratarse de un interés y, por ende, tampoco de un derecho del malhechor, que se vería protegido por la obligación de los órganos de aplicación de sancionarlo. Si se admitiera, pese a todo —como a veces sucede— un derecho semejante, afirmándose que el malhechor tiene derecho a ser penado, que tiene una pretensión a la pena jurídicamente estatuida, al cumplimiento de la obligación de penarlo, ello deriva de que se interpreta el interés que la comunidad tiene en que se reaccione ante la ilicitud con una sanción, como un interés del delincuente, como un “bien entendido” interés suyo. Con todo, ese interés de la comunidad, o mejor, la protección de ese interés mediante la obligación administrativa del órgano de aplicación, no es caracterizada, por lo común, como un derecho subjetivo reflejo; debiendo recordarse, al respecto, que en los usos corrientes del lenguaje, no en todos los casos de obligación jurídica se habla también de un derecho reflejo correspondiente.

d) *El derecho subjetivo como poder jurídico.* Frente a la teoría del interés, encontramos en la jurisprudencia tradicional, la denominada teoría de la voluntad, según la cual el derecho subjetivo es un poder volitivo otorgado por el orden jurídico. Así, con todo, se define otro objeto distinto de aquel al que se refiere la teoría del interés, a saber, una autorización, un poder jurídico otorgado por el orden jurídico a un individuo. Aparece cuando, entre las condiciones constituyentes de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una

acción dirigida al órgano de aplicación, en forma de una demanda o querrela, para obtener la ejecución de esa sanción, acción iniciada por el individuo en cuyo respecto existe la obligación.

Entonces ese órgano sólo podrá aplicar la norma jurídica general que corresponde —es decir, establecer la norma jurídica individual que enlace una sanción concreta al hecho ilícito concreto determinado por el órgano— si se presenta un pedido en ese sentido por parte del individuo facultado, el demandante o querellante, acción mediante la cual justamente se pondrá en movimiento el procedimiento que cumple el órgano de aplicación, esto es, el proceso judicial. El derecho entonces —entendiendo por derecho la norma jurídica general que el órgano jurídico ha de aplicar— queda a disposición de determinado individuo, normalmente aquel en cuyo respecto otro individuo está obligado a cumplir determinada conducta. En este sentido, el derecho objetivo pasa, en los hechos, a ser su derecho. Si se recurre, para exponer esta situación, al concepto auxiliar del derecho reflejo, cabe sostener entonces que el tener un derecho —situación que sólo es un reflejo de la obligación jurídica— provee al titular de una potestad jurídica con respecto de ese derecho reflejo; lo que significa que la falta de cumplimiento de la obligación, cuyo reflejo ese derecho es, puede ser hecha valer mediante la acción o querrela.

La situación indicada no queda descrita exhaustivamente exponiendo la obligación de un individuo de comportarse de determinada manera frente a otro. Puesto que el momento esencial reside en el poder jurídico que el orden jurídico otorga a este último, para conseguir que se lleve adelante una acción con motivo del incumplimiento de la obligación por el primero. Ahora bien, este poder jurídico es un hecho diferente de la obligación jurídica que se trata de hacer cumplir mediante su ejercicio; sólo en el ejercicio de este poder jurídico es el individuo en cuestión “sujeto” de un derecho diferente de la obligación jurídica. Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho en sentido subjetivo, diferente de la obligación jurídica, un derecho subjetivo en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. El ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en el sentido propio de la palabra. Ese ejercicio del derecho no está ya codeterminado en la conducta que constituye el contenido de la obligación, cuyo incumplimiento se hace valer jurídicamente mediante el ejercicio del derecho. En los giros lingüísticos tradicionales se considera, como ya se señaló, ejercicio de un derecho también a otro comportamiento del individuo, contrapuesto a la obligación jurídica, a saber, la conducta correlacionada con la conducta obligatoria y que ya está codeterminada en ella. Se trata del ejercicio del derecho reflejo.

Según la teoría tradicional, todo derecho subjetivo de un individuo contiene una pretensión con respecto de la conducta a la que el segundo individuo está obligado frente al primero; es decir, a la conducta que configura, con el derecho

reflejo, un contenido idéntico al de la obligación jurídica. Pero una "pretensión", en un sentido jurídicamente relevante, sólo se constituye en el ejercicio del poder jurídico con que debe contar el derecho reflejo para ser un derecho subjetivo en el sentido técnico de la palabra. Cuando el individuo, obligado frente a otro a determinada conducta, no cuenta con el poder jurídico de accionar en caso de incumplimiento de la obligación, el acto por el que requiera el cumplimiento de la obligación, no tiene ningún efecto jurídico específico, tratándose, por ende, de un acto jurídicamente irrelevante —haciendo abstracción además, de que puede estar jurídicamente prohibido. De ahí que sólo exista una "pretensión", como acto jurídicamente eficaz, cuando existe un derecho subjetivo en sentido técnico, es decir, el poder jurídico de un individuo de lograr llevar adelante una acción en caso de incumplimiento de la obligación jurídica adoptada en su favor.

Este derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica, que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo "tenga" un derecho subjetivo, es decir, que "tenga" determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias. Cuando la teoría tradicional caracteriza el derecho subjetivo como un poder volitivo concedido por el orden jurídico, tiene presente el poder jurídico que se ejerce en la acción judicial. Pero, por derecho subjetivo, no se comprende solamente ese poder jurídico, sino también el poder jurídico en unión con un derecho reflejo, es decir, con la obligación cuyo incumplimiento puede ser reclamado ejerciendo el poder jurídico. En otros términos: se trata de un derecho reflejo provisto de ese poder jurídico. El énfasis está en el derecho reflejo. Pero, como se mostró en lo anterior, la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de la obligación. A esa norma jurídica se alude cuando, en lo que sigue y ateniéndonos a la terminología tradicional, se habla de un derecho subjetivo en sentido técnico, como de un poder jurídico otorgado a un individuo.

No es función esencial del derecho objetivo estatuir tales derechos subjetivos en sentido técnico, a diferencia de la función consistente en estatuir obligaciones jurídicas. Constituye una configuración posible, pero no necesaria, del contenido del derecho objetivo; una técnica particular de que puede servirse el derecho, pero que de ningún modo está obligado a hacerlo. Se trata de la técnica específica del orden jurídico capitalista, en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual. Esta técnica, por lo demás, no domina en todas

las partes del orden jurídico capitalista sino sólo aparece plenamente desarrollada en el terreno del denominado "derecho privado", y en ciertas partes del derecho administrativo. El derecho penal moderno no la emplea, o sólo lo hace excepcionalmente. No recurre a ella en caso de homicidio doloso o culposo, cuando el individuo en cuyo respecto se ha llevado a cabo la conducta penalmente prohibida, ha cesado de existir, y, por ende, no puede iniciar querrela alguna; también en la mayor parte de los casos de conductas penalmente prohibidas, cuando en lugar del individuo afectado, aparece un órgano estatal que, como acusador de oficio, pone en movimiento el procedimiento que lleva a la aplicación de la sanción. La esencia del derecho subjetivo, en el sentido técnico específico, tan característico del derecho privado, reside en que el orden jurídico no confiere el poder jurídico a un "órgano" determinado de la comunidad, sino a un individuo designado por la teoría tradicional como "persona de derecho privado", que normalmente es el individuo en cuyo respecto el otro estaba obligado a cumplir determinada conducta, para reclamar mediante una acción por el incumplimiento de esa obligación; es decir, para poner en movimiento el procedimiento que lleve al dictado de la sentencia jurídica en la que se estatuye una sanción concreta, como reacción contra el incumplimiento de la obligación.

Como no es necesario que el sujeto de una obligación sea solamente un individuo, pueden ser sujetos de un derecho en el sentido técnico, dos o más individuos, como titulares (sujetos) de un mismo derecho. Sujetos de un derecho en sentido técnico son dos o más individuos, cuando en la obligación idéntica al derecho reflejo, se trata de una conducta por cumplir con respecto de dos o más individuos, y cuando el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de esa obligación, puede ser ejercido por el uno o el otro de esos individuos —es decir, alternativamente—, o bien solamente mediante una acción común de todos los individuos —es decir, cooperativamente.

En este poder jurídico conferido a un individuo, por regla general, está comprendida la facultad de introducir, por apelación, un denominado recurso judicial en caso de que la sentencia judicial le fuera desfavorable, alegando que la misma no se adecua al derecho; el procedimiento iniciado mediante ese acto puede llevar a la revocación de la sentencia recurrida y a su remplazo por otra. Este poder jurídico no se restringe al individuo en cuyo favor existe la obligación afirmada, sino que también se otorga al sujeto de la obligación jurídica mencionada. No sólo el actor, sino también el demandado pueden apelar, según las disposiciones de los regímenes procesales modernos, contra una sentencia desfavorable. El ejercicio de este poder jurídico no se cumple, empero, para lograr el cumplimiento de una obligación jurídica, sino, al revés, para evitar que se exija el cumplimiento de una obligación pretendida pero que, en opinión del demandado, no existe, o no existe en la medida pretendida. Como este

poder jurídico no está ligado a un derecho reflejo, no habría aquí, conforme a los usos jurídicos corrientes, ningún derecho subjetivo.

Un poder jurídico análogo se otorga, según el derecho administrativo moderno, al individuo que, en su opinión, es objeto de una orden administrativa jurídicamente infundada, es decir, en el caso de una norma individual, dictada por un órgano administrativo, que prescribe a ese individuo determinada conducta. El individuo así afectado está facultado a interponer contra la orden administrativa una queja, o un recurso variadamente denominado, para iniciar un procedimiento que puede llevar al dictado de otra norma individual que revoque a la primera o la modifique. No se suele, tampoco en este caso, hablar de un derecho subjetivo.

e) *El derecho subjetivo como una permisión (administrativa) positiva.* Con la afirmación de que un individuo tiene derecho a comportarse de determinada manera, y, en especial, que tiene derecho a ejercer determinada actividad, no puede querer decirse únicamente que no le está prohibido jurídicamente ejercerla, o que otros están obligados a no impedir su ejercicio, o por fin, que el individuo con derecho a ejercerla cuenta con el poder jurídico de iniciar los procedimientos que, en caso de violación de la obligación correspondiente, lleven a la aplicación de la sanción. La situación caracterizada como un tener derecho, o un derecho subjetivo, puede consistir también en que el orden jurídico condiciona determinada actividad —por ejemplo, el ejercicio de determinada profesión—, a la “concesión” u otorgamiento de “licencia”, como una permisión que debe ser concedida por determinado órgano de la comunidad, sea por un funcionario, sea bajo condiciones previas que el orden jurídico determina, o según la libre discrecionalidad del órgano correspondiente. El ejercicio de la actividad en cuestión está prohibido faltando ese permiso administrativo, es decir, es susceptible de sanción. Esa permisión no consiste únicamente en el hecho puramente negativo de no estar prohibido, sino en el acto positivo de un órgano de la comunidad. Juega en el derecho administrativo moderno un papel importante. El derecho derivado de esa permisión positiva, de origen administrativo, es decir, otorgada por un órgano de la comunidad, no es un derecho reflejo; no es función de una obligación correspondiente. Involucra un poder jurídico, en cuanto lleva consigo una autorización para efectuar determinados negocios jurídicos, como en el caso de la licencia o concesión administrativa para vender bebidas alcohólicas, o ciertos medicamentos que contienen drogas.

f) *Los derechos políticos.* Una clase especial la constituyen los denominados derechos “políticos”. Se suele definirlos como una autorización para influir en la constitución de la voluntad estatal; ello significa participar, directa o indirectamente en la producción del orden jurídico, en el que se expresa la “voluntad estatal”. Se piensa con ello —como sucede, por lo general, cuando

se trata del orden jurídico personificado como "voluntad estatal" —sólo en las formas de formulación generales de las normas jurídicas constitutivas de ese orden: en las leyes. La participación de los sometidos a las normas en la legislación, es decir, en la producción de normas jurídicas generales, es la característica esencial de la forma democrática de Estado a diferencia de la forma estatal autocrática, en la cual los súbditos están excluidos de toda intervención en la constitución de la voluntad estatal, sin tener derechos políticos. La legislación democrática puede ser realizada en forma inmediata, por el "pueblo", es decir, por los sometidos a las normas; a ello corresponde, en las denominadas "democracias directas", el derecho subjetivo de cada cual a tomar parte en la asamblea popular legisferante, tomando la palabra y votando en la misma. O bien la actividad legislativa es efectuada por el pueblo sólo mediatamente; es decir, es ejercida por un parlamento elegido por el pueblo. Entonces, el proceso de constitución de la voluntad estatal se divide en dos etapas: la elección del parlamento y la promulgación de las leyes por los miembros electos del parlamento. En consecuencia, en este caso existe un derecho subjetivo de los electores, que configuran un círculo más o menos grande, a saber, el derecho al voto; y un derecho subjetivo de los electos —relativamente menos en número—, es decir, el derecho a participar en las actividades parlamentarias, tomando la palabra y votando. Se trata de derechos políticos.

Si se les caracteriza por el hecho de conceder a los derechohabientes una participación en la constitución de la voluntad estatal, es decir, en la producción de normas jurídicas, entonces también el derecho subjetivo privado es un derecho político, puesto que éste también permite participar al titular del derecho en la constitución de la voluntad estatal. La misma se expresa en la norma individual de la sentencia judicial, no menos que en la norma general de la ley.

Junto al derecho de elegir un parlamento, cabe tomar en cuenta otros derechos de elección también como derechos políticos. Según las constituciones democráticas, puede constituirse por elección, no sólo el órgano legislativo, sino también los órganos ejecutivos (administrativos) y judiciales. En tanto la función de esos órganos es una función de producción de derechos, esos derechos de elección otorgan un poder jurídico, que como el derecho de elección de un parlamento, implica participar, no directamente, pero sí indirectamente, en la producción de las normas que el órgano está facultado para producir.

El abarcar en un mismo concepto de derecho subjetivo al derecho subjetivo privado, en sentido específico —ese poder jurídico otorgado para reclamar por el incumplimiento de una obligación jurídica—, con el denominado derecho subjetivo político, que también es un poder jurídico, sólo es posible en la medida en que ambos cumplen la misma función jurídica: la participación de los sometidos al derecho en la producción del derecho; en cuanto en ambos se expresa la función de producción del derecho. Pero, al respecto, es necesario

mantener en claro que, como ya se indicó, el derecho subjetivo privado, en su sentido técnico específico, también se diferencia del denominado derecho subjetivo político, en que en el primero, el poder jurídico, o competencia, conferido por el orden jurídico a un individuo, para participar en la producción del derecho, sirve para hacer valer un reclamo con respecto de una obligación jurídica pendiente a favor de este u otro individuo, lo que no sucede tratándose del derecho subjetivo político. El acreedor está facultado —es decir, tiene el poder jurídico otorgado por el orden jurídico— para participar en la producción de la norma jurídica individual de la sentencia judicial, mediante la presentación de una demanda destinada a hacer reconocer así la falta de cumplimiento por el deudor de su obligación de proveerlo de una determinada prestación. El sujeto del derecho político, el elector, por ejemplo, está facultado —es decir, tiene el poder jurídico de participar— en la producción de normas jurídicas generales; pero ese poder no sirve para obtener el cumplimiento de una obligación jurídica a su favor por otro sujeto. El ejercicio de este poder jurídico puede, pero no necesariamente, estar garantizado por la obligación jurídica impuesta a otro individuo, así como el ejercicio de una facultad puede ser el contenido de una obligación por parte del facultado, pero no es necesario que lo sea. El juez puede estar obligado a recibir la demanda del acreedor, y estará jurídicamente obligado a ello, cuando su negativa a recibir la demanda esté sujeta a sanciones disciplinarias por violación de las obligaciones del cargo. Pero el poder jurídico otorgado al acreedor, que constituye su derecho subjetivo, no sirve para reclamar por el incumplimiento de esa obligación del juez sino para reclamar por el incumplimiento de la obligación del deudor. Un órgano elector puede estar obligado a recibir los votos de los electores, a hacer su cómputo, etcétera, y está obligado a ello cuando la omisión de una u otra función tiene como consecuencia una sanción. Pero el poder jurídico, en que consiste el derecho político de voto, no sirve para reclamar por el incumplimiento de esas obligaciones administrativas. No sirve, en general, y a diferencia del poder jurídico que aparece en el derecho subjetivo privado, para reclamar por el incumplimiento de una obligación jurídica individual, sino, sólo indirectamente, para participar en la producción de normas jurídicas generales, mediante las cuales se estatuirán obligaciones jurídicas

Los derechos políticos comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales, que las constituciones de los Estados modernos regulan en cuanto garantizan la igualdad ante la ley, la libertad (es decir, inviolabilidad) de la propiedad, la libertad personal, la libertad de opinión (en especial, la libertad de prensa), la libertad de conciencia, incluyendo la libertad de religión, de asociación y de reunión, etcétera. Estas garantías establecidas en la constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos, ya se trate de meros derechos reflejos, o bien de derechos subjetivos privados en sentido técnico. Por cierto, aparecen como prohibiciones de violar por ley (o por

disposiciones con fuerza legal) la igualdad o libertad garantizadas, es decir, suprimirlas o limitarlas. Pero esas "prohibiciones", en lo principal, no consisten en imponer al órgano legislativo la obligación jurídica de no dictar tales leyes, sino se reducen a que esas leyes, si hubieran sido promulgadas, puedan ser derogadas por "inconstitucionales"<sup>90</sup> mediante un procedimiento especial previsto a ese efecto. Las garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones, puedan ser anuladas. Por cierto que los denominados derechos y libertades fundamentales pueden ser lesionados, no sólo por leyes (y disposiciones con fuerza legal), sino también por reglamentos de aplicación, actos administrativos y sentencias judiciales, es decir, también normas distintas de aquellas que aparecen con forma de ley (o disposiciones con fuerza legal) pueden tener contenidos contrarios a la constitución, y ser derogadas por esa razón. Pero también pueden ser eliminadas no sólo en razón de su inconstitucionalidad, sino por haber sido dictadas sin ninguna base legal, bastando ya esto como fundamento para su derogación, y no sólo justamente cuando su contenido contradice la "prohibición" material de la constitución, es decir, cuando posee un contenido "prohibido" por la constitución.

La igualdad garantizada por la constitución a los individuos sujetos al orden jurídico no significa que los mismos, en virtud de las normas establecidas por la constitución, deban ser tratados igualmente, en especial, por la legislación. No puede aludirse a semejante igualdad, puesto que sería absurdo imponer a todos los individuos las mismas obligaciones y otorgarles los mismos derechos, sin efectuar ciertas distinciones entre niños y adultos, personas psíquicamente sanas y enfermos mentales, hombres y mujeres. Cuando se habla de igualdad ante la ley, esa garantía sólo puede satisfacerse si la constitución estatuye, en relación con discriminaciones bien determinadas, como las de raza, religión, clase o riqueza, que las mismas no sean adoptadas por la legislación; es decir, que las leyes que efectúen esas discriminaciones puedan ser derogadas por inconstitucionales. Si la constitución no establece cuáles son las distinciones específicas que la legislación no puede adoptar en relación con los individuos, y si la misma contiene una fórmula que proclama la igualdad de los individuos, esa igualdad constitucionalmente garantizada no significa otra cosa sino una igualdad *ante* la ley. Pero con la garantía de la igualdad *ante* la ley sólo se estatuye que el órgano de aplicación únicamente puede tomar en cuenta aquellas distinciones que son efectuadas en las leyes mismas que aplica. De ese modo sólo se estatuye el principio inmanente a todo derecho, de la legalidad de la aplicación del derecho en general, y el principio inmanente de todas las leyes, de la legalidad en la aplicación de la ley, según el cual, las normas deben aplicarse conforme

<sup>90</sup> Cf. *infra*, pp. 275 y ss.

a normas. De ese modo no se expresa sino el sentido inmanente a las normas jurídicas. Una sentencia judicial, según la cual no se impone la pena prevista por la ley aplicable a un individuo, sólo porque el delincuente es blanco y no negro, cristiano y no judío, pese a que la ley no toma en cuenta la raza o religión del delincuente para determinar el tipo penal, es una sentencia judicial tan recurrible, como contraria a derecho y por las mismas razones, que la sentencia judicial que impusiera a un individuo una pena no determinada por la ley en mérito a delito no comprobado judicialmente, o la sentencia judicial que impusiera al individuo que efectivamente hubiera cometido ese delito, una pena no prescrita en la ley. La inconstitucionalidad de la sentencia no constituye un fundamento para recurrir y obtener la revocación, distinto de la contrariedad con la ley.

La disposición constitucional que estatuye la inviolabilidad de la propiedad podría significar que las leyes que autorizan al gobierno a privar de su propiedad a los propietarios, sin su consentimiento y sin indemnización —exceptuando el caso de la privación de bienes como consecuencia de una sanción—, pueden ser eliminadas como “inconstitucionales”. Semejante disposición constitucional no constituye propiamente una prohibición de la expropiación. Se refiere sólo a la desapropiación sin indemnización, y no norma una obligación jurídica, impuesta al órgano legislativo, de omitir semejantes leyes. La ley “inconstitucional” es hasta su derogación —sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o una derogación general— una ley válida. No es nula, sino sólo anulable.<sup>91</sup> Situación análoga se presenta cuando la constitución garantiza la libertad de creencia y de conciencia. Esa garantía significa que la ley que prohibiera el ejercicio de determinada religión, es decir, que pusiera penas al ejercicio de esa religión, puede ser derogada por inconstitucional.

Una garantía eficaz de los denominados derechos y libertades fundamentales, sólo se da cuando la constitución que los garantiza no puede ser enmendada mediante legislación ordinaria, sino sólo mediante un procedimiento especial, distinto del procedimiento legislativo ordinario, en cuanto sólo puede llevarse a cabo bajo condiciones más severas, sea que se requiera, no una mayoría simple, sino una mayoría calificada en el órgano legislativo colectivo, sea que se requieran varias decisiones y no una única, y análogamente.<sup>92</sup> Si la constitución puede ser enmendada por una simple ley, ninguna ley, y, por ende, ninguna sentencia judicial dictada con fundamento en ley, ni ninguna resolución administrativa dictada con fundamento en ley, puede ser suprimida por “inconstitucionalidad”, puesto que la constitución queda eliminada, con respecto al dominio de validez de la ley, por la ley misma. De ahí que no exista ninguna garantía verdadera de los llamados derechos y libertades fundamenta-

<sup>91</sup> Cf. *infra*, pp. 245 ss.

<sup>92</sup> Cf. *infra*, pp. 229 ss

les, mientras la constitución, sólo modificable bajo condiciones más difíciles, no garantice el "derecho" como no limitable por ley; es decir, cuando la constitución delegue en la simple legislación estatuir expropiaciones sin indemnización, introducir discriminaciones constitucionales excluidas en la imposición de obligaciones, otorgar derechos, o imponer limitaciones a ciertas libertades. Semejante garantía aparente se da, por ejemplo, cuando la constitución dispone: "Se garantiza la inviolabilidad de la propiedad. La expropiación en interés público sin indemnización sólo podrá cumplirse por ley." O: "Todos tienen derecho a expresar públicamente sus opiniones dentro de los límites legales." O: "Todos los ciudadanos tienen derecho a reunirse y constituir asociaciones. El ejercicio de estos derechos será reglamentado por ley."

Mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no signifique otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos "derechos", no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo. Tampoco ningún derecho reflejo, dado que la "prohibición" de la legislación limitante no estatuye ninguna obligación jurídica; y, por ende, tampoco ningún derecho subjetivo en sentido técnico, mientras que por tal se entienda el poder jurídico de reclamar ante el incumplimiento de la obligación jurídica. Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo en el sentido de un poder jurídico —aunque no sea para obtener satisfacción por el incumplimiento de la obligación jurídica— cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional. Puesto que el sentido del acto mediante el cual se elimina una norma, es él mismo una norma, la libertad garantizada consiste en el poder jurídico de poder intervenir en la producción de esas normas. Así, por ejemplo, el derecho constitucionalmente garantizado de libertad religiosa configura un derecho subjetivo cuando el procedimiento para la supresión de una ley limitativa de la libertad religiosa puede ser iniciado por todo individuo afectado, mediante una suerte de *actio popularis*. Pero éste derecho, como derecho político, se distingue como en el caso del derecho político de voto, del derecho subjetivo en sentido técnico que aparece en el derecho privado, en que no sirve para obtener el reconocimiento de las consecuencias del incumplimiento de una obligación jurídica existente con respecto del derechohabiente. Obligar jurídicamente a un órgano legislativo colectivo a no dictar leyes inconstitucionales es ya casi imposible por motivos técnicos, y de hecho no se impone tal obligación. En cambio es posible, y así sucede en los hechos, que el jefe del Estado, que debe promulgar las decisiones legislativas del parlamento, y los miembros del gabinete ministerial que deben refrendar los actos del jefe del Estado, sean hechos responsables por la constitucionalidad de las leyes que ellos promulgan o refrendan; es decir, se les puede imponer penas específicas, dictadas por un tribunal especial, como la privación del cargo, la

pérdida de los derechos políticos. Tenemos entonces una prohibición jurídica, impuesta a esos órganos, de instituir semejantes actos, es decir, la prohibición de participar en la promulgación de leyes inconstitucionales. Con todo, el poder jurídico para iniciar el proceso conducente a la imposición de esas sanciones, por regla general no está reservado a los individuos afectados por la ley inconstitucional. Si existe una resolución administrativa, o una sentencia judicial que violan la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, es decir, si tenemos una norma individual dictada conforme a una ley inconstitucional, y si sólo el individuo inmediatamente afectado por esa norma individual cuenta con el poder jurídico de iniciar, por queja o apelación, un procedimiento que lleve a la eliminación de esa norma individual, entonces el derecho o libertad básica en juego constituirá un derecho subjetivo del individuo en tanto y en cuanto la eliminación de la norma individual implique la eliminación, para el caso concreto, de la ley inconstitucional, o esté de alguna manera relacionada con una supresión general de la ley inconstitucional. Si la norma individual del acto administrativo o judicial, que lesiona el derecho o libertad fundamentales garantizados por la constitución, no ha sido establecido con fundamento en una ley inconstitucional, o carece de todo fundamento legal, el derecho subjetivo del individuo, es decir, su poder jurídico para provocar la eliminación de esa norma individual, no se distingue en nada del derecho subjetivo consistente en el poder jurídico de lograr la supresión de un acto administrativo o judicial por su ilegalidad. El procedimiento iniciado, mediante queja o apelación, por el individuo, no conduce a una eliminación, particular o general, de la ley inconstitucional, sino sólo a la eliminación de una norma individual contraria a la ley. Sólo cuando el individuo tiene el poder jurídico de suscitar la eliminación particular o general de la ley que, por su contenido lesiona la igualdad o libertad constitucionalmente reconocidas, el derecho o libertad fundamental constituye un derecho subjetivo del individuo.

En suma, cabe afirmar que el derecho subjetivo de un individuo es, o bien un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien, un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien, un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de las normas jurídicas generales denominadas "leyes", o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien, como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la

producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos), o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa.

### 30. *Capacidad jurídica. Competencia. Órgano*

a) *Capacidad jurídica.* El poder jurídico expuesto en lo anterior como un derecho subjetivo, privado o político, sólo constituye un caso particular de la función del orden jurídico que aquí se denomina “facultamiento”. Desde el punto de vista de una ciencia del derecho que describe en enunciados jurídicos el orden jurídico, la función de ese orden reside en enlazar a determinadas condiciones —es decir, a condiciones determinadas por el orden jurídico— determinados actos coactivos también determinados por él. Ese acto coactivo es la consecuencia *par excellence*. Por cierto que entre sus condiciones aparecen algunas que, a su vez, están condicionadas por otros hechos determinados por el orden jurídico, y que en este sentido, configuran consecuencias relativas. Cuando, por ejemplo, el orden jurídico prescribe que quien encuentre una cosa y se la apropie, sin exhibir lo encontrado a determinado funcionario, o sin depositarla ante ese funcionario, debe ser penado, el hecho de la apropiación del objeto encontrado es condición del hecho de la retención o del hecho de la no exhibición, los cuales, a su vez, juntos con la primera condición, son la condición del acto coactivo. Sólo el acto coactivo es una consecuencia que no es ella misma condición. Se trata de la última consecuencia, de la consecuencia jurídica; y si el acto coactivo es una sanción, como reacción contra la conducta de un individuo determinada por el orden jurídico, la consecuencia jurídica es consecuencia de un delito. En tanto el derecho, como orden coactivo, establece el acto coactivo, que es un acto de conducta humana, como debido, aparece como norma: su función es normar.

La función del orden jurídico designada como “facultamiento” se refiere sólo a conducta humana. Sólo la conducta humana es facultada, autorizada, por el orden jurídico. En un sentido muy lato, determinada conducta de determinado individuo se encuentra facultada por el orden jurídico, no sólo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, sino, en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo. No corresponde considerar “facultados” otros hechos determinados por el orden jurídico como condiciones. Cuando este orden determina que un hombre, afectado de una enfermedad contagiosa, debe ser internado en un establecimiento hospitalario, el orden jurídico faculta a determinado

individuo a emprender el acto coactivo de la internación; pero no faculta a iniciar la enfermedad. En ese sentido muy amplio de la palabra, toda conducta humana —y sólo conducta humana— puede ser considerada como “facultada” por el orden jurídico, al ser determinada por éste como condición o consecuencia. El hombre que puede efectivamente realizar esa conducta queda capacitado, por el mismo orden jurídico, a comportarse de esa manera. Cuenta con una capacidad que le confiere el orden jurídico. Si esa capacidad es caracterizada por el orden jurídico como una facultad o autorización, este giro no implica aprobación alguna. También la denominada “capacidad delictual” significa una capacidad otorgada sólo a ciertos hombres específicamente calificados por el orden jurídico, para cometer con su comportamiento delitos; es decir: realizar una condición del acto coactivo que funciona como sanción, coacción que, como consecuencia de su conducta, se dirigirá contra ellos o contra sus allegados. Sólo estos hombres calificados por el orden jurídico, y solamente ellos, pueden cometer delitos, es decir, tienen capacidad para ello otorgada por el orden jurídico. Pero la conducta que configura un delito se encuentra justamente prohibida en cuanto es convertida en condición de la sanción dirigida contra el delincuente, o sus allegados, y, como conducta “prohibida” no es aprobada. Mientras que la expresión “facultamiento” (“autorización”) lleve consigo el significado accesorio de “aprobación”, es utilizada en un sentido más estricto, que no comprende la capacidad delictual. En ese sentido, en la teoría tradicional se habla de la capacidad de hecho, a diferencia de la capacidad delictual. La capacidad de hecho es definida como aquella capacidad de un hombre de producir, con su conducta, efectos jurídicos. Como en esto no puede entenderse “efectos” en un sentido causal, la capacidad de hecho consiste en la capacidad conferida a un hombre por el orden jurídico, de producir mediante su comportamiento, consecuencias jurídicas, es decir, aquéllas consecuencias que el orden jurídico enlaza a esa conducta. Con todo, entre esas consecuencias jurídicas no están comprendidas las sanciones, que como consecuencias de un comportamiento se dirigen contra el que así actúa (o contra sus allegados). Esta capacidad —la de poder suscitar mediante su comportamiento una sanción, que estará dirigida, como consecuencia de esa conducta, contra quien así actúa (el delincuente o sus allegados)— es diferenciada, como capacidad delictual, de la capacidad jurídica de hecho. Las consecuencias jurídicas, cuya posible producción es designada como capacidad jurídica de hecho, son, según la doctrina tradicional, esencialmente obligaciones y derechos subjetivos, creados mediante negocios jurídicos. La capacidad jurídica es, básicamente, capacidad para efectuar negocios jurídicos. Pero también suele abarcar la capacidad de influir, mediante demandas y recursos, en los procedimientos judiciales (capacidad procesal).

La capacidad mencionada en último término es, como se expone en lo que antecede, un poder conferido por el orden jurídico para participar en la produc-

ción de la norma jurídica individual establecida en la sentencia judicial. Se trata de un poder jurídico, y su concesión por el orden jurídico, constituye un "facultamiento" en el sentido estricto y específico de la palabra. Ese mismo poder jurídico aparece también en la capacidad de efectuar negocios jurídicos (capacidad de contratar), como la capacidad de crear obligaciones y derechos subjetivos, dado que las obligaciones jurídicas y los derechos subjetivos son estatuidos por normas de derecho, y es a través de negocios jurídicos como se producen esas normas. Un análisis del típico negocio jurídico, el contrato, lo muestra de inmediato. Un contrato estipula que las partes contratantes deben comportarse recíprocamente de determinada manera; un contrato de compraventa, por ejemplo, establece que el vendedor debe entregar determinada cosa al comprador, mientras que el comprador debe entregar determinada suma de dinero al vendedor. El contrato es un acto cuyo sentido subjetivo es un deber. En tanto el orden jurídico faculta, a través de una norma general, a los individuos a celebrar contratos, eleva el sentido subjetivo del negocio jurídico a uno objetivo. Cuando el contrato crea obligaciones de las partes contratantes, lo hace en tanto el orden jurídico enlaza a la conducta contraria al contrato, es decir, a la conducta contrapuesta a la norma producida por el contrato, una sanción. La norma producida por el negocio jurídico es, en este sentido, una norma no independiente. Cuando el contrato crea derechos subjetivos de las partes contratantes, lo hace en tanto el orden jurídico, al facultar a los individuos a celebrar contratos, otorga poder jurídico a los contratantes a reclamar mediante una acción por el incumplimiento de las obligaciones estatuidas por la norma contractual, es decir, por la violación de las normas jurídicas producidas por el contrato, reclamo que implica participar en la producción de la norma jurídica individual que aparece en la sentencia judicial. La capacidad de celebrar negocios jurídicos es una capacidad otorgada a los individuos, por el orden jurídico, para producir, fundándose en normas generales producidas legislativa o consuetudinariamente, normas jurídicas de nivel inferior, y de participar en la producción de las normas individuales jurídicas producidas por el tribunal. Se trata de un auténtico poder jurídico.

Si se entiende por capacidad jurídica la capacidad de suscitar, con el propio comportamiento, consecuencias jurídicas, y si se considera como consecuencia del acto consistente en un negocio jurídico, la obligación jurídica producida, es decir, el dar validez a una norma individual, cabe entender por capacidad jurídica (como capacidad de celebrar negocios jurídicos) también la capacidad de cumplir las obligaciones jurídicas; es decir, la capacidad de evitar con la propia conducta la sanción. Allí reside la consecuencia jurídica —negativa— del cumplimiento de la obligación.

b) *Competencia*. Es fácil ver que el ejercicio de este poder jurídico, como función jurídica, es esencialmente del mismo tipo que la función de un órgano

legislativo facultado por el orden jurídico para producir normas jurídicas, y que las funciones de los órganos judiciales y administrativos, facultados por el orden jurídico para producir, en aplicación de norma generales, normas jurídicas individuales. En todos estos casos tenemos, como en el caso de la denominada capacidad jurídica, una facultad para producir normas jurídicas; en todos estos casos, el orden jurídico otorga un poder jurídico a determinados individuos. Pero no en todos los casos de concesión de un poder jurídico, es decir, de facultamiento en el sentido estricto de la palabra, habla la teoría tradicional de capacidad jurídica. En cambio se habla en algunos casos, y sobre todo en relación con la función de ciertos órganos comunitarios, especialmente, de los órganos judiciales y administrativos, de su "jurisdicción" o "competencia". El poder jurídico conferido a una "persona privada" de producir mediante un negocio jurídico, normas jurídicas, o de participar, mediante demanda, recursos, quejas, o ejercicio del derecho a votar, en la producción de normas jurídicas, es decir, sus derechos subjetivos en el sentido técnico de la palabra, no son caracterizados como capacidad jurisdiccional o competencia.

En tanto se considera la función que se configura mediante el ejercicio del poder jurídico otorgado por el orden jurídico, no se justifica esta limitación del concepto de competencia. La capacidad contractual y el derecho subjetivo —privado o político— de un individuo son, en el mismo sentido, su "capacidad jurisdiccional", o su "competencia", como la capacidad de determinados individuos de hacer leyes, dictar sentencias judiciales o adoptar una resolución administrativa. La terminología tradicional oculta el parentesco esencial que se da entre todas esas funciones, consistentes en el ejercicio de un poder judicial, en lugar de expresarlas nítidamente. Cuando los individuos que celebran un negocio jurídico, cuando las personas que inician una demanda o queja en un procedimiento judicial o administrativo, que interponen recursos, que formulan apelaciones, son considerados "personas privadas", y no "órganos" de la comunidad jurídica, negándose, con este fundamento, la designación de "competencia" o "jurisdicción" al poder jurídico concedido, ello no puede provenir del contenido de sus funciones. Puesto que el contenido de la función es, en ambos casos, el mismo, a saber: producción de normas jurídicas. Debe advertirse, inclusive, que las "personas privadas" capacitadas para celebrar negocios jurídicos, no sólo pueden producir normas individuales, sino también normas jurídicas generales, y que la producción de normas generales por vía contractual, como los tratados que conforme al orden jurídico constitutivo de la comunidad internacional, pueden ser celebrados por los Estados facultados al efecto por el derecho internacional general, desempeña un papel muy significativo. Sin embargo, ni los Estados en el ejercicio de esa función, ni los individuos facultados por el derecho de un Estado, que celebran negocios jurídicos, son designados como "órganos" de la comunidad jurídica, y, por ende, no se considera al poder jurídico conferido como su competencia o capacidad jurisdiccional.

Que en esos casos, los individuos que ejercen la función no sean designados órganos de la comunidad jurídica, sólo puede provenir de que en el concepto de órgano que aquí se utiliza, es decisivo otra cosa que el contenido de la función.

c) *Órgano jurídico*. Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser *atribuida*<sup>93</sup> a la comunidad, función, pues, de la que se dice que la comunidad, pensada como una persona, la ejerce a través del individuo que actúa como su órgano. Hay en esto una ficción puesto que no es la comunidad, sino un individuo humano el que ejercer la función. La comunidad consiste en el orden normativo que regula el comportamiento de una multiplicidad de individuos. Se dice, por lo tanto, que el orden constituye la comunidad. Pero orden y comunidad no son dos objetos distintos. La comunidad formada por individuos —es decir, lo que esos individuos tienen en común— se reduce solamente al orden que regula sus comportamientos. La conducta de un individuo puede solamente ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo —y ello significa, sin incurrir en ficción: ser referida al orden normativo constitutivo de la comunidad— cuando ese comportamiento se encuentra determinado, como condición o consecuencia, en ese orden normativo. Justamente es mediante la conducta del individuo atribuida a la comunidad, interpretada como acción de una comunidad, que la comunidad es representada como un sujeto actuante, como una persona. Es decir, la atribución de una función determinada por un orden normativo y cumplida por un individuo a la comunidad constituida por ese orden, implica la personificación de esa comunidad. Pero, con todo, en esa atribución personificadora,<sup>94</sup> no se expresa sino que la conducta atribuida a la comunidad está determinada por el orden normativo constitutivo de ella, y en este sentido latísimo, autorizada por ella. Atribuir un acto de conducta humana a la comunidad, no significa otra cosa sino referir ese acto al orden constituyente de la comunidad, pensar el acto como un acto autorizado por el orden normativo (en el sentido más amplio de la palabra). De ahí que cualquiera conducta de un individuo, determinada por el orden normativo, y autorizada por éste en ese sentido amplio, pueda ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo, e interpretada como función de la comunidad; y todo individuo, cuya conducta el orden normativo determine, y, en ese sentido, esté autorizada por aquél —es decir, todo miembro de la comunidad— puede ser considerado como órgano de la misma. Un individuo es

<sup>93</sup> En escritos anteriores he designado a la operación intelectual de que se trata como "imputación". Pero como con esa palabra sobre todo se designa la conexión normativa de dos hechos, análoga a la conexión causal, tuve que distinguir la imputación de una función a la comunidad como imputación "central", de la conexión normativa entre dos hechos, como imputación "periférica". Esta terminología no es muy satisfactoria, y lleva a equívocos. Límite, pues, ahora el uso de la palabra "imputación" al enlace normativo entre dos hechos.

<sup>94</sup> Cf. también la exposición relativa al concepto de persona jurídica, *infra*, pp. 118 y ss.

órgano de una comunidad en tanto y en cuanto cumple una conducta atribuible a la comunidad; y una conducta es atribuible a la comunidad cuando se encuentra determinada, como condición o consecuencia, por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Este es el concepto primario, básico, de la función “órgano”, de la función orgánica en el sentido más amplio de la palabra. Y es el concepto de función orgánica —no el de órgano— el que capta, especialmente en el terreno de la ciencia jurídica, la situación objetiva esencial. En el concepto de órgano aparece el sujeto, o el “portador” de la función, es decir, el elemento personal de la conducta, que es quien cumple la función, función que, como toda conducta humana, está integrada por un elemento personal y un elemento material,<sup>95</sup> involucrando así al elemento personal. El concepto de órgano, como portador de una función distinta del portador, es un concepto sustancial, y en cuanto tal utilizable con conciencia de que, desde el punto de vista del conocimiento científico, la sustancia se reduce a la función. En el concepto de órgano, como portador de la función, el elemento personal es escindido del elemento material, e independizado, aunque aquél esté inseparablemente ligado a éste. Sólo con esa advertencia puede recurrirse al concepto de órgano, como un concepto auxiliar destinado a facilitar la exposición del tema.

El concepto de función orgánica que aparece en los usos lingüísticos jurídicos —oscilantes en este respecto— es, con todo, más estricto que el concepto aquí designado como primario o básico. Puesto que éste abarca toda conducta determinada por el orden normativo, y comprende —en tanto se trata de conducta determinada por el orden jurídico y, por ende, de una función de la comunidad jurídica— también a la conducta que, como condición de la sanción estatuida por el orden jurídico, se encuentra jurídicamente prohibida. No se suele, sin embargo, atribuir delitos a la comunidad jurídica. La concepción según la cual la conducta prohibida es contraria a derecho, y, por ende, la negación del derecho, es contradicha por la afirmación de que la comunidad jurídica comete un acto antijurídico (un delito). Surge cierta tendencia a atribuir a la comunidad jurídica sólo el comportamiento de un individuo, determinado sí por el orden constitutivo de la comunidad, pero no determinado como delito, es decir, que no está prohibido.<sup>96</sup> Si se emplea la palabra “facultar”, no sólo en el sentido restringido de concesión de un poder jurídico, esto es, de la capacidad de producir y aplicar normas jurídicas, sino también en el sentido más lato comprensivo de “ordenar” y “permitir positivamente”, aparece una tendencia a atribuir solamente a la comunidad jurídica la conducta de un individuo en cuyo respecto el individuo en cuestión esté “autorizado” en estos sentidos (que *no* comprenden las conductas delictivas determinadas por el orden jurídico); de suerte que sólo la conducta mediante la cual se producen y aplican

<sup>95</sup> Cf. *supra*, pp. 14, 122.

<sup>96</sup> Cómo haya de diferenciarse la condición de la sanción calificada de delito, de otras condiciones de la sanción, cf. *supra*, p. 119.

normas jurídicas, así como la conducta obligatoria, pero no prohibida, y la conducta positivamente permitida, son atribuidas a la comunidad jurídica, considerándose únicamente al individuo órgano de esa comunidad en la medida en que cumple la conducta “autorizada” por el orden jurídico en los sentidos indicados. Con todo, como veremos, los usos lingüísticos no son en este respecto consecuentes. A veces se atribuye también a la comunidad jurídica una ilicitud, en especial cuando se considera a la comunidad sujeto de obligaciones, dado que la capacidad de obligarse presupone la capacidad delictual.<sup>97</sup> Pero la tesis de que la comunidad jurídica no puede incurrir en acto ilícito, implica que la atribución de ciertas conductas humanas a la comunidad jurídica está limitada, en cuanto el orden jurídico constitutivo de la comunidad jurídica, “faculta” a ésta a que el hecho ilícito, aun cuando se encuentre determinado en el orden jurídico, no sea atribuido a la comunidad constituida por el orden jurídico, por no tratarse de un acto “autorizado” en sentido estricto. Si se limita la atribución a la comunidad en este sentido, el individuo que efectúa el acto ilícito, sin cumplir al hacerlo con una conducta “autorizada”, es decir, al actuar fuera de sus facultades, o fuera de su competencia, no es tenido por un órgano de la comunidad, y su conducta no es interpretada como una función orgánica. Sólo se atribuye a la comunidad jurídica aquella conducta a que se refiere el concepto de capacidad jurídica, excluyendo el de capacidad delictual.<sup>98</sup>

Si se elimina del concepto de función orgánica atribuible a la comunidad jurídica, la realización de actos ilícitos, cabe entonces considerar función de esa comunidad, y, en este amplio sentido, como función jurídica, toda conducta determinada por el orden jurídico constitutivo de la comunidad, que no sea realizar un acto ilícito, y no sólo la conducta que, como función jurídica en el sentido estrecho y específico de la palabra, así cabe designar. A saber: no sólo la producción y aplicación de normas jurídicas, inclusive la participación en la producción y aplicación de esas normas a través de la demanda judicial, los recursos, querellas (incluyendo el ejercicio de un derecho subjetivo en el sentido técnico de la palabra), así como la ejecución de los actos de coacción estatuidos por el orden jurídico —es decir, las funciones de producción y aplicación del derecho—, sino también el cumplimiento de obligaciones jurídicas, el ejercicio de derechos reflejos y de derechos consistentes en una permisión positiva, una función que podría ser denominada función de acatamiento al derecho. Como órgano jurídico, es decir, como órgano de la comunidad jurídica, aparecería entonces todo individuo que desempeña una función jurídica, en sentido estricto o lato. De ahí que puede designarse al individuo que ejerce un poder jurídico que le ha sido conferido, sea que interponga una demanda judicial, o celebre un negocio jurídico, como órgano de derecho,

<sup>97</sup> Cf. las exposiciones relativas a la capacidad delictual de las colectividades consideradas personas jurídicas, *infra*, p. 185 y ss.

<sup>98</sup> Cf. *infra*, p. 304, lo dicho con respecto del problema de los actos ilícitos del Estado.

constituyendo el poder jurídico que se le ha conferido, su competencia o capacidad jurisdiccional, y ello en el mismo sentido en que se considera órgano al legislador, al juez o al funcionario administrativo, y se denomina "competencia" al poder jurídico que se les otorga. Hasta el individuo que cumple con su obligación jurídica, que ejerce un derecho reflejo o utiliza una permisión positiva, puede ser considerado órgano jurídico. En este concepto de función orgánica no se expresa sino la relación de la función con el orden normativo, constitutivo de la comunidad, que la determina.

En los usos jurídicos del lenguaje, con todo, el concepto de órgano es empleado en un sentido más limitado aún del que se acaba de exponer. No toda conducta determinada por el orden jurídico, no calificada como ilícita, es atribuida a la comunidad de derecho, es interpretada como función de la comunidad de derecho; no todo individuo que cumple semejante función, es denominado "órgano" en este sentido más estricto. Su conducta solamente es atribuida como función a la comunidad de derecho, y el individuo que cumple la función sólo es designado "órgano", cuando ese individuo está caracterizado de determinada manera.

Cuando en un orden normativo ciertas funciones determinadas no pueden ser desempeñadas, conforme al orden, por cualquier individuo sujeto al mismo, sino solamente por ciertos determinados individuos calificados, tenemos una división funcional del trabajo. Sólo en cuanto se trata de funciones, determinadas por el orden jurídico, desempeñadas mediante división del trabajo, es decir, por determinados individuos calificados, las mismas son atribuidas a la comunidad jurídica, y sólo los individuos que actúan mediante división del trabajo, es decir, determinados individuos calificados, son denominados "órganos" en este sentido más estricto. Las comunidades que cuentan con "órganos" son denominadas comunidades "organizadas", entendiéndose por comunidades "organizadas" aquellas que cuentan con órganos que funcionan conforme a una división del trabajo. Toda comunidad necesita tener órganos, aunque no funcionen con división del trabajo, puesto que una comunidad sólo puede funcionar a través de sus órganos, es decir, mediante individuos determinados por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Cuando un orden normativo determina que ciertas funciones por él previstas pueden ser desempeñadas, bajo determinadas condiciones, por cualquiera de los individuos sometidos a ese orden, todo individuo puede ser visto, al ejercer la función para que se le faculta, como órgano, y la función que ha de ser atribuida a la comunidad constituida por el orden, al no darse ninguna división del trabajo, podrá ser cumplida como la prevista por el orden. Pero en el uso lingüístico dominante, los individuos que desempeñan funciones sin división del trabajo, no son denominados "órganos", y la función desempeñada sin división del trabajo no es atribuida a la comunidad.

Las calificaciones de los individuos designados por el uso lingüístico-jurídico como "órganos" de la comunidad jurídica, son de diferente tipo. Pueden ser naturalmente dadas, como cuando el orden jurídico estatuye que ciertas funciones puedan ser desempeñadas, sólo por un hombre, o sólo por una mujer, o por un ser humano de determinada edad, sano espiritual o corporalmente, o, en caso de funciones hereditarias, de determinada progenie. Pero el orden jurídico puede condicionar también a ciertas cualidades morales, conocimientos o capacidades específicas del individuo, la transferencia de la función. De especial significación es la calificación consistente en que el individuo designado como "órgano", para cumplir una función determinada por el orden jurídico, sea nombrado para ella en manera determinada por el mismo orden. Este nombramiento puede ser inmediato o mediato. Es inmediato cuando la constitución, una ley, o una norma consuetudinaria, designa a un hombre individualmente determinado, estatuyendo que determinada función debe ser desempeñada sola y únicamente por ese hombre. Así, por ejemplo, la primera constitución histórica determina que sea jefe de Estado el señor N. N.; o bien, que sólo se considere asamblea constituyente la reunión de personas que se efectúe determinado día, en determinado lugar y que haya votado la constitución. El nombramiento es mediato, cuando se necesita que una constitución, la ley o el derecho consuetudinario prescriban determinado acto, como una designación, una elección, un sorteo, mediante el cual se individualiza la norma general que rige el procedimiento de nombramiento, de suerte que un hombre individualmente determinado es convertido, por otro hombre determinado por el orden jurídico, en el órgano en cuestión, creándosele de esa manera. Pero también en el caso de designación inmediata se produce creación del órgano. Al asumir N. N. el cargo de jefe de Estado, se establece a sí mismo, conforme a la constitución, en el órgano previsto por ésta; cuando la asamblea designada en la constitución vota esa misma constitución, se establece a sí misma como el cuerpo previsto en la misma como constituyente. La designación inmediata implica la autocreación del órgano.

Ya tenemos cierto mínimo de división del trabajo cuando el orden —por ejemplo, un orden jurídico primitivo— determina que ciertas funciones, como la comprobación del hecho delictuoso y la ejecución de las sanciones previstas, no puedan ser llevadas a cabo por cualquier individuo sometido a ese orden, sino sólo por los hombres de cierta edad; o cuando, conforme al derecho tenido por válido, no se considera constituida una costumbre productora de derecho por el comportamiento de todos los individuos sujetos al orden jurídico, sino por el comportamiento de la mayoría de los jurídicamente capaces; o cuando, según el derecho válido, sólo los hombres que han alcanzado cierta edad determinada y que son psíquicamente normales, pueden regular mediante negocios jurídicos sus recíprocas relaciones económicas. Pero este mínimo en división del trabajo, al que no puede renunciar ningún orden jurídico, ni aun

el más primitivo, no es suficiente, conforme a los usos jurídicos del lenguaje, para designar como "órgano" a los individuos facultados, y para atribuir su función a la comunidad. Si se investiga ese uso lingüístico, y se pregunta por cuál sea el criterio conforme al cual, en ese uso lingüístico, se atribuye una función como función orgánica a la comunidad jurídica, aparece la tendencia a atribuir a la comunidad solamente una función y, por tanto, a designar solamente como "órgano" comunitario al individuo que la cumple, cuando ese individuo ha sido nombrado, inmediata o mediatamente, para la función.

Cuando las normas generales de un orden jurídico técnicamente primitivo no son producidas por un órgano legislativo, sino por vía consuetudinaria, no siendo aplicada por tribunales, sino por los individuos mismos lesionados en sus derechos, los individuos que constituyen con su conducta la costumbre productora de derecho, y que aplican las normas consuetudinarias, no son considerados "órganos", y sus funciones no son atribuidas a la comunidad jurídica. Se dice que el derecho es producido y aplicado por los mismos individuos que están sujetos al orden jurídico. Solamente comienza a hablarse de "órganos" de producción general de derecho, y de "órganos" de aplicación de derecho, cuando se nombra a un individuo, o a un conjunto de individuos, para desempeñar la función legislativa, y a determinados individuos como jueces para la aplicación del derecho. Las funciones de producción de derecho y de aplicación de derecho son, en ambos casos, las mismas; pero los individuos que desempeñan esas funciones solamente en el segundo caso son nombrados mediante actos específicos para desempeñar sus funciones. El uso lingüístico en derecho aparece en forma especialmente nítida cuando se trata, en un orden jurídico altamente desarrollado técnicamente, de un parlamento elegido por el pueblo, o de un jefe de Estado elegido por el pueblo. La constitución puede establecer que todo ciudadano de sexo masculino, mentalmente sano y sin antecedentes penales, puede ser electo. La elección del parlamento o del jefe de Estado es, como creación de un órgano productor de derecho, parte integrante esencial de un procedimiento destinado a la producción de derecho, y, por ende, una función jurídica eminente en el sentido estricto de la palabra. Sin embargo, sólo el parlamento electo y el jefe de Estado elegido, pero no los electores, son considerados órganos estatales; y del mismo modo, sólo la función del parlamento electo, así como la del jefe de Estado elegido, pero no la de los electores, consistente en elegir a ambos órganos estatales, es considerada función del Estado. Se afirma, por cierto, que el Estado expide, a través del parlamento, leyes, leyes del Estado; que el Estado expide, a través del jefe del Estado, decretos y reglamentos; pero no se dice que el Estado elija al parlamento, aun cuando, considerando el contenido de la función que el orden jurídico determina, el elector podría ser considerado tan órgano del Estado como el parlamento que él elige, o como el jefe de Estado que también elige, así como la función del elector determinada en el orden jurídico podría ser atribuida al

Estado, en igual forma que la función del parlamento determinada por el orden jurídico, o la del jefe del Estado en la comunidad jurídica. La distinción entre la función del elector y la del órgano electo reposa en que el miembro del parlamento, o la del individuo que actúa como jefe de Estado, no debe satisfacer sólo, como en el caso del elector, ciertas condiciones naturalmente dadas —como sexo, edad, salud mental—, sino también haber sido nombrado mediante un acto específico para desempeñar sus funciones. Este es también, evidentemente, el fundamento por el cual los negocios jurídicos celebrados por los individuos facultados al efecto, es decir, las normas jurídicas individuales y generales producidas mediante negocios jurídicos, no son vistas como establecidas por la comunidad jurídica, sino que se supone que los individuos que desempeñan esas funciones lo hacen como “personas privadas”, pese a que uno se incline a considerar todo derecho (con exclusión del derecho internacional) como derecho estatal, y, en consecuencia, debería verse a los individuos que celebran negocios jurídicos como órganos del Estado. De ahí que cuando los procedimientos judiciales tienen que ser iniciados con un acto dirigido a ello, en un caso ese acto es el acto de un querellante privado, mientras que en otro caso, se trata del acto de un acusador público, el acto de un órgano estatal: el fiscal del Estado, aunque la función de ambos sea esencialmente la misma; de ahí que el derecho internacional producido por la costumbre de los Estados y por tratados interestatales, no sea visto como creación de la comunidad internacional, sino como una creación de los sujetos sometidos al orden internacional, sin considerar a esos Estados, en su función de creación y aplicación del derecho, como órganos de la comunidad internacional.

Junto al concepto de órgano, cuyo criterio —fuera de ciertas cualidades generalmente exigidas, naturalmente dadas, como edad, sexo, salud psíquica o corporal—, reside en la designación inmediata o mediata para desempeñar la función determinada por el orden jurídico, en la terminología tradicional se recurre al concepto de órgano, agregando como criterio calificatorio un *status* personal del individuo que ejerza la correspondiente función. El individuo así calificado es designado “funcionario”; en qué consista esa calificación particular, ese *status* personal del “funcionario”, es cosa que más adelante se investigará.<sup>99</sup> Por cierto que existen órganos estatales con funcionarios y sin funcionarios. Los miembros electos de un cuerpo legislativo son órganos del Estado, pero no son funcionarios del Estado. No sólo las funciones jurídicas, en el sentido estricto de función de producción y de aplicación del derecho, sino también las funciones de acatamiento del derecho, cuando son desempeñadas por individuos calificados como funcionarios estatales, son atribuidas al Estado y consideradas funciones estatales. Se trata de funciones del más variado tipo, que constituyen el contenido de las obligaciones profesionales impuestas a esos

<sup>99</sup> Cf. *infra*, p. 299.

individuos. Desempeñan un papel importante dentro de la función del Estado denominada administración estatal.<sup>100</sup>

En la medida en que la división del trabajo implica que ciertas funciones no pueden ser desempeñadas por cualquiera y, por ende, tampoco por todos los individuos sujetos al orden normativo, sino solamente por determinados individuos, calificados en determinada manera por ese orden, considerándose justamente, bajo esas circunstancias, que la función es relativamente centralizada, división del trabajo y centralización relativa coinciden.<sup>101</sup> En los giros lingüísticos corrientes, sólo las funciones relativamente centralizadas son atribuidas a la comunidad, y sólo los órganos relativamente centralizados son considerados órganos comunitarios, del mismo modo que sólo comunidades relativamente centralizadas son designadas como comunidades "organizadas".

En relación con el problema de los órganos comunitarios en general, y de los órganos estatales en particular, debe recalcar una vez más que se trata, en ello, en buena parte de un problema referente a los usos del lenguaje, y que éstos no son consistentes. Ello, por cierto, porque la atribución de una función determinada en el orden jurídico a la comunidad constituida por ese orden, sólo es una operación intelectual posible, pero no necesaria. El individuo que desempeña la función puede ser órgano de la comunidad jurídica, pero no lo es necesariamente, lo que equivale a decir que su función puede ser atribuida a la comunidad, pero no necesita serlo. La situación jurídica objetiva puede ser descrita sin auxilio de esa operación intelectual. Lo que, para el conocimiento científico del derecho, realmente interesa es una clara visión de la esencia de la atribución de esa función a la comunidad jurídica y, por ende, una clara visión en la esencia de la organicidad.

### 31. *Capacidad de derecho. Representación*

La teoría tradicional denomina "capacidad de derecho" la capacidad de un hombre de tener derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, o de ser sujeto de derechos y obligaciones. Según el derecho moderno, todo ser humano individual podría ser sujeto de derechos y obligaciones. Los seres humanos incapaces de derecho —como los esclavos— ya no existen en el derecho moderno. Pero no todo hombre es capaz de actuar. Los niños y los enfermos mentales no son capaces de actuar. De ahí que cuenten, conforme al derecho moderno, con representantes legales, que ejercen en su nombre sus derechos, cumplen sus obligaciones y producen por ellos derechos y obligaciones mediante negocios jurídicos. Según esta teoría la capacidad de derecho y la capacidad de hecho (capacidad de actuar) no coinciden. Pero la teoría no resiste un análisis crí-

<sup>100</sup> Cf. *infra*, pp. 266 y ss.

<sup>101</sup> Con respecto al problema de la centralización y descentralización cf. *infra*, pp. 315 y ss.

tico. Si —como se ha supuesto en lo que antecede— un hombre está jurídicamente obligado a determinada conducta cuando su conducta contraria es condición de una sanción dirigida contra él (o contra sus allegados), es decir, cuando con su conducta puede provocar una sanción, una consecuencia jurídica, tiene que ser capaz de hecho y, por lo tanto, capaz de cometer un delito, para ser capaz de obligarse. Los niños y los enfermos mentales no tienen, empero, capacidad delictual y, por ende, carecen de capacidad de obligarse. Su conducta no es condición de una sanción. Si la conducta de un niño o de un enfermo mental produce la muerte de otro hombre, por tratarse de esa conducta, y aunque la acción haya sido efectuada intencionalmente, no es castigado ni el autor ni ninguna otra persona. Ni el niño, ni el enfermo mental, ni nadie es responsable del hecho. Si sucediera, en tal caso, que el padre del niño fuera castigado, el delito penado no es el homicidio, sino la violación de la obligación del padre de cuidar del niño, impidiendo así los comportamientos socialmente perjudiciales de éste. La conducta del niño o del enfermo mental, que en cuanto conducta de un hombre capaz de hecho constituiría el delito de homicidio, no es delito en cuanto conducta de un niño o un enfermo mental. El niño y el enfermo mental no tienen las obligaciones jurídicas constituidas a través de la sanción penal, en tanto sus conductas no son condición de una sanción penal, y por cuanto no pueden comportarse en forma de suscitar la sanción penal, siendo así incapaces delictivamente y, en ese sentido, incapaces de hecho.

No pareciera, con todo, aplicarse tal conclusión a los delitos que se configuran mediante una multa pecuniaria o una ejecución civil. Puesto que esas sanciones consisten en la privación coactiva de valores patrimoniales, en especial, de la propiedad; y el incapaz de hecho puede, conforme a la teoría tradicional, contar con derechos patrimoniales y, en especial, ser propietario. No es capaz de hecho, pero sí lo sería de derecho. Así, un niño o un enfermo mental puede, conforme a esta teoría, ser propietario de una casa y de los objetos que allí se encuentran, como muebles, cuadros, platería, etcétera; si no se pagara el impuesto inmobiliario, puede llevarse a cabo una ejecución forzosa contra el patrimonio de propiedad del incapaz de hecho. De ahí se podría concluir que el incapaz de hecho, al ser sujeto de derechos patrimoniales, también es sujeto de la obligación de pagar el impuesto inmobiliario. Con argumentos análogos podría considerarse al incapaz de hecho, en tanto sujeto, en general, de derechos patrimoniales, como sujeto de todas las obligaciones jurídicas constituidas mediante una ejecución civil. Sólo si sujeto de una obligación jurídica es el individuo que, con su conducta, puede cumplir o violar la obligación, y si la obligación a que aquí nos referimos sólo puede ser cumplida o violada por el representante legal, el sujeto de la obligación sería el representante legal, y no el incapaz de hecho. De que el incapaz de hecho pueda ser sujeto de derechos patrimoniales, sólo puede extraerse la con-

clusión de que es responsable de la violación de obligaciones jurídicas patrimoniales, y en cuanto el disponer de su patrimonio corresponde al representante legal, sólo sería patrimonialmente responsable, pero no personalmente responsable. Si se admite que un individuo, por ser incapaz de hecho, no puede ser sujeto de una obligación jurídica y, además, si se acepta que un individuo es sujeto de una obligación jurídica patrimonial cuando la obligación tiene que ser cumplida con su propio patrimonio, y no con el patrimonio de otro, rechazando también ver en el representante el sujeto de la obligación referida, dado que tiene que cumplir esa obligación, como obligación jurídica patrimonial, no con su patrimonio, sino con el patrimonio que, conforme a la teoría tradicional, es del incapaz que representa, tendríamos una obligación sin sujeto, en cuyo respecto, el representante legal, que dispone del patrimonio contra el cual se dirige la sanción, no sería responsable en caso de incumplimiento con su propio patrimonio, pero sí con su persona. La teoría tradicional rehúye considerar al representante sujeto de la obligación que tiene que satisfacer con el patrimonio del incapaz, y que puede violar no cumpliéndola. Por la otra parte, se intenta evitar el supuesto de una obligación sin sujeto.<sup>102</sup> Considera como sujeto de la obligación en cuestión al incapaz de hecho, es decir, se atribuye esa obligación al incapaz de hecho. La obligación cuyo contenido lo constituye la conducta del representante, es atribuida al incapaz que representa, dado que aquélla —como obligación jurídica patrimonial— debe ser cumplida en un patrimonio que, según la teoría tradicional, es patrimonio del incapaz, y no patrimonio de su representante, y dado que la sanción, en caso de incumplimiento, recae sobre ese patrimonio. Es decir, el representante —presuponiendo que el patrimonio en cuestión sea considerado patrimonio del incapaz de hecho— debe cumplir la obligación en cuestión por el incapaz de hecho, es decir, en interés del incapaz de hecho; puesto que por el hecho de que sea el representante quien cumple la obligación, evita la privación coactiva de propiedades de un patrimonio que es considerado como patrimonio del incapaz de hecho. La posibilidad de considerar la obligación, en cuanto tal, como obligación del incapaz de hecho, reposa, por lo tanto, en la posibilidad de considerar al incapaz de hecho como sujeto de derechos.

Si se entiende por derecho subjetivo el poder jurídico, es decir, la capacidad que el orden jurídico confiere a un individuo, para hacer valer en derecho, mediante una acción, el incumplimiento de una obligación jurídica que otro individuo tiene en su respecto, entonces el incapaz de hecho no puede tener ningún derecho subjetivo, dado que carece de esa capacidad de actuar. Sólo su representante legal tiene esa capacidad. A él, al representante, y no al niño o al enfermo mental, confiere el orden jurídico ese poder jurídico. Pero el representante está obligado a ejercer ese poder jurídico según el interés del

<sup>102</sup> En la teoría tradicional se plantea, en general, la cuestión de si puede haber derechos sin sujeto. Cf. *infra*, p. 165.

incapaz que representa. Si se trata de un derecho de propiedad, las obligaciones cuya violación el representante legal hará valer mediante acciones, son obligaciones relativas al representante legal, a quien corresponde la disposición de la cosa en propiedad. Admitir esos actos de disposición, es decir, no impedir ni intervenir de alguna manera, es obligación de todos los otros. Pero el representante legal está obligado a disponer de la cosa sólo en interés del incapaz que representa, es decir, especialmente, dejar al incapaz de hecho el uso y disfrute de la cosa, en la medida en que esté en condiciones de hacerlo. Si existe un derecho personal, como reflejo de una obligación de hacer, la misma debe ser cumplida a favor del representante legal, pero éste está obligado a hacer que la prestación sea recibida por el incapaz de hecho que representa. Estas limitaciones impuestas al representante legal son la razón por la cual la teoría tradicional no acepta que el representante sea el sujeto de los derechos aludidos, atribuyéndoselos al incapaz de hecho. Si no se define, en cambio, el derecho subjetivo como un poder jurídico, sino como un interés jurídicamente protegido, cabe por cierto considerar al incapaz de hecho, en cuyo interés el representante legal ejerce el poder jurídico delegado, sin ninguna atribución ficticia, sujeto de un derecho subjetivo y, por ende, capaz de derecho. El presupuesto de esta tesis, es decir, la definición del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, no es admisible por las razones aquí expuestas.

Si se sostiene firmemente que sólo está jurídicamente obligado a determinada conducta el individuo que mediante su propia conducta contraria, viola la obligación, teniendo que ser, por ende, capaz de hecho; si se sostiene además que un derecho subjetivo, como un poder jurídico específico, sólo puede corresponder a un capaz de hecho, la situación objetiva existente sólo puede ser descrita, sin atribuciones ficticias, interpretando las obligaciones y derechos en cuestión como obligaciones y derechos del representante legal, que éste debe cumplir o ejercer en interés del incapaz de hecho que representa. De igual índole son las obligaciones y derechos que se producen mediante negocios jurídicos, que el representante legal, mediante el poder jurídico que se le confiere, celebra en nombre del incapaz de derecho que representa. Si las obligaciones y derechos aquí aludidos, en razón de las limitaciones impuestas al representante legal para cumplirlas o ejercerlos en interés del incapaz de hecho que representa, no pueden ser interpretados como obligaciones y derechos de este último, sólo pueden ser considerados obligaciones y derechos sin sujeto.<sup>103</sup>

<sup>103</sup> El problema de los derechos sin sujeto se presenta, especialmente, en el caso de la denominada herencia vacante. Según el derecho sucesorio romano, los derechos constitutivos del patrimonio del causante, sólo pasaban a los herederos testamentarios mediante una declaración de voluntad de éstos en este sentido. La herencia vacante (*hereditas jacens*) está constituida por los derechos patrimoniales en el lapso entre la muerte del causante y la aceptación voluntaria de los herederos, y fue vista por algunos como carente de titular, como un conjunto de derechos sin sujeto. Para mantener la tesis de que no pueden darse

Justamente para evitar esta consecuencia, la teoría tradicional se las atribuye al incapaz de hecho. En esta atribución de las obligaciones que cumple, y de los derechos que ejerce el representante legal al incapaz de hecho, atribución en que radica la esencia de la representación legal, encontramos una operación intelectual análoga a la que permite atribuir a la comunidad jurídica constituida por un orden jurídico la función desempeñada por un individuo determinado por ese orden jurídico. Se distinguen entre sí en que ésta conduce a una comunidad así personificada, mientras que aquélla termina en otro individuo. Representación legal y organicidad son conceptos emparentados. Un determinado individuo es considerado órgano de una comunidad, en tanto la situación es vista *como si* la función que efectivamente el individuo desempeña la desempeñara la comunidad. Determinado individuo es visto como representante del incapaz de hecho en cuanto se interpreta la situación que se presenta, *como si* fuera el incapaz de hecho el que, no de por sí, pero a través de aquel individuo, cumpliera sus obligaciones, es decir, pudiera realizar una conducta cuya contraria es condición de un acto coactivo que, como sanción, estuviera dirigido contra su patrimonio, en tanto sujeto jurídico de la obligación; *como si* él, no de por sí, pero mediante el individuo autorizado al efecto, pudiera ejercer el poder jurídico mediante el cual se reclama por el incumplimiento que se identifican con los derechos reflejos constitutivos del patrimonio; *como si*, no de por sí, pero a través del representante legal, pudiera celebrar negocios jurídicos mediante los cuales se producen obligaciones y derechos que pasan a ser sus obligaciones y derechos. Esta forma de exponer la situación, mediante la cual se expresa la esencia de la representación legal, reposa, igualmente en que la explicación de la situación en el caso del órgano, en una ficción: la ficción de la atribución. Puesto que así como no es la comunidad, sino el individuo designado órgano, tampoco es el incapaz de hecho, sino su

derechos sin sujeto, se interpretaba la situación en el sentido de que la herencia misma llevaba consigo a la persona del difunto (*hereditas personam defuncti sustinet*) (Dernburg, *Pandekten*, III, párrafo 61). Es decir: sujeto de los derechos patrimoniales constitutivos de la herencia es el causante, que ha dejado de existir. Se trata de una típica ficción de la teoría jurídica. No tenemos aquí, en realidad, derechos sin sujetos, sino sólo derecho cuyo sujeto no es un individuo ya determinado, sino un individuo que ha de ser determinado, en cuyo respecto existen obligaciones jurídicas idénticas a los derechos reflejos, y que tiene el poder jurídico de obtener mediante queja satisfacción por el incumplimiento de esas obligaciones. Las obligaciones jurídicas patrimoniales del causante que se transmiten a los herederos, no constituyen, durante la etapa intermedia, obligaciones sin sujeto, sino obligaciones a favor de un individuo por determinar. Que el individuo ya esté determinado, o lo sea posteriormente, no constituye una distinción decisiva en la cuestión: no lo constituye que se trate de obligaciones frente a un hombre individualmente determinado, obligaciones de un hombre determinado, o del poder jurídico que deberá ser ejercido por un hombre determinado. Ese hombre, en todos los casos, será determinado por el orden jurídico. Es irrelevante para la cuestión de si esas obligaciones y derechos tienen o no un "sujeto" que el elemento personal, correspondiente a la conducta que constituye el contenido de la obligación o del derecho, sea determinado luego de haberse determinado el elemento material.

representante legal, quien efectivamente realiza la conducta jurídicamente relevante. Sólo con el auxilio de esta ficción puede verse a la comunidad como una persona activa; puede considerarse al incapaz de derecho como capaz de actuar y, por ende, como capaz de derecho, es decir, como sujeto de obligaciones y derechos.

Junto al representante legal de incapaces de hecho, existe también la así llamada representación convencional de individuos capaces de hecho. Ésta se distingue de aquélla por no ser obligatoria en el caso concreto; por no estar inmediatamente establecida por ley, como en el caso de la representación legal que el padre ejerce con respecto del hijo, o el tutor designado de oficio, administrativamente, para el incapaz de hecho, quienes deben cumplir la función asignada como representantes, sino que es libremente establecida mediante un negocio jurídico en el cual un individuo capaz de derecho faculta a otro (le otorga poder) para cumplir determinadas obligaciones, ejercer ciertos derechos y, en especial, para crear mediante ciertos negocios jurídicos, derechos y obligaciones. En relación con la concertación de negocios jurídicos, se suele distinguir a veces entre representación mediata e inmediata. Se habla de una representación mediata cuando la realización del negocio jurídico por el apoderado se efectúa en forma tal que las obligaciones y derechos producidos por el negocio jurídico, son primeramente obligaciones y derechos del apoderado, y sólo después, mediante posteriores transacciones son transferidos al poderdante. No tenemos aquí, en sentido específico, una representación, dado que no se atribuye a otro ni los negocios jurídicos, ni las obligaciones y derechos producidos por esos actos. El acto jurídico contractual, el negocio jurídico, es considerado como efectuado por el apoderado, y no por el poderdante, y las obligaciones y derechos producidos por ese acto no son ficticiamente atribuidos al poderdante, sino que le son transferidos efectivamente. Se habla de representación inmediata cuando un negocio jurídico llevado al cabo con base en un mandato (poder), tiene efectos jurídicos inmediatos, según el derecho aplicable, con respecto del poderdante, de suerte que las obligaciones producidas por el negocio jurídico sólo pueden ser cumplidas, o violadas, por el poderdante; los derechos creados por el negocio jurídico sólo pueden ser ejercidos por el poderdante. La representación, en sentido específico, sólo aparece cuando la situación es entendida como si el poderdante actuara a través del apoderado. Si se rechaza esa atribución como ficticia, no correspondería hablar de representación, sino de un negocio jurídico, en especial, del negocio jurídico consistente en contratar en beneficio, o a cargo, de un tercero. El negocio jurídico en favor de un tercero es un negocio jurídico mediante el cual se producen obligaciones y derechos de un tercero distinto del individuo que intervino en el negocio mismo; en donde ese tercero tiene que ser capaz de hecho para poder ser sujeto de esas obligaciones y derechos. No hay ocasión aquí, pues, para una atribución, a diferencia del caso de la representación legal, donde

se produce la atribución ficticia al incapaz de hecho, para hacer aparecer a éste, pese a su incapacidad de hecho, como capaz de derecho.

### 32. *Relación jurídica*

En estrecha relación con los conceptos de obligación jurídica y de derecho subjetivo se encuentra, según la concepción tradicional, el concepto de relación jurídica. Es definida como la relación entre sujetos de derecho: es decir, entre el sujeto de una obligación jurídica y el sujeto del derecho subjetivo correspondiente, o bien —lo que no es lo mismo— como la relación entre una obligación jurídica y el derecho subjetivo correspondiente (donde las palabras “obligación” y “derecho subjetivo” han de ser entendidas en el sentido que les da la teoría tradicional). Que obligación y derecho subjetivo se correspondan significa que el derecho subjetivo es el reflejo de la obligación, que la relación entre dos individuos aparece en tanto uno está obligado a una determinada conducta frente al otro. Se trata, en ambos casos, de una relación constituida por el orden jurídico. Si es pensada como una relación entre individuos, la definición tradicional es demasiado estrecha. Puesto que el orden jurídico establece relaciones no sólo entre sujetos de derecho (en el sentido tradicional de la palabra), es decir, entre un individuo obligado a una conducta determinada, y el individuo en cuyo respecto esa obligación se da, sino también entre un individuo facultado a la producción de una norma, y el individuo facultado a aplicarla, así como entre un individuo facultado a producir o aplicar una norma, y el individuo que con esa norma queda obligado o adquiere un derecho. Tales relaciones jurídicas aparecen, por ejemplo, entre los individuos facultados a producir normas generales y los facultados a aplicarlas, como es el caso de la relación entre el órgano legislativo y los tribunales o los organismos administrativos; pero también se da entre éstos y los sujetos obligados, o titulares de derecho conforme a las normas jurídicas que aquéllos producen y aplican; y también, por fin, entre los individuos facultados a llevar a cabo los actos coactivos y los individuos contra los cuales se dirigen esos actos coactivos. Cuando la ciencia del derecho tradicional distingue entre relaciones de derecho privado y de derecho público, viendo la diferencia entre ambas en que la una establece una relación entre individuos coordinados, mientras que la otra la establece entre subordinados y superiores (como la que se da entre los súbditos y el Estado), lo que evidentemente advierte como distinción es que en un caso se trata de la relación entre el sujeto de una obligación jurídica y el sujeto del correspondiente derecho subjetivo, mientras que en el otro caso se trata de la relación entre un individuo facultado a producir o aplicar una norma jurídica y el individuo obligado por la norma producida o facultado por ella. Cuando los individuos facultados para producir o aplicar normas jurídicas están jurídicamente obligados al ejercicio de esa

facultad, constituyendo así también sujetos de derecho (en el sentido tradicional), cosa que no siempre es necesaria y que nunca se presenta en el caso de los órganos legislativos, las relaciones entre esos individuos y los individuos obligados o facultados por las normas que ellos producen o aplican, constituyen también relaciones entre sujetos de derecho; pero, en primer término, son relación entre sujetos obligados, a saber: los sujetos de la obligación de producir o aplicar normas jurídicas y los sujetos de las obligaciones estatuidas por esas normas; y sólo en segundo término, relaciones entre los sujetos obligados a producir o aplicar normas jurídicas y los sujetos de los derechos subjetivos estatuidos por esas normas. Estos derechos subjetivos no son reflejos de esas obligaciones, es decir, de las obligaciones del órgano de producir o aplicar normas jurídicas, sino reflejos de las obligaciones que son establecidas mediante esas normas. Tampoco cabe hablar, en ese caso, de una relación de subordinación y superioridad, dado que los individuos que producen o aplican normas jurídicas, en tanto sujetos obligados a hacerlo, se encuentran al mismo nivel que los sujetos obligados o facultados por esas normas. Ello sucede especialmente cuando se trata de la relación en que —según la forma usual de exponerlo— el Estado, como sujeto de un negocio jurídico, sea como comprador o vendedor, se enfrenta a una persona privada; cuando el acto jurídico de uno de los dos individuos que actúan en el negocio jurídico, así como la obligación o el derecho reflejo producido por ese negocio jurídico, es atribuido, por cualquier fundamento, al Estado como persona jurídica. Sólo en el ejercicio de un poder jurídico, esto es, en la producción o aplicación de normas, puede verse a ciertos individuos como subordinados a otros, cuando quedan obligados, o son facultados, por las normas que los otros producen o aplican. Sólo “supraordinadas” a los individuos obligados o facultados por las normas jurídicas, son las normas mismas que estatuyen esos deberes y derechos, y no los individuos que producen o aplican las normas, puesto que éstos se encuentran subordinados al orden jurídico mismo, en cuanto deben acatar las normas jurídicas que los facultan a desempeñar su función. Cabe advertir que cuando se representa a los individuos como “subordinados” a las normas del orden jurídico, y las normas de ese orden como “supraordinadas”, se recurre a una metáfora espacial con la cual no se expresa sino que las normas del orden jurídico ordenan, facultan o permiten positivamente la conducta de individuos; que las normas del orden jurídico tienen como contenidos la conducta de individuos. Si se acepta literalmente la metáfora espacial, parecería darse una relación entre el orden jurídico y los individuos cuya conducta las normas del orden jurídico determina. Pero entre una norma y la conducta humana que configura su contenido no puede darse relación alguna, dado que la norma constituye con su contenido una unidad inescindible.

Desde el punto de vista de un conocimiento orientado al derecho, es decir, a las normas jurídicas, sólo son consideradas relaciones entre normas jurídicas

producidas o aplicadas por individuos, o relaciones entre hechos determinados por normas jurídicas, pero no relaciones entre individuos. Entre las relaciones consideradas la conducta humana constituye sólo un caso especial, aunque particularmente significativo, puesto que no son los individuos, sino sus acciones u omisiones; no los hombres, sino determinadas conductas humanas, y no sólo éstas, sino también otros hechos (pero únicamente en su unión con una conducta humana), lo que configura el contenido de las normas jurídicas. Esta tesis se expresa, hasta cierto punto, en la definición de la relación jurídica —no como relación entre sujeto obligado y sujeto de derecho, sino como una relación entre una obligación jurídica y su derecho subjetivo reflejo correspondiente. Sólo que justamente aquí no tenemos ninguna *relación* jurídica, como una relación entre dos fenómenos distintos, jurídicamente relevantes. Puesto que, como ya se expuso en otro contexto, la circunstancia de hecho jurídicamente relevante queda exhaustivamente descrita con la exposición de la conducta obligatoria como contrapartida de aquella conducta que es condición de la sanción, y el enunciado de que alguien tenga un derecho (reflejo) a que alguien se comporte en su respecto en la forma obligatoria, no dice sino que ese otro está obligado a actuar en su respecto de determinada manera. Es decir, que el derecho reflejo del uno es idéntico a la obligación del otro de actuar frente al primero de determinada manera, siendo superfluo el concepto de derecho reflejo. El derecho reflejo no es más que la obligación jurídica vista desde el punto de vista de aquel en cuyo respecto la obligación ha de cumplirse. De ahí que no exista relación alguna entre una obligación jurídica y el derecho reflejo correspondiente.

Aparece una relación jurídica entre dos individuos —o mejor, entre conductas de dos individuos determinadas por normas jurídicas— en el caso de un derecho subjetivo en el sentido específico de la palabra. Es decir, cuando el orden jurídico confiere al individuo, en cuyo respecto otro individuo está obligado a comportarse de determinada manera, el poder jurídico de iniciar, mediante demanda, un procedimiento que lleve a que el tribunal dicte la norma individual que ordene la sanción contra el individuo que actúa contra su obligación, sanción prevista por la norma general. Tenemos, entonces, una relación jurídica entre el individuo dotado de ese poder jurídico y el individuo obligado. Esa relación no es otra cosa sino la relación entre la conducta consistente en el ejercicio del poder jurídico, la acción de demandar, y la conducta contra la cual se dirige la sanción, el delito; es decir, la relación entre dos hechos determinados por el orden jurídico como condiciones de la sanción. Se trata de la típica relación designada por la teoría tradicional, como relación de derecho privado. Pero en tanto la distinción entre relaciones jurídicas privadas y públicas reposa en la distinción existente, por un lado, entre subordinación y supraordinación, y coordinación, por el otro, tenemos que la relación entre el individuo dotado con el poder jurídico de demandar, y el individuo obligado,

al que se demanda, configura una relación jurídica de derecho público, en el mismo sentido que tiene la relación del tribunal que funciona como órgano del Estado con ese individuo. Puesto que el poder jurídico del titular del derecho de demandar consiste en su competencia para intervenir en la producción de la norma individual mediante la cual se ordenará la sanción dirigida contra el individuo que viola su obligación. Si la función del tribunal, como órgano funcional de la comunidad jurídica, es atribuida al Estado, interpretándose en consecuencia la situación como si en la actuación judicial el Estado apareciera frente al demandado como una autoridad supraordinada a éste, igualmente cabe —como se mostró anteriormente— interpretar así la función del demandante; puesto que en la atribución de una función jurídica a la comunidad de derecho no se expresa, sino que esa función está determinada por el orden jurídico constituyente de la comunidad jurídica. La relación de supra- y subordinación que, según la forma de ver tradicional, aparecería entre la comunidad jurídica (esto es, el Estado), representado por el tribunal y el demandado, también se da entre el demandante y el demandado. La relación de supra- y subordinación que aquí aparece, no es otra cosa que la supra- o subordinación que se constituye entre el orden jurídico y los individuos, cuyo comportamiento regulado no es otra cosa sino una expresión metafórica para decir que la conducta de esos individuos configura el contenido de las normas de ese orden jurídico. La autoridad que se manifiesta mediante esa formulación metafórica, es la autoridad del orden jurídico que, según sus propias disposiciones, es producido y aplicado por determinados individuos, mientras obliga y faculta a otros individuos. Cuando se representa el Estado como supraordinado al individuo, no significa ello sino que los individuos, como órganos del Estado, producen y aplican normas, que a su vez regulan la conducta de otros individuos, en especial, obligándolos a determinadas conductas. Dicho lo mismo sin metáfora espacial: el orden jurídico determina las circunstancias fácticas mediante las cuales han de producirse las normas jurídicas que enlazan sanciones, como consecuencias, a conductas humanas como condiciones.

Aparece una relación jurídica de tipo especial cuando la obligación de un individuo frente a otro, es puesta por el orden jurídico en determinada relación con la obligación del otro frente al primero, como en el caso del contrato de compraventa, donde la obligación de entrega de la cosa está ligada a la obligación de pago del precio. La relación jurídica aparece allí entre la norma que obliga al comprador, y la que obliga al vendedor; entre el comprador y el vendedor, o mejor: entre la conducta ordenada por el orden jurídico del uno, y la conducta ordenada por el orden jurídico del otro.

Paralelamente a la teoría de que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido, se adelanta la teoría de que la relación jurídica es una relación vital existente con independencia del orden jurídico, de índole sexual,

económica o política, relación que, por decir así, el orden jurídico encontraría en el material social, sufriendo sólo su determinación externa a través del orden jurídico. Pero así como el derecho subjetivo no es un interés protegido por las normas jurídicas, sino que consiste en la protección provista por esas normas, la relación jurídica no es una relación vital que fuera determinada externamente por las normas jurídicas, como si se tratara de un contenido disfrazado, por decir así, bajo una forma jurídica, sino que es esa forma misma. Es decir, la relación establecida al configurarse justamente a través de las normas jurídicas. La relación jurídica del matrimonio, por ejemplo, no constituye un complejo de relaciones sexuales y económicas entre dos individuos de sexo diferente, que recibe una forma específica a través del derecho. Sin orden jurídico no hay cosa alguna que sea algo así como matrimonio. El matrimonio, como relación jurídica, es una institución jurídica, lo que significa: un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos en su sentido técnico específico y, por lo tanto, un conjunto de normas jurídicas. Las relaciones que aquí interesan, son relaciones entre normas jurídicas, o relaciones entre ciertos hechos determinados por normas jurídicas. Para un conocimiento orientado al derecho como sistema de normas, no existe ninguna otra relación jurídica. Pero también desde el punto de vista de una consideración orientada exclusivamente a la realidad fáctica, debe aceptarse que el derecho —que aquí quiere decir: las representaciones que los hombres tienen, provocadas por un orden jurídico presupuesto como válido— puede crear relación fáctica entre los hombres, que, sin esas representaciones —como motivos de la conducta— no se habrían originado, no podrían constituirse sin él.

### 33. *Sujeto de derecho. La persona*

a) *Sujeto de derecho.* Según la teoría tradicional, sujeto de derecho es quien es sujeto de una obligación jurídica, o de un derecho subjetivo. Si por derecho subjetivo se entiende, no sólo el mero derecho reflejo —codeterminado en la obligación jurídica—, sino el poder jurídico de reclamar mediante una acción por el incumplimiento de la obligación jurídica, es decir, de participar en la producción de la sentencia judicial, o sea, de la norma individual que ordenará la ejecución de la sanción, como reacción, en razón del incumplimiento de la obligación; y si se acepta que los sujetos de un poder jurídico, esto es, de la facultad (competencia) de producir normas jurídicas o de aplicarlas, no siempre son designados como sujetos de derecho, convendría limitar el concepto de sujeto de derecho al de sujeto de una obligación jurídica, distinguiendo el concepto de sujeto obligado, del concepto de sujeto de un poder jurídico. Pero en tanto que en el lenguaje jurídico tradicional la función de producción o aplicación de normas jurídicas es atribuida a la comunidad jurídica, el con-

cepto de sujeto de un poder jurídico coincide con el de órgano de derecho.<sup>104</sup> Debe advertirse que al expresar que un individuo es sujeto de una obligación jurídica, o que tiene una obligación, no se alude sino a que una conducta determinada de ese individuo es contenido de una obligación estatuida por el orden jurídico, es decir, que la conducta contraria es convertida en condición de una sanción, y que con la expresión de que un individuo es sujeto de un poder jurídico, de una facultad o de una competencia, o de que tiene un poder jurídico, una facultad o competencia, no se dice más sino que, según el orden jurídico, actos determinados de ese individuo producen o aplican normas jurídicas, o que determinados actos de ese individuo participan en la producción o aplicación de normas jurídicas. En el conocimiento dirigido a las normas jurídicas no interesan —lo que debe subrayarse permanentemente— los individuos en cuanto tales, sino sólo determinadas acciones y omisiones de los mismos, determinadas por normas jurídicas, configurando el contenido de las mismas. Cuando se dice que un individuo, como órgano de derecho, produce derecho o lo aplica, que un individuo, como sujeto de derecho, acata o viola el derecho, sólo se expresa así, en un lenguaje personalizado, la distinción funcional que aparece entre dos tipos diferentes de conducta humana determinados por el orden jurídico. Los conceptos personalizados de “sujeto de derecho” y “órgano de derecho”,<sup>105</sup> no son conceptos necesarios para la descripción del derecho. Se trata, a la postre, de conceptos auxiliares que, como el concepto de derecho reflejo, facilitan la exposición. Su utilización es admisible sólo si se tiene conciencia de sus características. Poner claridad al respecto es la tarea emprendida por la teoría pura del derecho. Cuando ella también utiliza esos conceptos, sólo lo hace en el sentido aquí establecido.

Así como la ciencia jurídica tradicional pone en primer término, en el concepto del derecho en sentido subjetivo, al facultamiento frente a la obligación jurídica, de igual modo considera el sujeto de derecho, en primer término, como sujeto de facultades y sólo en segundo término, como sujeto de obligaciones jurídicas. El concepto de sujeto de derecho se encuentra notoriamente en estrechísima relación, en la teoría tradicional, con su concepto de derecho subjetivo como facultamiento. El concepto de un sujeto de derecho como portador de un derecho subjetivo (en el sentido de facultad) es aquí, en el fondo, no más que una modificación de ese concepto de derecho subjetivo, que, en lo esencial, ha sido recortado siguiendo el patrón del derecho de propiedad. Como en el concepto de derecho subjetivo, también en el de sujeto de derecho es determinante la representación de una entidad jurídica independiente del orden jurídico, de una subjetividad jurídica que el derecho, por

<sup>104</sup> Debe recalcar, con todo, que el uso lingüístico jurídico no es consistente, y que, en especial, el demandante, que ejerce un auténtico poder jurídico, no es designado “órgano”. Cf. *supra*, p. 158.

<sup>105</sup> Cf. *supra*, p. 155.

decir así, encuentra ya en el individuo, o en ciertos grupos, subjetividad a la que tiene sólo que reconocer, o necesariamente debe reconocer, si no quiere perder su carácter de "derecho". La oposición entre el derecho en sentido objetivo, y el derecho en sentido subjetivo, entre una objetividad jurídica y una subjetividad jurídica, constituye una contradicción lógica en la teoría, en tanto afirma simultáneamente ambas como existentes. Esa contradicción se expresa de la manera más evidente cuando se explica el sentido del derecho objetivo, como norma heterónoma, como una relación obligatoria, inclusive como coacción, mientras que la esencia de la subjetividad jurídica consistiría justamente en la negación de toda relación obligatoria; consistiría en la libertad en el sentido de autodeterminación o autonomía. Así, Puchta, por ejemplo, escribe: "El concepto fundamental del derecho es la libertad... el concepto abstracto de libertad es: posibilidad de autodeterminarse en algún respecto... El hombre es sujeto de derecho en cuanto le corresponde esa posibilidad de autodeterminarse, en cuanto tiene una voluntad."<sup>106</sup> Es decir, por ser libre.

Es cosa evidente el carácter ficticio de esta definición del concepto de subjetividad jurídica. Dado que, en la medida, en general, en que puede hablarse, en el terreno jurídico, de una autodeterminación del individuo, como sujeto de derecho, a saber, en el terreno del llamado derecho privado, y en especial tomando en cuenta el hecho del contrato como productor de derecho, como negocio jurídico, sólo encontramos una autonomía en un sentido muy limitado e impropio. Puesto que nadie puede hacerse a sí mismo de derechos, dado que el derecho del uno sólo aparece presuponiendo la obligación del otro, y tal relación jurídica, según el orden jurídico objetivo, por lo común sólo puede constituirse, en el campo del derecho privado, a través de las declaraciones coincidentes de voluntad de dos individuos. Y ello solamente en tanto el contrato es establecido, por el derecho objetivo, como hecho productor de derecho; de suerte que la determinación jurídica proviene finalmente de ese derecho objetivo, y no del sujeto de derecho sometido a él, no pudiendo decirse que en el derecho privado se dé una plena autonomía.

Es fácil ver la función ideológica de toda esta definición conceptual, plena de contradicciones, del sujeto de derecho como portador del derecho subjetivo.

<sup>106</sup> G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 10ª ed., 1878, t. 1, pp. 4-6. La contradicción, consistente en considerar a la libertad como concepto fundamental del derecho, que, según Puchta, es, según dice en el prólogo (*op. cit.*, p. 8), también norma, y, por ende, relación obligatoria, se hace más aguda en cuanto esta teoría del derecho por libertad no entiende únicamente la autodeterminación empírica, sino, por sobre todo, la libertad metafísica de la voluntad, la libre voluntad humana fundada en su semejanza con la divinidad; pero al mismo tiempo representa esa voluntad humana como sometida a la voluntad divina. Así, dice Puchta (*op. cit.*, p. 1: "El hombre es semejante a dios por su libertad..."; aunque en la p. 6 afirma: "La libertad no ha sido dada al hombre para que sea su voluntad misma su finalidad y su patrón..."; "El hombre tiene la libertad para llevar a cabo, mediante su libre determinación, la voluntad de dios... En la obediencia a dios encontramos la verdadera libertad."

Se trata de mantener la idea de que la existencia del sujeto de derecho, como portador del derecho subjetivo —es decir, como titular de propiedad privada— es una categoría trascendente frente al derecho objetivo, al derecho positivo creado y modificable por los hombres; la idea de una institución que pondría a la configuración del contenido del orden jurídico un límite insuperable. El concepto de un sujeto de derecho, frente al derecho objetivo, como portador del derecho subjetivo se hace así más importante, cuando el orden jurídico, que garantiza la institución de la propiedad privada, es reconocido como un orden mudable, siempre cambiante, creado por el arbitrio humano, y no como un orden fundado en la eterna voluntad de dios, en la razón o en la naturaleza; sobre todo, cuando la producción de ese orden se cumple a través de una experiencia democrática. La idea de un sujeto de derecho, independiente en su existencia del derecho objetivo, como portador de un derecho subjetivo que quizás no sea menos, sino más “derecho” que el derecho objetivo mismo, serviría para proteger la institución de la propiedad privada de su eliminación por el orden jurídico. No es difícil de entender por qué la ideología de la subjetividad jurídica se liga al valor ético de la libertad individual, al valor ético de la personalidad autónoma, cuando en esa libertad se incluye siempre la propiedad.<sup>107</sup> El orden que no reconoce al hombre como personalidad libre

<sup>107</sup> Muy característica, en este respecto, es la filosofía jurídica de Hegel (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, obras completas editadas por Georg Lasson, t. VI, *Philosophischen Bibliothek*, t. 24, Leipzig, 1921). La esencia de la personalidad se encuentra en la libre voluntad. “La universalidad de esta voluntad libre para sí es la relación formal autoconsciente y simple, aunque carente de contenido, a su propia particularidad —en esa medida, el sujeto es *persona*. En la personalidad encontramos que yo me sé... como el infinito, el universal y el libre” (párrafo 35). “La persona tiene que dar a su libertad una esfera externa, para poder ser como idea” (párrafo 41). Esta esfera externa de la libertad es la propiedad. “La voluntad libre tiene por de pronto, para no permanecer como una voluntad abstracta, que darse existencia, y el primer material sensible de esa existencia son las cosas, es decir, las cosas externas. La primera modalidad de la existencia es la que debemos admitir como *propiedad*, la esfera del derecho formal y abstracto... La libertad que aquí tenemos es lo que denominamos persona, esto es, el sujeto que es para sí mismo libre, y que se da existencia en las cosas” (agregado al párrafo 33). “En relación con las cosas externas, lo *razonable*, es que yo posea propiedad” (párrafo 49). “Recién con la propiedad la persona aparece como razón” (agregado al párrafo 41). “La persona, que se autodistingue, actúa con respecto de otra persona, y sólo tienen recíprocamente existencia como propietarios” (párrafo 40). De todo ello se sigue “que sólo la *personalidad* da derecho sobre las cosas, y que de ahí el derecho personal sea esencialmente derecho real (de cosas)” (párrafo 40). Además, se sigue “la necesidad de la propiedad privada” (agregado al párrafo 46) y el rechazo del comunismo como contrario a la naturaleza del derecho, como delito. Puesto que con la propiedad mi voluntad personal se me hace objetiva, como voluntad particular, esa propiedad contiene el carácter de una propiedad privada... La idea platónica del Estado contiene como principio general un delito contra la persona, al caracterizarla como incapaz de propiedad privada. La representación de una hermandad piadosa, o amistosa, libremente lograda, entre los hombres, con *comunidad de los bienes* y prohibición del principio de la propiedad privada, puede imaginarse fácilmente por quien desconoce la naturaleza de la libertad del espíritu y del derecho, y no lo concibe en sus momentos específicos” (párrafo 46). Son notorias las tendencias políticas de esta teoría de la persona.

en este sentido, es decir, el orden que no garantiza el derecho subjetivo de propiedad, sería un orden que en ningún caso debería ser considerado como orden jurídico.

b) *La persona como persona física.* La teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de derecho con el de persona. Define: persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones. Pero como no sólo los hombres, sino también otros entes —como ciertos grupos: asociaciones, sociedades anónimas por acciones, municipios y Estados— pueden ser representados como personas, se define el concepto de persona como el de “portador” de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, donde portador puede ser no sólo el hombre, sino también esos otros entes. El concepto de un “portador” de derechos y obligaciones jurídicas desempeña un papel decisivo en la teoría tradicional de la personalidad jurídica. Si el hombre es el portador de los derechos y obligaciones que interesan, se habla de una persona física; si son esos otros entes los portadores de los derechos y obligaciones jurídicas en cuestión, se habla de personas jurídicas. Se contraponen así la persona física, como una persona “natural”, a la persona jurídica, que sería una personalidad “artificial”, construida por la ciencia del derecho, como no “real”. Por cierto que existen tentativas de demostrar que la persona jurídica también es “real”. Pero esas tentativas son tanto más inútiles cuando un análisis más minucioso demuestra que también la llamada persona física es una construcción artificial de la ciencia del derecho; que la persona física sólo es una persona “jurídica”.

Si, en el caso de la persona jurídica, los derechos y obligaciones jurídicos tienen que ser “sustentados” por algo que no es un hombre, en el caso de la llamada persona física también aquello que “sustenta” los derechos y obligaciones, y que es común a la persona física y a la jurídica, en cuanto ambas son personas como “portadoras” de derechos y obligaciones, tiene que ser algo distinto del hombre, que en el caso analizado aparece como portador, algo que el hombre tiene en igual medida que los grupos considerados personas jurídicas. Se dice también, por cierto, que el hombre tiene personalidad, que el orden jurídico otorga personalidad al ser humano, y no necesariamente a todos los seres humanos. Los esclavos no son personas, carecen de personalidad jurídica. La teoría tradicional no niega que “persona” y “ser humano” son dos conceptos distintos, aun cuando cree poder afirmar también que, en los derechos modernos, a diferencia de los antiguos, todos los hombres son personas, o tienen personalidad jurídica.

¿En qué consiste la situación objetiva que la teoría tradicional caracteriza diciendo que el orden jurídico confiere al hombre, o a ciertos hombres, personalidad jurídica, la calidad de persona? En no otra cosa sino en que el orden jurídico impone obligaciones y otorga derechos a los hombres. “Ser persona”, o “tener personalidad jurídica” es idéntico a tener obligaciones jurídicas y

derechos subjetivos. La persona, como “portador” de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, no es, por cierto, algo distinto de esas obligaciones y derechos, como cuyo portador es representado. Así como el árbol, del cual en un lenguaje sustantivista, que es expresión de un pensamiento sustancializante, se dice que tiene tronco, ramas, hojas y flores, no constituye una sustancia diferente de ese tronco, ramas, hojas y flores, sino que es su concepto comprensivo, la unidad de esos elementos. La persona física o jurídica que “tiene”, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es esas obligaciones y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad.

Si se investiga especialmente la situación objetiva representada en la teoría tradicional como “los derechos y obligaciones de una persona jurídica”, y si se entiende por “derecho” un derecho subjetivo en el específico sentido técnico de la palabra, es decir, el poder jurídico o competencia que se ejerce a través de una acción judicial, resulta que esos derechos y obligaciones tienen como contenido conducta humana al par que en el caso de una persona física, y que en este sentido, y sólo en éste, son derechos y obligaciones de hombres. Sólo mediante conducta humana puede ejercerse un derecho, cumplirse una obligación o violársela. De ahí que no pueda ser la referencia a un hombre la característica distintiva entre la persona física o natural y la persona jurídica o artificial. De ahí que no pueda definirse tampoco la denominada persona física, en oposición a la jurídica, como un hombre calificado de alguna suerte, a saber, mediante el tener derechos y obligaciones. Semejante definición tiene que ser dejada a un lado, de igual modo que la definición del derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. Así como el derecho subjetivo no es un interés protegido por el derecho, sino la protección jurídica de un interés, la persona física no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre. Esta unidad recibe expresión también en el concepto de sujeto de derecho que la teoría tradicional identifica con la persona jurídica. Que el hombre sea sujeto de derecho, es decir, que sea sujeto de derechos y obligaciones, significa, como en lo que antecede se ha subrayado con énfasis, que la conducta humana es contenido de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos; es decir, que significa lo mismo decir que un hombre es persona, o que tiene personalidad jurídica. Lo que se presenta efectivamente en ambos casos —tanto en la persona física, como en la jurídica— es conducta humana como contenido de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que configuran una unidad. Persona jurídica es la unidad de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos. Puesto que esas obligaciones jurídicas y esos derechos subjetivos son estatuidos por normas jurídicas —o más correctamente:

puesto que esas obligaciones y derecho son normas jurídicas—, el problema de la persona consiste, a la postre, en el problema de la unidad de un conjunto de normas. La cuestión consiste en establecer cuál sea, en uno y otro caso, el factor que establece esa unidad.

La unidad de las obligaciones y derechos subjetivos, es decir, la unidad de las normas jurídicas que aquí interesan, que constituye una persona física, está dada en cuanto el contenido de esas obligaciones y derechos es la conducta de uno y el mismo hombre; es la conducta de uno y el mismo hombre la determinada por esas normas jurídicas. La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y el mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho; de un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido, la denominada persona física es una persona jurídica.

c) *La persona jurídica (asociaciones)*. La esencia de la persona jurídica, que la jurisprudencia tradicional contraponen a la llamada persona física, puede mostrarse de la manera más intuitiva con un análisis del caso típico de tal persona jurídica: la sociedad dotada de personalidad jurídica. Tal sociedad es definida, por lo común, como una asociación de hombres a la cual el orden jurídico impone obligaciones y otorga derechos, que no pueden ser considerados obligaciones o derechos de los hombres que constituyen, como miembros, la asociación; de los hombres que pertenecen a esa asociación. Justamente porque esas obligaciones y derechos de alguna manera, por cierto, afectan los intereses de los hombres que constituyen el grupo, pero no son, según sostiene la teoría tradicional, obligaciones o derechos de ellos, se les interpreta como de la asociación, y ésta es concebida como una persona.

Las relaciones jurídicas de una persona jurídica son expuestas, poniendo por caso, en la siguiente forma. Se dice, por ejemplo, que una sociedad alquila una casa, o compra un inmueble. El derecho de usar la casa, es decir, de excluir de ese uso a los no miembros del grupo; la propiedad del inmueble, es decir, el derecho de explotar el fundo y excluir de esa utilización a los no miembros del grupo, es derecho de la asociación, pero no derecho de los miembros. Si ese derecho fuera lesionado, es la asociación, pero ningún miembro aislado, el que debe iniciar la acción ante el tribunal correspondiente; y la suma que sirve para reparar el daño provocado por la lesión, obtenida por vía de una ejecución forzosa civil, entra en el patrimonio de la asociación, y no en el patrimonio de los miembros particulares. La obligación de pagar el alquiler al locador de la casa, el precio al vendedor del fundo inmobiliario, o el impuesto inmobiliario al municipio, es obligación del grupo, pero no obligación, de sus miembros, puesto que en caso de no cumplirse con esa obligación, es decir, de incurrir la asociación en delito, la demanda del locador, o

del vendedor, el proceso penal del funcionario fiscal no se dirige contra los miembros, sino contra la asociación en cuanto tal; y la ejecución coactiva no se cumple sobre los patrimonios de los miembros, sino sobre el patrimonio de la asociación. Hay casos, por cierto, en que el patrimonio societario no alcanza, pudiendo entonces dirigirse la ejecución forzosa sobre el patrimonio de los miembros, es decir, casos en que la responsabilidad por el delito no queda limitada al patrimonio del grupo, sino en que también los miembros responden con sus patrimonios del delito. Pero el caso de la responsabilidad limitada de la asociación es justamente aquel en que pareciera estar muy próxima la admisión de una personalidad jurídica del grupo.

En la exposición de las relaciones jurídicas de un grupo, como personalidad jurídica, aparecen dos tipos diferentes de enunciados. Por un lado la afirmación de que el grupo, como persona actuante, efectúa ciertos actos, en especial actos jurídicos, lleva a cabo un negocio jurídico, por ejemplo, celebrando un contrato, presenta una demanda, cumple una obligación jurídica, o lesiona con su comportamiento una obligación jurídica, es decir, incurre en un delito. Así como que es sujeto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos, en cuanto el orden jurídico le impone obligaciones y le confiere derechos subjetivos. Con un enunciado del primer tipo, que se refiere al grupo como una persona activa, siempre se describe la conducta de un hombre determinado, mediante la cual la persona jurídica actúa. Se trata siempre de la acción u omisión de un hombre determinado que es interpretada como la acción u omisión del grupo, referida a la persona jurídica y atribuida a ella. El hombre, a través del cual el grupo actúa como persona jurídica, y cuyo comportamiento es atribuido al grupo, es designado como órgano de la asociación. El problema de la asociación, como persona activa, es el problema, ya tratado aquí, del órgano comunitario, es decir, el problema de la atribución de la función desempeñada por determinado individuo a la comunidad. Referido este problema a la persona jurídica de la asociación, la cuestión radica en establecer bajo qué condiciones se interpretará la conducta de un hombre como conducta de un grupo como persona jurídica; bajo qué condiciones se podrá referir esa conducta y atribuírsela a la persona jurídica;<sup>108</sup> bajo qué condiciones un hombre, en su carácter de órgano de una asociación, ejecuta u omite determinada acción. Estrechamente relacionado con ello se encuentra el problema de la asociación como sujeto de obligaciones y de derechos subjetivos. Dado que las obligaciones y los derechos subjetivos sólo pueden tener por contenido conducta humana, el orden jurídico sólo puede imponer obligaciones o conceder derechos a seres humanos. Con la afirmación de que la asociación, como persona jurídica, es sujeto de obligaciones y derechos, se describen obligaciones y derechos que siempre son obligaciones y derechos de determinados hombres,

<sup>108</sup> Cf. *supra*, pp. 154 y ss.

en la medida justamente en que la conducta de esos hombres configura el contenido de los mismos, siendo interpretados, sin embargo, como obligaciones o derechos de la persona jurídica, refiriéndoselos a ella y atribuyéndoselos. De ahí que aparezca desde el principio excluido suponer —pese a que así lo hace la teoría tradicional de las sociedades como personas jurídicas— que las obligaciones y derechos de las personas jurídicas no son, o no son de consuno, obligaciones y derechos de seres humanos, es decir, en el sentido de la teoría tradicional: obligaciones y derechos de personas físicas.

d) *La persona jurídica como sujeto activo*. Cuando dos o varios individuos pretenden llevar adelante, por cualquier razón, ciertos objetivos económicos, políticos, religiosos, humanitarios u otros, dentro del dominio de validez de un orden jurídico estatal, constituyen una asociación, en tanto someten, conforme a ese orden jurídico estatal, su comportamiento cooperativo dirigido a la realización de esos objetivos a un orden normativo particular que regula ese comportamiento y constituye así la asociación. La cooperación de los individuos que integran la asociación, orientada a la realización de los objetivos societarios, puede expresarse a través de una organización que funcione con división del trabajo. Entonces la asociación constituye una sociedad, en cuanto así se designa una agrupación organizada, es decir, una agrupación constituida por un orden normativo que estatuye las funciones que deben ser desempeñadas por los individuos que son designados para las mismas de la manera determinada en los estatutos. Es decir, un orden normativo que establece órganos de ese tipo que funcionan con base en una división del trabajo.<sup>109</sup> El orden normativo constitutivo de la asociación es su estatuto, que adquiere validez mediante un acto jurídico (negocio jurídico) determinado por el orden jurídico estatal. Si se considera solamente el derecho estatal, y no el derecho internacional, el estatuto de una asociación constituye un orden jurídico parcial, a diferencia del orden jurídico estatal que constituiría el orden jurídico total.

El estatuto regula el comportamiento de un conjunto de hombres que, en tanto encuentran regulada su conducta por el estatuto, se convierten en miembros de la asociación, perteneciendo a ella, configurándola. Se trata de expresiones metafóricas que no dicen más sino que ciertas conductas de esos hombres están reguladas por un orden jurídico parcial. Como ya se subrayó en páginas anteriores, esos hombres no pertenecen en cuanto tales a la comunidad constituida por el estatuto, y designada como una asociación, sino sólo con las acciones y omisiones determinadas por el estatuto. Sólo cabe atribuir a la agrupación la acción u omisión determinadas en el estatuto. Puesto que en la atribución de un acto de conducta humana a la agrupación, no se expresa otra cosa sino la referencia de ese acto al orden normativo que lo determina

<sup>109</sup> Cf. *supra*, pp. 157 y ss.

y que constituye la comunidad que mediante esa atribución es personificada. De ahí que toda conducta determinada por un orden normativo, atribuida mediante ese orden a la agrupación organizada, todo orden normativo que regule el comportamiento de un conjunto de personas —inclusive aquellos que no establecen órganos que funcionan con base en una división del trabajo—, pueden ser personificados, representándolos como una persona activa, de suerte que todo “miembro” de una agrupación constituida a través de un orden normativo, pueda ser considerado como “órgano” de la misma. Pero como en los usos lingüísticos sólo son designados “órganos” aquellos individuos que, mediante una división del trabajo y nombrados al efecto, desempeñan funciones atribuidas a la agrupación, siendo, por lo tanto, sólo “órganos” esos individuos que los estatutos determinan, cabe diferenciar entre los “órganos” y los “miembros” de una asociación. Debe advertirse al hacerlo, que los órganos societarios no sólo pueden desempeñar, conforme al estatuto, funciones jurídicas —como modificar los estatutos, iniciar juicios, querellar penalmente, celebrar negocios jurídicos—, sino también otras funciones correspondientes a los objetivos que la agrupación en cada caso tenga. Si se atribuyen esas funciones a la agrupación, se la representa como una persona activa, diciéndose que es la agrupación la que actúa, aunque sólo sea un hombre que el estatuto determina como órgano quien realiza un acto también determinado estatutariamente. Se recurre así, como ya se expuso en el análisis de los problemas generales relativos a la organicidad, a una metáfora antropomórfica que implica una ficción del mismo tipo que la atribución de los actos jurídicos del representante legal al individuo representado incapaz de hecho. La desinterpretación de la metáfora antropomórfica, como si se tratara de un ente real, como una suerte de superhombre, o de un organismo, es una hipóstasis inadmisibles de un recurso intelectual o concepto auxiliar que ha sido construido con el fin de simplificar y hacer más intuitiva la exposición de una situación jurídica complicada. Semejante hipóstasis no sólo tiene como consecuencia un oscurecimiento de la situación que se describe, sino que conduce a problemas ficticios, en cuya solución la ciencia se afana inútilmente. Esos problemas ficticios desempeñan un papel especialmente desgraciado cuando el objeto de la hipóstasis es la persona jurídica del Estado, surgiendo entonces la pregunta acerca de la relación en que esa realidad se encontraría con el derecho, son “su” derecho. Hablaremos del asunto más adelante.<sup>110</sup>

e) *La persona jurídica como sujeto de obligaciones y derechos.* Pero no sólo se utiliza esa metáfora para representar a la agrupación como una persona activa, sino también cuando se la considera como sujeto de obligaciones y derechos, donde con “derecho”, conforme a los usos tradicionales del lenguaje, no se entiende únicamente un derecho subjetivo en el sentido técnico de la

<sup>110</sup> Cf. *infra*, pp. 289 y ss.

palabra, esto es, un poder jurídico, sino también una permisión positiva. Estas obligaciones y derechos de la agrupación son, en parte, los estatuidos por el orden jurídico estatal, y en parte los estatuidos por el estatuto social, fundándose en una autorización otorgada por el orden jurídico estatal. Los primeros son obligaciones y derechos externos de la asociación, los segundos, internos. Pero el estatuto puede también normar obligaciones y derechos de los miembros que no serán interpretados como propios de la asociación, ni le serán atribuidos. Externa, por ejemplo, es la obligación de una asociación de pagar determinado impuesto, o el derecho de celebrar negocios jurídicos, o de reclamar mediante una acción por el incumplimiento de obligaciones asumidas en su respecto, o el derecho a participar en una elección política, o de dedicarse a ciertas actividades industriales. Interna, por ejemplo, es la obligación de la asociación de distribuir entre sus miembros las ganancias, el derecho de obtener de sus miembros, como socios, determinada contribución. El derecho correspondiente, el de obtener una participación en las ganancias, y la obligación correspondiente, la de efectuar una contribución como socio, son considerados, con todo, derecho y obligación de los miembros, no de la asociación. En lo que hace a la cuestión de la esencia de la agrupación como persona jurídica sólo se consideran las obligaciones y derechos que pueden ser interpretados como propios de la asociación.

Obligaciones y derechos tienen siempre, como ya se subrayó, como contenido la conducta de determinados hombres. Cuando el orden jurídico estatal impone obligaciones o estatuye derechos, que serán entendidos como propios de la asociación; cuando se habla de las obligaciones y derechos de una asociación, sólo puede tratarse de obligaciones cuyo cumplimiento o violación, y de derechos cuyo ejercicio se efectúa a través del comportamiento de individuos pertenecientes a la asociación. Y cuando se atribuyen a ella esas obligaciones y derechos, son esos individuos, en su calidad de órganos de la misma, los que deben cumplir o violar las obligaciones en cuestión, o ejercer los derechos referidos. De ahí que sea el orden jurídico estatal, cuando —como suele decirse— impone obligaciones a una sociedad, o le otorga derechos, el que determina únicamente el elemento material de la conducta que es contenido de la obligación o del derecho, dejando la determinación del elemento personal, es decir, del hombre que cumplirá la obligación o ejercerá el derecho, al estatuto, de suerte que la relación entre el orden jurídico estatal y la persona jurídica que él obliga o faculta, es la relación entre dos órdenes jurídicos: uno total y otro parcial. De esa manera se diferencia la manera en que el orden jurídico estatal —hablando con la terminología tradicional—, obliga o faculta a una asociación, como persona jurídica, de la manera en que ese mismo orden jurídico estatal obliga o faculta a una persona física. En el último caso, el orden jurídico estatal determina inmediatamente no sólo el elemento material,

sino también el elemento personal de la conducta, que constituye el contenido de la obligación o del derecho.

En el caso de las obligaciones y derechos internos de la agrupación, el estatuto determina tanto el elemento material como el personal de las conductas que configuran el contenido de la obligación o del derecho. Las obligaciones internas pueden ser estatuidas de tal modo que el estatuto prescriba una conducta a cuyo opuesta el orden jurídico estatal enlace una sanción. Las obligaciones internas de la asociación pueden ser estatuidas de tal suerte que el estatuto especifique obligaciones de los miembros, cuyo cumplimiento pueda ser reclamado, conforme al orden jurídico estatal, mediante una acción que un individuo determinado por el estatuto, deba incoar en su calidad de órgano de la asociación.

α) *Obligaciones de la persona jurídica.* En lo anterior se supuso que el orden jurídico estatuye una obligación con respecto de determinada conducta, que ordena una determinada conducta, cuando la conducta contraria, que es comportamiento de un individuo humano, es convertida en condición de una sanción; y que un individuo está jurídicamente obligado a determinada conducta, siendo sujeto de la obligación, cuando la conducta obligada de ese individuo es condición de una sanción que ha de dirigirse, como consecuencia de esa conducta, contra el mismo u otro individuo. La conducta constitutiva de la condición de la sanción, la conducta prohibida, es lo ilícito (el delito), siendo la sanción la consecuencia de la ilicitud. Por ende, el sujeto de la obligación jurídica es aquel individuo que, con su conducta, puede suscitar o evitar la sanción, es decir, incurrir en el delito, u omitirlo: el delincuente potencial. Si se acepta este concepto de obligación jurídica, sólo puede considerarse a un individuo capaz de obligarse, si es capaz de delinquir.<sup>111</sup>

La situación que se presenta cuando el orden jurídico estatuye una obligación que, en cuanto tal, es atribuida a una asociación como persona jurídica, consiste en que el orden jurídico determina una conducta, a cuya conducta contraria enlaza una sanción, dejando la determinación del individuo que mediante su comportamiento puede evitar o suscitar la sanción, al estatuto societario, determinando la sanción de tal manera que la misma no sea interpretada como dirigida contra ese individuo, sino contra la asociación. Es decir, la responsabilidad del incumplimiento de la obligación, el sufrir el mal en que la sanción consiste, puede ser atribuida a la asociación. Más adelante se investigará en qué reposa esa atribución; aquí quede establecido, por de pronto, que la obligación —sin el auxilio de la ficción de una atribución— es obligación del individuo que mediante su conducta puede cumplir o violar la obligación, pero que el incumplimiento de la obligación no hace responsable a ese individuo, sino que responsabiliza a otro individuo, u otros individuos, sea personal

<sup>111</sup> Cf. pp. 162, 165.

o patrimonialmente. En tanto el estatuto determina el individuo que puede cumplir o violar la obligación con su conducta; en tanto sólo a este individuo, y únicamente a él, faculta para realizar esa conducta, y ello significa, en el sentido más amplio de la palabra: lo autoniza, determina también indirectamente esa conducta. De ahí que pueda referirse esa conducta, que cumple o viola la obligación, de un determinado individuo y, por ende, también la obligación cumplida o violada, ser referida al estatuto, esto es: al orden normativo parcial constitutivo de la asociación. Ésta es la situación que se presenta cuando se atribuye la obligación a la asociación como persona jurídica, cuando la asociación es vista como sujeto obligado, y el individuo que efectivamente la cumple y la viola, como órgano de la misma. Con esta atribución ficticia la persona jurídica es considerada como capaz de obligarse y como capaz de delinquir.

El problema de la capacidad de obligarse, así como el problema, tan manido y estrechamente ligado al primero, de la capacidad delictiva de las asociaciones como personas jurídicas, son problemas —y ello debe subrayarse de la manera más enfática— de atribución, siendo la atribución —como ya se señaló anteriormente— una operación intelectual que puede llevarse a cabo, pero que no es necesario efectuar, puesto que la situación que aparece cuestionada puede ser descrita también sin el recurso auxiliar de esa operación intelectual, que en todos los casos y, especialmente, en el caso de la atribución de un delito a la asociación, involucra una ficción. Puesto que el delito es un acto de conducta humana y, por consiguiente, siempre es efectuado por un hombre determinado. De hecho, la operación de la atribución, de una conducta humana determinada por un orden normativo, a la comunidad constituida por ese mismo orden, no se cumple, como los usos del lenguaje lo muestran, de una manera muy consistente, dado que no siempre se adoptan los mismos criterios. Puesto que en esa operación —como ya se indicará— sólo se expresa que una conducta humana se encuentra determinada, como condición o consecuencia, por el orden normativo constitutivo de la asociación, es posible avanzar más o menos en la atribución a la comunidad constituida por el orden, de la conducta determinada por el mismo. Si por “órgano” de la asociación sólo se considera el individuo que actúa de manera específica con base en cierta división del trabajo, en tanto se encuentra facultado,<sup>112</sup> en el sentido estricto de la palabra, para una conducta determinada por el orden constitutivo de la asociación, se admitirá que ese individuo no actúa como órgano de la comunidad y, que por tanto, no corresponde atribuir a ésta su comportamiento cuando esa conducta no se encuentre autorizada, en ese sentido estricto, por el orden normativo constitutivo de la comunidad. Si se acepta que el estatuto social sólo faculta a sus órganos a cumplir, y no a violar, las obligaciones estatuidas por el orden

<sup>112</sup> Cf. *supra*, p. 156.

jurídico estatal, y, fundándose en ese orden estatal, sólo puede facultar para el cumplimiento, pero no para la violación de esas obligaciones, resultará que la asociación no tiene capacidad delictiva. Pero como nada impide atribuir a la asociación el cumplimiento de la obligación a que el órgano es estatutariamente facultado, es posible considerarla sujeto de una obligación que puede cumplir, pero que no puede violar, considerándosela en un sentido limitativo, como capaz de obligarse sin que aparezca como capaz de delinquir. El reproche de que tal cosa es inaceptable, habida cuenta del concepto aquí desarrollado, de obligación jurídica, según el cual sólo es capaz de obligarse quien es capaz de delinquir, carece de objeto puesto que la situación efectiva, descrita sin recurrir a la operación ficticia de atribución, muestra que sólo el individuo, y no la asociación, puede estar jurídicamente obligado y ser capaz de obligarse, y que es su conducta la que puede cumplir o violar la obligación. De que, en el primer caso, considerándosele órgano de la asociación, se atribuya su conducta a la misma, no se sigue necesariamente, de que también deba considerársele en igual forma en el segundo caso, y que su conducta tenga que ser atribuida a la asociación. Esta atribución siempre es posible, pero nunca necesaria. De hecho, con todo, la asociación es vista como capaz de delinquir, es decir, efectivamente se le atribuyen, en los usos del lenguaje, el incumplimiento de ciertas obligaciones estatuidas por el orden jurídico estatal. Se afirma que una sociedad, como persona jurídica, ha dejado de pagar un impuesto que le correspondía, incurriendo así en un delito punible; se dice que una sociedad, como persona jurídica, ha omitido pagar el alquiler de una casa por ella alquilada, ha omitido pagar el precio de una cosa por ella comprada, incurriendo así en un delito civil; es decir, se atribuye a la asociación el correspondiente delito, se considera a la asociación como autor del delito, como delincuente, pudiendo ser considerada, en consecuencia, como sujeto de las obligaciones violadas —o cumplidas— mediante esos actos delictuosos; es decir, cabe también atribuirle esas obligaciones. Pero si se atribuye a la asociación no sólo el cumplimiento de las obligaciones, sino también la violación de las mismas, debe admitirse que el individuo facultado por el estatuto para dar cumplimiento a esas obligaciones, también es órgano de la asociación cuando actúa fuera de esas facultades en sentido estricto, cuando no cumple, sino que con su conducta viola, las obligaciones impuestas a la asociación. Ello es perfectamente posible cuando se admite que mediante la atribución de una conducta humana a una asociación sólo se expresa que esa conducta de alguna manera está determinada por el estatuto constitutivo de la asociación; que la atribución a la asociación sólo expresa la referencia a los estatutos. Y que la conducta contraria a la obligación, a la cual el orden jurídico estatal enlaza una sanción, está como se mostró en lo anterior, determinada por el estatuto, en cuanto éste determina cuál sea el individuo que con su conducta pueda cumplir o violar la obligación. Cuando, por ejemplo,

el estatuto estatuye que los impuestos que el orden jurídico estatal impone a la asociación deben ser pagados por determinado órgano societario, con dinero extraído de su patrimonio, sólo ese órgano puede dejar de cumplir la obligación de pagar el impuesto; y, por ende, esa conducta, que viola la obligación de la sociedad, y que está directamente determinada por el orden jurídico estatal, está también indirectamente codeterminada por el estatuto.

Cuando una conducta prohibida por el orden jurídico estatal, un delito, no es atribuido a una asociación, ello sucede porque el estatuto que facultara, en el sentido estricto de la palabra, a tal conducta, sería, por regla general, tan nulo o anulable, conforme al orden jurídico estatal, como un contrato que obligara a una de las partes a llevar a cabo una conducta jurídicamente prohibida. Pero no es necesario que las cosas así se presenten. No es imposible que, conforme al orden jurídico estatal, tenga validez el estatuto que faculte a una conducta prohibida según aquel orden. Si el órgano social estuviera facultado, o inclusive obligado, por el estatuto, a cumplir la conducta que el orden jurídico estatal prohíbe, es decir, en este segundo caso, que el estatuto enlazara a la conducta contraria una obligación, impuesta por el orden jurídico estatal, de reparar los daños provocados por esa conducta, se presentaría la situación ya dicha<sup>118</sup> en que tanto una conducta determinada, como su contraria, son condiciones de una sanción, a saber: la primera conducta es condición de la sanción dirigida contra el órgano, y la segunda, condición de la dirigida contra la asociación.<sup>114</sup> La situación puede ser descrita en dos enunciados jurídicos que no se contradicen lógicamente. Pero la situación que así se describiera, es, desde un punto de vista político-jurídico, altamente indeseable. Para evitarla, el orden jurídico estatal puede determinar que la obligación estatutaria de llevar a cabo una conducta prohibida por el orden jurídico estatal, sea considerada inválida; es decir, nula o anulable. Si tal cosa no pasa, cabe que el delito cometido, de acuerdo con el estatuto, por el órgano social, sea atribuido a la asociación misma que el estatuto constituye, cuando la atribución queda limitada a una conducta autorizada, en sentido estricto, por el estatuto. De hecho no corresponde considerar siempre como nulas o anulables las normas de un estatuto social cuando facultan conductas anti-jurídicas. La asamblea de una sociedad anónima por acciones puede resolver, fundándose en el asesoramiento favorable de su consejero jurídico, no pagar determinado impuesto, impartiendo al órgano social correspondiente las instrucciones pertinentes. Si, en consecuencia, el impuesto no es pagado, pero la autoridad fiscal resuelve, en un proceso fiscal dirigido contra la sociedad anónima, que la falta de pago del impuesto constituye un delito, condenán-

<sup>118</sup> Cf. *supra*, pp. 26 y ss.

<sup>114</sup> Situación semejante aparece también en el caso que se considerará más adelante, en que el orden jurídico internacional prohíbe cierta conducta de los Estados, conducta que el orden jurídico estatal hace obligatoria para un órgano estatal. Cf. *infra*, pp. 330 y ss.

dose, en consecuencia, a la sociedad al pago del impuesto y a una multa, ordenándose la ejecución forzosa del patrimonio social en caso de falta de pago, acaece que la conducta ilícita del órgano social competente, autorizada por el estatuto, o en norma establecida fundándose en el estatuto, es atribuida a la sociedad, sin que se suponga que el comportamiento ilícito se hubiera producido excediendo las facultades de los órganos, que los individuos que efectivizaron esas conductas no actuaron como órganos de la asociación; es decir: que no actuaron en forma atribuible a la asociación; que el estatuto que facultó esa conducta y, en especial, la norma individual que facultó u obligó a un órgano a no pagar el impuesto era nulo.

Si la atribución de un delito cometido por un órgano o un miembro de la sociedad es condicionada a que el delito haya sido autorizado, en sentido estricto, por el orden constitutivo de la asociación, debe tomarse en cuenta entonces que la respuesta a la pregunta de si la atribución a la asociación es posible, depende de la interpretación de este orden. La cuestión puede tener actualidad en el caso del procesamiento por delitos políticos cometidos por miembros u órganos de una organización política. Aun cuando el estatuto de la organización no contenga disposición expresa alguna que faculte a cometer el delito juzgado, puede aceptarse, con todo, que el delito fue cometido de acuerdo con los estatutos, cuando el órgano o miembro de la organización actuó, al cometer el delito, en el sentido de los objetivos, no normados expresamente, pero tácitamente aceptados de la organización.

Por lo demás, la atribución de una conducta ilícita, autorizada por el estatuto, a la asociación, puede producirse en base de un estatuto sin validez. Puesto que esa operación intelectual, altamente discrecional, no tiene ningún carácter jurídicamente relevante, un estatuto que, desde el punto de vista del orden jurídico es inválido, puede servir de esquema interpretativo. Así sucede cuando se atribuye a organizaciones políticas, que pese a estar jurídicamente prohibidas, actúan sin embargo conforme a estatutos secretos que facultan a sus órganos o miembros a cometer delitos políticos, caracterizándola como organización subversiva, delictuosa.<sup>115</sup>

Si la pregunta por el "sujeto" de una obligación, considerada obligación de una asociación, tiene que ser contestada sin recurrir al auxilio de una atribución, sólo aparece —como ya se estableció— como sujeto de la obligación el individuo que mediante su conducta puede cumplir o violar la obligación, es decir, el órgano social correspondiente. Si se toma en cuenta que

<sup>115</sup> En la Carta del Tribunal Internacional, que es parte integrante del llamado Acuerdo de Londres para la persecución y castigo de los criminales importantes de guerra del Eje europeo, se dice, en el artículo 99: "Al procesar a cualquier miembro, individuo de cualquier grupo u organización, el tribunal puede declarar (en relación con cualquier acto por el cual el individuo pueda ser condenado), que el grupo u organización de la cual el individuo o hubiera miembro, es una asociación delictuosa."

las obligaciones aquí consideradas son principalmente obligaciones jurídicas patrimoniales, que han de cumplirse no sobre el patrimonio propio del órgano, sino sobre un patrimonio que, en cuanto tal, es considerado patrimonio de la asociación, y que, sin auxilio de esa atribución —como veremos— puede ser visto como un patrimonio común (colectivo) de los miembros, la obligación de la asociación puede entenderse como la obligación común (colectiva) de los miembros de la asociación: es decir, la obligación en cuestión puede ser atribuida con igual título tanto a la persona jurídica constituida por la asociación, como a los miembros de la misma. Corresponde advertir, con todo, que para describir la situación objetiva dada no se necesita de ninguna de esas atribuciones.

Así como la obligación atribuida a la asociación no debe cumplirse sobre el patrimonio propio de los órganos sociales, sino sobre el patrimonio que es considerado como de la asociación misma, también la sanción que el orden jurídico estatal estatuye para el caso de incumplimiento de esa obligación, es decir, la ejecución forzosa, se cumple, no sobre el patrimonio del órgano, sino sobre el patrimonio que se atribuye a la asociación. Fundándose en esa atribución, cabe hablar de una sanción dirigida contra una asociación, y también, de la responsabilidad de la asociación por incumplimiento de la obligación que un individuo determinado por el estatuto tiene que satisfacer en su calidad de órgano social.

β) *Responsabilidad de la persona jurídica.* Si se excluye la responsabilidad delictiva de la persona colectiva, ello de ninguna manera excluye la posibilidad de su responsabilidad; sólo que no se trata de responsabilidad de la agrupación por un delito propio, es decir, atribuible a ella, sino de una responsabilidad por delito ajeno, esto es: responsabilidad por el delito en que ha incurrido un individuo determinado por el estatuto para cumplir esa obligación. Responsable de un delito es el individuo contra el cual se dirige el acto coactivo que funciona como sanción, acto condicionado por el delito. Cuando la sanción consiste en la privación coactiva de valores patrimoniales, responde el individuo, que tiene la disposición de su patrimonio y contra el cual se dirige el acto coactivo, con su persona; y el individuo, que es sujeto de los derechos subjetivos en que el patrimonio consiste, con su patrimonio sobre el cual se cumple la ejecución forzosa. En el caso de una agrupación, la disposición sobre el patrimonio que interesa corresponde a un órgano social. Si, como reacción frente al incumplimiento de una obligación impuesta a la asociación por el orden jurídico estatal, se ejecuta coactivamente ese patrimonio, el acto coactivo se dirige contra el órgano que también responde con su persona por el incumplimiento de la obligación; en tanto la asociación es vista como sujeto titular de ese patrimonio, puede decirse que la asociación responde con su patrimonio. De hecho la asociación es considerada titular de ese patrimonio

en cuanto, en los usos corrientes del lenguaje, se le atribuyen los derechos que constituyen ese patrimonio. Pero como veremos, también pueden interpretarse esos derechos como derechos comunes o colectivos de los miembros de la asociación, es decir, atribuírselos a los miembros como derechos subjetivos colectivos. Se trata, en todo caso, de una interpretación más realista que aquella que construye una persona ficticia como portadora de los derechos. Cabe decir entonces que los miembros de la asociación responden con su patrimonio colectivo del incumplimiento, por parte de un órgano social, de una obligación impuesta a la asociación por el orden jurídico estatal. Si se habla de responsabilidad social por incumplimiento de sus obligaciones constituidas mediante una ejecución civil, se alude a una situación objetiva consistente en que el órgano, al que corresponde disponer del patrimonio, patrimonio sobre el cual ha de cumplirse la ejecución forzosa, responde personalmente y la asociación, o los miembros de la misma, responden con aquel patrimonio que es considerado patrimonio social, o patrimonio colectivo de los miembros de la asociación. Si se habla de responsabilidad de la asociación, se atribuye así a ella el sufrir el mal que importa la privación coactiva de valores patrimoniales correspondientes a un patrimonio que es visto como patrimonio social, o como patrimonio colectivo de los miembros de la asociación. Si el cumplimiento de la obligación estatuida por el orden jurídico estatal ha sido asumida por el estatuto como contenido de una obligación del órgano correspondiente, en tanto el incumplimiento de esa obligación del órgano acarrea una pena que se impone al órgano, esta responsabilidad individual penal del órgano se agrega a la responsabilidad de la asociación (en el sentido que acaba de indicarse).

Si la asociación es considerada sujeto de derechos patrimoniales, la representación de la responsabilidad social por delitos que son condición de una ejecución forzosa en el patrimonio, no ofrece dificultad. Una dificultad aparece cuando se formula la pregunta de si una sociedad puede ser responsabilizada por delitos que sean condición de otras sanciones, a saber: de penas de privación de libertad o, inclusive, de la pena capital, cometidos por individuos facultados al efecto, en el sentido estricto de la palabra, por el estatuto público o secreto, sea válido o inválido, pero eficaz en los hechos. Parece, en realidad, una representación absurda pensar que pueda imponerse una pena de privación de libertad, o una pena de muerte, a una persona colectiva. Sólo puede privarse, como pena coactiva, de la libertad o de la vida, a los hombres. Pareciera imposible atribuir a una asociación el tener que sufrir esos males. Pero si se considera que de ninguna manera se tiene por absurdo decir que se impone una multa a una corporación, con lo cual no se dice más sino que la ejecución forzosa se ha cumplido sobre el patrimonio de la asociación, patrimonio que, visto realistamente, no es sino el patrimonio colectivo de sus miembros; y, por ende, que enunciar que una asociación es penada por un delito sólo significa que sus miembros responden colectivamente por el delito, entonces el pensa-

miento de una pena privativa de libertad, o una pena de muerte, impuesta a una sociedad, pierde su carácter paradójico. Un orden jurídico estatal puede establecer, apartándose del principio normalmente mantenido en el derecho penal de la responsabilidad individual, que si un individuo, en su calidad de miembro u órgano de una organización —prohibida o no, secreta o pública— incurre en un delito, no sólo ese individuo, sino todos los miembros, o algunos órganos especialmente importantes de la organización, deben ser castigados con prisión o muerte. Ello quiere decir que el orden jurídico puede estatuir una responsabilidad colectiva que se hace efectiva a través de una pena privativa de libertad o una pena de muerte. Entonces no es absurdo ya considerar esta responsabilidad colectiva de los miembros de la organización, como una pena impuesta a la organización; es decir, atribuir el padecer la pena a la asociación, como no lo es referirse a la ejecución forzosa dirigida contra el patrimonio social, llevada a cabo en forma de una responsabilidad colectiva de sus miembros, interpretada como dirigida contra la asociación, o decir, en caso de una multa pecuniaria, que la persona jurídica es sancionada. Pero es verosímil que, si una ley penal estatuyera la responsabilidad colectiva aquí aludida, no se atribuiría la pena de privación de libertad o de muerte padecida por determinados hombres a la organización, puesto que el lenguaje se resistiría a expresar en ese caso la operación intelectual de la atribución.<sup>116</sup>

γ) *Derechos subjetivos de la persona jurídica.* Cuando se atribuye a una persona colectiva un derecho subjetivo en sentido técnico, es decir, el poder jurídico de reclamar mediante una acción ante el incumplimiento de una obligación, o, lo que significa lo mismo, por la violación de un derecho reflejo, ese poder jurídico tiene que ser ejercido por un órgano determinado por el estatuto. Sujeto de ese derecho es el órgano. La atribución a la persona colectiva recibe expresión en cuanto el estatuto determina cómo ha de ejercerse ese poder jurídico. Si se trata de una obligación de hacer, cuyo incumplimiento debe reclamarse mediante ese poder jurídico, la prestación debe otorgarse ante aquel órgano de la asociación que, conforme al estatuto, debe recibirla. Si se trata de una obligación pasiva de omisión, especialmente en el caso del derecho de propiedad, de la obligación de consentir la disposición sobre determinada cosa, es el órgano de la asociación, al que según el estatuto corresponde el disponer quién sea aquel en cuyo respecto aparece esa obligación pasiva. El estatuto, sin embargo, puede determinar que el uso de la cosa corresponda a los miembros, pero debe entonces reglar ese uso entre ellos; corresponde en-

<sup>116</sup> Con todo corresponde advertir que cuando se toman en cuenta las relaciones internacionales, parece muy razonable afirmar que un Estado hace la guerra a otro Estado, aun cuando los actos coactivos en que la guerra consiste: matanzas, lesiones y heridas, toma de prisioneros, sólo están dirigidos contra hombres en cuanto miembros del Estado, pero el sufrimiento de esos males es atribuido al grupo como persona jurídica estatal. Cf. *infra*, pp. 323, 326 y ss.

tonces aceptar esa reglamentación como una forma de disponer de la cosa. Si se habla de una obligación a favor de la asociación, o de un derecho reflejo de la misma, con esa atribución se expresa que el estatuto determina cuáles son los individuos en cuyo respecto se da la obligación de dar o de no hacer. Se trata, como en el caso de la atribución de un poder jurídico a la asociación como persona jurídica, de una referencia al orden jurídico parcial así personificado, que constituye la asociación.

Considerando que el poder jurídico en cuestión tiene que ser ejercido en el interés de los miembros de la asociación, y que el cumplimiento de los derechos reflejos constitutivos de esas obligaciones, a la postre deben beneficiar a los miembros de la asociación, puede efectuarse la atribución también directamente a esos miembros y hablarse de derechos colectivos de los miembros. Entonces el patrimonio compuesto por esos derechos, puede ser considerado tanto patrimonio de la asociación como persona jurídica, como patrimonio colectivo de los miembros de la asociación, y la ejecución forzosa que se cumpla sobre ese patrimonio, puede ser vista como una responsabilidad de la asociación, o como una responsabilidad colectiva de sus miembros.

Las obligaciones y derechos que la jurisprudencia tradicional atribuye a la asociación como persona jurídica son, por ende, como todas las obligaciones y derechos, obligaciones y derechos de seres humanos, en el sentido de que tienen por contenido el comportamiento de determinados hombres. No tienen por qué ser atribuidos a la asociación, como persona jurídica, como su portador, y en especial no tienen por qué serlo en cuanto obligaciones y derechos no considerados propios de hombres, esto es, como no correspondientes a los miembros de la asociación, dado que es posible, como se mostró, atribuírselos a los miembros como obligaciones y derechos colectivos. Con todo subsiste una diferencia entre esas obligaciones y derechos, y aquellos que, según la teoría tradicional de las sociedades como personas jurídicas, no les son atribuidos. Se trata, a diferencia de esas obligaciones y derechos colectivos de los miembros, de obligaciones y derechos individuales —a diferencia de los colectivos—; y la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones atribuidas a la asociación por la teoría tradicional, es responsabilidad colectiva de los miembros. Estos responden con su patrimonio colectivo. Tal responsabilidad colectiva por el incumplimiento de una obligación atribuida a la asociación, puede ser estatuida, pero no es necesario que lo sea, como una responsabilidad colectiva de los miembros. A esa responsabilidad colectiva puede agregarse, como ya se indicó, la responsabilidad individual de los órganos sociales, en cuyo respecto el estatuto ha convertido en obligación el cumplimiento de las obligaciones impuestas a la asociación por el ordenamiento jurídico estatal; y la responsabilidad de la asociación no tiene por qué limitarse al patrimonio colectivo de los miembros. Más bien, para el caso en que el patrimonio social, o el patrimonio colectivo de los miembros no alcance, cabe establecer, para

cubrir los daños provocados por el incumplimiento de las obligaciones atribuidas a la asociación, la responsabilidad individual de los miembros, es decir, la responsabilidad de los miembros con sus patrimonios individuales. En esto reside la distinción entre asociaciones con responsabilidad limitada y sociedades con responsabilidad ilimitada.

La atribución de una obligación que debe ser cumplida por un órgano social, y de un derecho, que se ejerce mediante la interposición de una demanda por parte de un órgano social, a la asociación, es del mismo tipo que la atribución de obligaciones que deben ser cumplidas por el representante legal, y de derechos cuya efectivización se logra mediante la demanda del representante legal, al incapaz de hecho representado. Se da una diferencia en tanto la atribución en caso de actuación del órgano se efectúa a la asociación pensada como persona jurídica, y no a un individuo humano. El órgano social "aparece en lugar de" (o representa) la persona jurídica de la asociación. Si se reconoce que las obligaciones y derechos en discusión pueden ser atribuidos a los miembros de la asociación, como obligaciones y derechos colectivos, entonces cabe considerar el órgano social como el representante estatutariamente establecido de los miembros de la persona colectiva. La concertación del estatuto es el negocio jurídico con el cual se crea esta relación entre órgano social y miembros asociados. La pregunta, múltiples veces planteada, por la diferencia entre órgano jurídico y representante es un interrogante por la atribución. La representación es, como el órgano, una forma de atribución; representante es un individuo en tanto y en cuanto sus actos, y las obligaciones cumplidas mediante esos actos, o los derechos ejercidos, son atribuidos a otro individuo, el órgano, en tanto y en cuanto sus actos, y las obligaciones cumplidas mediante esos actos y los derechos ejercidos son atribuidos a una asociación como persona jurídica. Vale decir: en cuanto son referidos a la unidad de un orden normativo que, mediante esa atribución, es personificado.

f) *La persona jurídica como concepto auxiliar de la ciencia del derecho.* El resultado del análisis precedente de la persona jurídica es que ésta, al igual que la denominada persona física, es una construcción de la ciencia del derecho. En cuanto tal, es tan poco una realidad social, como —lo que, con todo, a veces, se supone— una creación del derecho. Cuando se afirma que el orden jurídico otorga a un hombre personalidad jurídica, sólo se quiere decir que el orden jurídico convierte al comportamiento de un hombre en el contenido de obligaciones y derechos. Es la ciencia del derecho la que da expresión a la unidad de esas obligaciones y derechos mediante el concepto de persona física diferente del concepto de hombre, concepto al que cabe recurrir, como concepto auxiliar, en la exposición del derecho, sin que sea necesario hacerlo, puesto que la situación creada por el orden jurídico también puede ser descrita sin recurso a ese concepto. Cuando se dice que el orden jurídico concede a

una agrupación personalidad jurídica, ello significa que el orden jurídico estatuye obligaciones y derechos cuyo contenido es la conducta de seres humanos que son los órganos o los miembros de la asociación constituida por los estatutos, y que esta compleja situación puede ser descrita con ventajas, en cuanto de una manera relativamente más simple, mediante el recurso auxiliar de una personificación del estatuto constituyente de la asociación; pero esta personificación, y su resultado, el concepto auxiliar de persona jurídica, es un producto de la ciencia que describe el derecho, y no un producto del derecho mismo. Ello no se ve modificado por el hecho de que también la autoridad creadora de derecho, el legislador, se puede servir de éste, como de cualquier otro concepto creado por la ciencia jurídica. Como ya se subrayó en lo anterior, todo orden normativo que regule el comportamiento de un conjunto de individuos puede ser personificado; cabe referir las conductas que ese orden determina, así como las obligaciones que mediante esas conductas se cumplen, o los derechos que con ellas se hacen valer, a la unidad de ese orden, atribuyéndolas a la persona jurídica así construida. Si, como sucede a veces, se distingue entre asociaciones (sociedades) con personalidad jurídica, y aquellas que carecen de esa personalidad jurídica, ello deriva de que se utiliza un concepto estrecho de personalidad jurídica, hablando sólo de ella cuando el orden jurídico contiene disposiciones especiales, como, por ejemplo, cuando los miembros sólo responden con el patrimonio colectivo, o responden con él en primer término. Pero también un concepto más estricto de este tipo de la persona jurídica es una construcción de la ciencia del derecho, un concepto auxiliar al que se puede recurrir en la exposición del derecho, pero que no es de uso necesario. El derecho crea obligaciones y derechos que tienen por contenido a la conducta humana, pero no a personas. Así como no corresponde reconocer a la ciencia del derecho una función propia del derecho mismo, tampoco debe confundirse una función de la ciencia jurídica con una función del derecho.

g) *Superación del dualismo entre el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo.* Para la jurisprudencia tradicional, el sujeto de derecho representa —en tanto persona física o jurídica—, con “sus” obligaciones y derechos, el derecho en sentido subjetivo; el facultamiento caracterizado como derecho subjetivo no es más que un caso especial de esta representación amplia. Y el derecho, en este sentido subjetivo amplio, se contrapone el derecho objetivo, al orden jurídico, es decir, a un sistema de normas, como un dominio distinto de aquél. La teoría pura del derecho deja a un lado este dualismo, en tanto disuelve el concepto de persona en el de personificación de un conjunto de normas jurídicas; reduce a norma jurídica la obligación y el derecho subjetivo (en sentido subjetivo), norma que enlaza una sanción a determinada conducta de un hombre, haciendo dependiente la ejecución de la sanción de una demanda que lo solicite; es decir, reduce el llamado derecho en sentido

subjetivo al derecho objetivo. Al hacerlo, echa a un lado esa actitud subjetivista hacia el derecho a cuyo servicio se encuentra el concepto de derecho en sentido subjetivo: esa concepción propia de abogados que considera al derecho sólo desde el punto de vista de los intereses de las partes, es decir, en relación con lo que al particular significa, con la medida en que lo beneficie, es decir, sirva a sus intereses, o lo perjudique, es decir, lo amenace con un mal. Se trata de la posición específica de la jurisprudencia romana que, proveniente en lo esencial de la práctica profesional de los juristas con *ius respondendi*, fue receptada junto con el derecho romano. La actitud de la teoría pura del derecho es, en cambio, plenamente objetivista y universalista. Apunta fundamentalmente a la totalidad del derecho en su validez objetiva y trata de concebir cada fenómeno particular sólo en su relación sistemática con los demás, viendo en cada parte del derecho la función del todo jurídico. En este sentido es ella verdaderamente una concepción orgánica del derecho. Pero al pensar el derecho como un organismo, no entiende por tal ninguna entidad supraindividual, supraempírica, metafísica —representación que por lo general oculta postulados ético-políticos—, sino única y exclusivamente, que el derecho es un orden, y que, por lo tanto, todos los problemas jurídicos deben ser planteados y solucionados como problemas del orden jurídico. La teoría del derecho se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberado de todo juicio de valor ético o político, del derecho positivo.

## V. DINÁMICA JURÍDICA

### 34. *El fundamento de validez de un orden normativo: la norma fundante básica*

a) *Sentido de la pregunta por el fundamento de validez.* Si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado? Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta: ¿por qué vale una norma? ¿Cuál es su fundamento de validez?

Que una norma que se refiere a la conducta de un hombre *valga* significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma. Ya en un contexto anterior se expuso que la pregunta por la validez de la norma —es decir, la pregunta por qué un hombre debe comportarse así—, no puede ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico, ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho. De que algo *sea*, no puede seguirse que algo *deba* ser; así como, de que algo *sea debido*, no puede seguirse, que algo *sea*. El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. Puesto que pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano; así, cuando se funda la validez de los Diez Mandamientos en el hecho de que el Dios Jehovah los entregó en la cima del Sinaí; o cuando se dice que se debe amar a los enemigos porque Jesús, el Hijo de Dios, así lo ordenó en el Sermón de la Montaña. En ambos casos el fundamento de validez, por cierto no formulado expresamente, pero sí presupuesto, no es el hecho de que Dios, o el Hijo de Dios, haya promulgado en determinado tiempo y en determinado lugar una norma determinada, sino una norma: la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos, y la norma según la cual debe obedecerse lo que su Hijo mande. Con todo en el silogismo cuya premisa mayor es un enunciado deóntico que expresa la norma superior —deben obedecerse los mandamientos de Dios (o los de su Hijo), y cuya conclusión la constituye el enunciado normativo que expresa la norma inferior— deben obedecerse los Diez Mandamientos (o el mandamiento de amar a los enemigos)—, el enunciado que establece una circunstancia de hecho —Dios ha dictado los Diez Manda-

mientos (o el Hijo de Dios ha ordenado amar a los enemigos)— constituye, como premisa menor, un miembro esencial. Premisa mayor y premisa menor son ambas condiciones de la conclusión enunciada. Pero sólo la premisa mayor, que es un enunciado deóntico, constituye una *conditio per quam* en relación con el enunciado terminal, que también es un enunciado deóntico; vale decir, la norma enunciada en la premisa mayor es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión. El enunciado de hecho que aparece en la premisa menor es sólo *conditio sine qua non* en relación con la conclusión. Es decir, la circunstancia fáctica establecida en la premisa menor no es el fundamento de validez de la norma enunciada en la conclusión.

La norma enunciada en la premisa mayor, según la cual deben obedecerse los mandamientos de Dios (o de su Hijo), está comprendida en el supuesto de que las normas por cuyo fundamento de validez se pregunta, provienen de una autoridad; es decir, provienen de alguien que tiene capacidad, o es competente, para establecer normas válidas; esa norma otorga a la personalidad que impone la norma, la "autoridad" de establecer normas. El hecho de que alguien ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida, es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca.

Como se indicó, la norma que representa el fundamento de validez de otra norma es, en su respecto, una norma superior; pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser *presupuesta*, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior. Su validez no puede derivarse ya de una norma superior, ni puede volver a cuestionarse el fundamento de su validez. Una norma semejante, presupuesta como norma suprema, será designada aquí como norma fundante básica (*Grundnorm*).<sup>117</sup> Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.

<sup>117</sup> Cf. *supra*, pp. 9, 23, 46 ss.

b) *El principio estático y el principio dinámico.* Según la índole del fundamento de validez cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico. Las normas de un orden del primer tipo valen —es decir, la conducta humana determinada por ellas es vista como debida— por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal. Así, por ejemplo, las normas “no se debe mentir”, “no se debe engañar”, “se debe mantener la palabra empeñada”, “no se debe prestar falso testimonio”, pueden ser derivadas de la norma que ordena decir verdad. De la norma “se debe amar al prójimo”, pueden derivarse las normas: no se debe ocasionar mal al prójimo, y en especial, no se debe matarlo, ni dañarlo física o moralmente, auxiliándolo en caso de necesidad. Quizás se crea poder referir la norma de veracidad o la norma del amor al prójimo a una norma superior aún más general, sea, por ejemplo, la norma de mantenerse en armonía con el universo. A partir de ella podría entonces fundar un orden moral comprensivo. Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular. Esa norma, presupuesta como norma fundante básica, presta tanto el fundamento de validez, como el contenido válido de las normas inferidas de ella mediante una operación lógica. Un sistema de normas, cuyo fundamento de validez y cuyo fundamento válido es derivado de una norma propuesta como norma fundante básica, es un sistema normativo estático. El principio conforme al cual se produce la fundamentación de la validez de las normas de este sistema, es un principio estático.

Pero la norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, como lo particular de lo universal, tanto en cuanto a su fundamento de validez, como también en cuanto a su contenido válido, sólo puede ser considerada norma fundante básica cuando su contenido es aceptado como inmediatamente evidente. De hecho muchas veces se refiere el fundamento de validez y el contenido válido de las normas de un sistema moral a una norma considerada como inmediatamente evidente. Que lo sea significa que está dada en la razón, o mediante la razón. El concepto de una norma inmediatamente evidente tiene como presupuesto el concepto de una razón práctica, es decir, el concepto de una razón legisladora; y este concepto, como se verá, es insostenible, dado que la función de la razón es conocer y no querer, mientras que la imposición de normas es un acto de la voluntad. De ahí que no pueda haber ninguna norma inmediatamente evidente. Cuando se afirma una norma, de la que se derivan, como fundamento de validez y contenido válido, normas morales, como inmediatamente evidente, ello sucede porque se cree que ha sido establecida por la voluntad divina, o por alguna otra autoridad sobrehumana; o por cuanto, al haber sido producida por la costumbre, es tenida, como todo lo acostumbrado.

como evidente de suyo. A la postre, su validez sólo puede fundarse en una norma presupuesta, según la cual debe comportarse conforme a las órdenes de la autoridad que las dicta, o según las normas producidas consuetudinariamente. Esta norma puede prestar solamente el fundamento de validez, pero no el contenido válido, de las normas en ella fundadas. Estas normas constituyen un sistema dinámico de normas. El principio conforme al cual se produce la fundamentación de la validez de las normas de este sistema, es un principio dinámico.

El tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica. Un ejemplo servirá para aclararlo. Un padre ordena a su hijo ir a la escuela. A la pregunta del hijo: ¿por qué debo ir a la escuela?, la respuesta podría ser: porque el padre lo ha mandado y el hijo debe obedecer las órdenes del padre. Si el niño continuara preguntando: ¿por qué he de obedecer las órdenes del padre?, la respuesta podría ser: porque dios ha ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer lo que dios manda. Si el niño preguntara por qué deben obedecerse las órdenes de dios; es decir, si preguntara por la validez de esa norma, la respuesta sería: que no cabe cuestionar esa norma, es decir, que no se puede buscar el fundamento de su validez, pudiendo solamente presuponerla. El contenido de la norma que constituyó el punto de partida: el niño debe ir a la escuela, no puede ser derivado de esa norma fundante. Puesto que la norma fundante se limita a efectuar una delegación en una autoridad normadora, o sea: establece la regla conforme a la cual han de producirse las normas de ese sistema. La norma que constituyó el punto de partida de la cuestión no vale por su contenido, ni puede ser deducida, mediante una operación lógica, de la norma fundante presupuesta. Tiene que ser establecida por un acto del padre y vale —diciéndolo en la manera usual— por haber sido así establecida. Formulado lo mismo más correctamente, se diría que vale porque se presupone como válida una norma fundante básica que, en última instancia, estatuye la manera de implantar normas. Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido. La norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema. Otro ejemplo: en un grupo social, un linaje familiar, vale la norma según la cual el hombre que toma por mujer a una muchacha debe pagar al padre, o al tío de la novia, determinado precio. Si preguntara por qué debe hacer eso, la respuesta sería: porque en esta comuni-

dad siempre se ha pagado un precio nupcial, es decir, porque existe la costumbre de pagar ese precio y porque se supone como evidente de suyo que todo particular deba comportarse como todos los demás miembros del grupo suelen hacerlo. Esta es la norma fundante básica del orden normativo constitutivo de esa comunidad. Implanta la costumbre como un hecho productor de normas. Ambos ejemplos representan el tipo dinámico de sistema normativo.

El principio estático y el dinámico se unifican en uno y el mismo sistema normativo cuando la norma fundante presupuesta, conforme al principio dinámico, se reduce a facultar a una autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante la cual se delega esa facultad en otras autoridades normadoras, sino también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales —como lo particular de la universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica. Los Diez Mandamientos no sólo instauran a los padres como autoridad normadora, sino que también formulan normas generales de cuyos contenidos puede inferirse lógicamente normas particulares, sin requerirse un acto de normación, como por ejemplo la norma: “no harás imágenes”, etcétera. A partir de la norma de Cristo de amar al prójimo, pueden derivarse lógicamente una multitud de normas morales particulares. Como fundamentación de las normas lógicamente derivadas de los Mandamientos divinos, y de las palabras de Cristo, se utiliza el principio estático; en la fundamentación de la validez de los Mandamientos divinos mediante la norma fundante: debe obedecerse lo que Dios manda, y de la validez de las palabras de Cristo, en la norma fundante: debe obedecerse lo que Cristo ordena, se utiliza el principio dinámico.

c) *El fundamento de validez de un orden jurídico.* El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. Ni la validez de una de ellas puede ser negada por contradecir su contenido al de otra norma no perteneciente al orden jurídico cuya norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada. La norma fundante de un orden jurídico no es una norma material que, por considerarse inmediateamente evidente el contenido, sea presupuesta como

norma suprema, a partir de la cual, mediante una operación lógica, puedan derivarse normas del comportamiento humano, como lo particular se infiere de lo universal. Las normas de un orden jurídico tienen que ser producidas por un acto particular de imposición.<sup>118</sup> Son normas impuestas, es decir, normas positivas, elementos de un orden positivo. Si por constitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse —es decir, qué órganos y conforme a qué procedimiento—, sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación, sea mediante la costumbre, las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por determinados hombres, son interpretados como hechos productores de normas; cuando —en última instancia— el individuo, o la reunión de individuos que han redactado la constitución sobre la que reposa el orden jurídico, son vistos como una autoridad que impone normas. En este sentido, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo. Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo. No es ella misma una norma impuesta por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aun superior.

<sup>118</sup> Menger, *op. cit.*, pp. 20-21, niega la posibilidad de derivar lógicamente normas jurídicas concretas de la norma básica de un orden jurídico. Ello es indudablemente correcto, pero no afecta a la Teoría pura del derecho que afirma que de la norma fundante básica sólo puede derivarse el fundamento de validez, pero no el contenido de las normas jurídicas concretas. De ahí que Wedberg interprete mal la teoría de la norma básica, cuando afirma (*op. cit.*, p. 256): “Kelsen sostiene que todo sistema jurídico contiene una única regla básica (*Grundnorm*) que implica todas las restantes reglas del sistema.” La norma fundante básica no se encuentra “contenida” en un orden jurídico positivo, puesto que no es una norma positiva, es decir, impuesta, sino una norma presupuesta en un pensamiento jurídico; y si Wedberg, al afirmar que las restantes normas son “implicadas” por la norma básica, quisiera decir que las normas del orden jurídico —por lo tanto, también su contenido— “son consecuencia” de la norma fundante básica, erraría; pues de la norma básica sólo se sigue la validez objetiva de las normas, pero no normas dotadas de contenido. Wedberg argumentó así contra la teoría de la norma básica: “Si tenemos un conjunto finito de reglas,  $P_1 \dots P_n$ , siempre podremos combinarlas en una regla única conjuntiva,  $P_1 \& \dots \& P_n$ . Al insistir en que todo sistema jurídico se encuentra implicado por una regla única, ¿acaso desea Kelsen sostener que cada uno de esos sistemas está implicado por una norma básica que no es equivalente a la conjunción de varias reglas?” Evidentemente la norma fundante básica no es sinónima a la suma de todas las normas positivas de un orden jurídico. Se trata de una norma distinta de éstas, de una norma presupuesta que representa su fundamento de validez.

Si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede consistir en referir a la norma fundante básica de ese orden; es decir, consiste en la afirmación de que esa norma fue producida conforme a la norma fundante básica. En lo que sigue sólo se considerará, por de pronto, un orden jurídico estatal, es decir, un orden jurídico cuya validez está limitada a determinado espacio: el llamado territorio del Estado, y que es tenido por soberano, es decir, como no subordinado a ningún orden jurídico superior. El problema del fundamento de validez de las normas de un orden jurídico estatal será explicado inicialmente sin tomar en cuenta un orden internacional considerado como supraordinado o coordinado al orden estatal.

La pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a determinado orden jurídico estatal puede surgir —como se indicó en un contexto anterior— con ocasión de un acto coactivo, por ejemplo, cuando un hombre priva por la fuerza de su vida a otro, provocándole la muerte en la horca; se pregunta entonces por qué ese acto es un acto jurídico, la ejecución de una pena, y no un homicidio. Como acto jurídico, y específicamente, como ejecución de una norma, y no como homicidio, el acto en cuestión sólo puede ser interpretado cuando ha sido estatuido por una norma jurídica y, en especial, por una norma jurídica individual; es decir, cuando el acto es cumplido como debido en mérito a una norma que aparece como sentencia de un juez. Con ello surgen las preguntas de cuáles sean las condiciones bajo las cuales tal interpretación es posible: ¿por qué en ese caso se trata de una sentencia judicial?; ¿por qué vale la norma individual así estatuida?; ¿por qué es una norma jurídica válida, perteneciente a un orden jurídico que, en consecuencia, debe ser aplicada? La respuesta a estas preguntas es: porque esa norma individual fue dictada en aplicación del código penal, código que contiene una norma general según la cual, bajo condiciones verificadas en el caso dado, debe aplicarse una pena capital. Si se preguntara por el fundamento de validez de ese código penal, se obtendría la respuesta: el código penal vale por haber sido promulgado por un organismo legislativo, organismo facultado por una norma de la constitución del Estado, a imponer normas generales. Si se pregunta ahora por el fundamento de validez de la constitución del Estado, sobre la cual reposa la validez de todas las normas y la validez de las normas individuales producidas con fundamento en esas normas generales, es decir, si se pregunta por el fundamento de validez de las normas que regulan la producción de normas generales, en tanto determinan qué órganos y mediante qué procedimientos se deben producir normas generales, se llegaría quizás a una constitución del Estado más antigua. Esto es, se fundaría la validez de la constitución estatal existente en que se habría originado conforme a las disposiciones de una constitución estatal anterior, por vía de una enmienda constitucional conforme a la constitución, es decir, conforme a una norma positiva establecida por una

autoridad jurídica. Y así se continuaría hasta llegar por fin a una primera constitución histórica del Estado, que no habría surgido por esa vía y cuya validez, en consecuencia, no puede ser referida a una norma positiva implantada por una autoridad jurídica. Es decir, se llegaría a una constitución del Estado implantada revolucionariamente, esto es, mediante ruptura con la constitución estatal preexistente, o cuya validez hubiera sido implantada en un dominio que previamente no habría sido, en general, dominio de validez de ninguna constitución estatal, ni del orden jurídico estatal que en ella se sustenta. Si se considera solamente el orden jurídico estatal —y no el derecho internacional— y se pregunta por el fundamento de validez de una primera constitución histórica estatal, es decir, una constitución no originada en una enmienda constitucional de una constitución previa, la respuesta sólo puede ser —si se renuncia a referir la validez de la constitución del Estado, y la validez de las normas producidas de conformidad a ella, a una norma establecida por una autoridad metajurídica, como dios o la naturaleza— que la validez de esa constitución, el suponer que es una norma obligatoria, tiene que ser *presupuesta*, si es que debe ser posible interpretar los actos realizados de acuerdo con ella como actos de producción o de aplicación de normas jurídicas generales válidas, y los actos realizados en aplicación de esas normas jurídicas generales, como la producción o aplicación de normas individuales válidas. Puesto que el fundamento de validez de una norma sólo puede ser nuevamente una norma, el presupuesto de esa norma no puede ser una norma impuesta por una autoridad jurídica, sino una norma presupuesta. Es decir, una norma que es presupuesta cuando el sentido subjetivo del hecho constituyente y el sentido subjetivo de los hechos productores de normas cumplidos conforme a la constitución, son interpretados como su sentido objetivo. Como se trata de la norma fundante básica de un orden jurídico, esto es, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma, el enunciado básico del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la constitución lo prescribe). Las normas de un orden jurídico, cuyo fundamento de validez común lo constituye esta norma fundante básica, —como el regreso a la norma fundante básica, expuesto en lo que antecede, lo muestra—, no configuran un conjunto de normas válidas situadas una al lado de otra, sino una construcción escalonada de normas supra y subordinadas. Esta estructura del orden jurídico será investigada más adelante con mayor detalle.

d) *La norma fundante básica como presupuesto lógico-trascendental.* Si se quiere conocer la esencia de la norma fundante básica, es necesario ante todo tener conciencia de que la misma se refiere, inmediatamente a una determinada

constitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa constitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa constitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella.<sup>119</sup> La norma fundante básica, por lo tanto, no es el producto de una libre invención. Lo que presupone no se produce arbitrariamente, en el sentido de que se tenga una opción entre normas fundantes básicas distintas, cuando se interpreta el sentido subjetivo de un acto constituyente, y los actos cumplidos conforme a esa constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas válidas objetivamente. Sólo cuando se presupone una norma fundante básica referida a una constitución bien determinada, es decir, sólo cuando se presupone que uno debe comportarse conforme con esa constitución bien determinada, puede interpretarse el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y los actos realizados conforme a la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas jurídicas válidas objetivamente, y las relaciones constituidas mediante esas normas, como relaciones jurídicas.

Cuál sea el contenido de esa constitución, y el del orden jurídico estatal erigido con su fundamento; que ese orden sea justo o injusto, es cuestión que aquí no se suscita; tampoco el de saber si ese orden jurídico efectivamente garantiza, dentro de la comunidad por él constituida, un estado relativo de paz. Con la presuposición de la norma fundante básica no se afirma ningún valor trascendente al derecho positivo.

En tanto sólo mediante la presuposición de la norma fundante básica se hace posible interpretar el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas jurídicas objetivamente válidas, puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir *per analogiam* a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación. Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describibles en

<sup>119</sup> Más adelante se hablará del caso particular de una norma fundante básica, que no se refiere inmediatamente a una constitución, ni mediatamente al orden jurídico implantado conforme a ella, sino que se refiere inmediatamente a ese orden jurídico. Cf. *infra*, p. 232 y ss. Este caso especial no es tomado en cuenta en la exposición que sigue. En ella sólo se atiende al caso normal: una norma fundante básica, que se refiere inmediatamente a una constitución.

enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica "uno debe comportarse como la constitución lo prescribe", es decir, como corresponde al sentido subjetivo de los actos de voluntad que establecieron la constitución, conforme a las prescripciones del constituyente. La función de esta norma fundante básica es fundamentar la validez objetiva de un orden jurídico positivo, es decir, de las normas implantadas mediante actos humanos de voluntad en un orden coactivo eficaz en términos generales; es decir, interpretar el sentido subjetivo de esos actos como su sentido objetivo. La fundamentación de la validez de una norma positiva (esto es: impuesta mediante un acto de voluntad), que obliga a determinada conducta, se efectúa con un procedimiento silogístico. En este silogismo, la premisa mayor es una norma considerada objetivamente válida (o mejor: el enunciado de semejante norma), según la cual debe uno comportarse obedeciendo las órdenes de una determinada persona, es decir, comportarse conforme al sentido subjetivo de esos actos imperativos. La premisa menor afirma el hecho de que esa persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera; la conclusión afirma la validez de la norma: uno debe comportarse de esa determinada manera. La norma, cuya validez es expresada en la premisa mayor, legitima así el sentido subjetivo del acto imperativo, cuya existencia afirma la premisa menor, como su sentido objetivo. Por ejemplo: deben obedecerse las órdenes divinas. Dios ha ordenado obedecer las órdenes de los padres. Por lo tanto se debe obedecer a los padres.

La norma que funciona como premisa mayor, en cuanto norma considerada objetivamente válida, es una norma fundante básica, si su validez objetiva no continúa siendo cuestionada. No lo es, cuando su validez no puede fundarse en un procedimiento silogístico. Y no puede fundarse así cuando el enunciado del hecho de que esa norma ha sido impuesta por el acto de voluntad de una persona, no es posible como premisa menor de un silogismo. Así sucede cuando la persona, cuyas órdenes deben ser obedecidas según la norma ahora cuestionada, es considerada como una autoridad suprema, como, por ejemplo, cuando dicha persona es Dios. Cuando la validez de una norma no puede fundarse de esta manera, tiene que colocársela, como premisa mayor, en la iniciación de un silogismo, sin que ella misma pueda ser afirmada como la conclusión de un silogismo superior que dé fundamento a su validez. De ahí, la norma: deben obedecerse las órdenes divinas, como fundamento de la validez de la norma, deben obedecerse las órdenes de los padres, es una norma fundante básica. Puesto que una ética teológica, que ve en Dios la suprema instancia normadora, no puede afirmar como un hecho que alguien más haya ordenado obedecer las órdenes de Dios. Estaríamos frente a una autoridad superior a Dios. Y si la norma: deben obedecerse las órdenes de Dios, es supuesta como implantada por Dios, no podría ser tenida por fundamento de validez

de las normas impuestas por dios, dado que ella misma es una de esas normas que dios impone. Tampoco puede la ética teológica, de por sí, establecer esa norma, es decir, ordenar que se obedezcan los mandamientos de dios, puesto que, en cuanto conocimiento, no puede ser una autoridad normadora. La norma: "se deben obedecer las órdenes divinas", por ende, como norma fundante básica, no puede ser el sentido subjetivo del acto de voluntad de ninguna persona. Pero si la norma fundante básica no puede ser el sentido subjetivo de un acto de voluntad, sólo le queda por ser el contenido de un acto intelectual. En otros términos: si la norma fundante básica no puede ser una norma querida, siendo sin embargo lógicamente imprescindible su enunciación en la premisa mayor de un silogismo que fundamente la validez objetiva de normas, sólo puede ser entonces una norma pensada.<sup>120</sup>

Dado que una ciencia del derecho positivista considera al primer constituyente histórico como la suprema autoridad jurídica, no pudiendo afirmar, en consecuencia, que la norma que dispone "deben obedecerse las órdenes del constituyente" sea el sentido subjetivo del acto de voluntad de una instancia superior al constituyente —sea dios o la naturaleza—, no puede fundar la validez de esa norma en un procedimiento silogístico. Una ciencia jurídica positivista sólo puede establecer que esa norma —en el sentido que se acaba de señalar—, como norma fundante básica para la fundamentación de la validez objetiva de las normas jurídicas, y, por ende, para la interpretación de un orden coactivo, eficaz en grandes términos, como un sistema de normas jurídicas objetivamente válidas, tiene que ser presupuesta.<sup>121</sup> Dado que esa norma fundante básica no es una norma querida y, por ende, tampoco una norma querida por la ciencia del derecho (es decir, por el sujeto que profesa en la ciencia jurídica), y dado que esa norma (o mejor: su enunciación) es lógicamente imprescindible para la fundamentación de la

<sup>120</sup> Una norma pensada no es una norma cuyo contenido sea inmediatamente evidente. La norma fundante básica de un orden jurídico positivo, formulada en lo que sigue, de ninguna manera es inmediatamente evidente. Cf. *infra*, p. 227.

<sup>121</sup> Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*. Heidelberg, 1935, pp. 11, ss., acepta en principio la teoría de la norma básica, pero cree encontrarla en la constitución jurídica positiva. Tenemos, afirma, "si no queremos permanecer encerrados en lo formal", que "interpretar la norma básica en el sentido de la regla que legitima, como una de las reglas superiores, las instancias convocadas a la creación de derecho"; "una regla que, por ejemplo, en los estados parlamentarios atribuye la suprema facultad de implantar derecho —facultad que puede ser delegada en otros— a la representación popular, y en la Alemania de hoy (1935) al canciller del Reich y Führer". "Como se ve, tomamos la 'norma básica' en forma plenamente dotada de contenido, y ello en cuanto una constitución concreta no puede contener mucho más que las reglas referentes a la creación de derecho; y además por la constitución, aunque se la considere sólo en las partes que se refieren a la creación de derecho, frecuentemente sólo significan un desarrollo más minucioso y un afinamiento de lo que ya se encontraba implícitamente en una norma básica quizás proclamada por una revolución y que hubiera alcanzado reconocimiento; por fin, por cuanto la constitución, aun en lo tocante a la creación de derecho —fundada en la norma básica— puede experimentar enmiendas aisladas que dejan intacta la situación de la norma básica." Es decir, Engisch

validez objetiva de las normas jurídicas positivas, sólo puede ser una norma pensada. Y, por ende, una norma que es pensada como presupuesto cuando se interpreta un orden coactivo, eficaz en términos generales, como un sistema de normas jurídicas válidas.

Puesto que la norma fundante básica no es una norma querida, ni tampoco una norma querida por la ciencia del derecho, sino solamente una norma pensada, la ciencia jurídica no se arroga, al establecer la norma básica, una autoridad normadora. No prescribe ella que deban obedecerse las órdenes del constituyente. Permanece siendo conocimiento, inclusive en su tesis gno-

“distingue” la norma básica de la constitución sólo en tanto no la identifica con el documento denominado “constitución”, la constitución en sentido formal; sino que denomina “norma básica” una norma jurídica positiva, esto es, lo que aquí llamamos una constitución en sentido material. En mérito a ello rechaza una interpretación “lógico-jurídica de la norma básica”. Que la constitución (en el sentido material de la palabra) sea el fundamento del proceso de creación de derecho —y esto es lo que significa la “norma básica” que Engisch considera— es una perogrullada, para cuya formulación no se requiere ninguna teoría específica de la norma básica fundante. El problema que la teoría pura del derecho intenta resolver con su teoría de la norma básica sólo aparece cuando se formuló la pregunta por el fundamento de validez de la constitución jurídica positiva; y la norma que constituya ese fundamento de validez, no puede ser una norma positiva, es decir, una norma impuesta, sino únicamente, una norma presupuesta. Cuando se cierran los ojos ante la necesidad teórica de plantear esta pregunta, es claro que se permanece ciego también con respecto de la naturaleza “lógico-jurídica” de la norma fundante básica en la teoría pura del derecho.

También Ilmar Tammelo, en *Drei rechtsphilosophische Aufsätze* (Willsbach y Heidelberg, 1948, p. 13), dice: “No es conveniente considerar la norma básica solamente como un dato lógico-jurídico, es decir, como un dato gnoseológico, y no simultáneamente como una norma jurídica positiva, puesto que negarle esta última característica conduciría a la consecuencia lógica de que a las normas jurídicas positivas y a los sistemas de normas que en ella se basan, no les correspondería ninguna positividad.” Este reproche no la afecta dado que la positividad de un orden jurídico no reposa en la norma básica, ni es derivada de ella. De la norma fundante básica sólo se deriva la validez objetiva de un orden coactivo positivo, es decir, fácticamente implantado y eficaz en grandes términos. La positividad consiste en la implantación y eficacia fácticas de las normas. Tammelo supone que la norma básica pertenece a las normas que “están dadas implícitamente en los textos legales, así como en las formas en que enuncia el derecho consuetudinario, pudiendo ser reconstruida mediante la elaboración del material jurídico positivo”. La razón por la cual la norma básica no pueda ser vista como coimpuesta en los actos de voluntad normadores, y en especial, por qué no en los actos constituyentes, fue indicada en el texto arriba. Sólo es correcto que los órganos normadores, cuando interpretan el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos cumplidos con base en la constitución, como normas objetivamente válidas, presuponen la norma fundante básica.

Edwin W. Patterson, en *Jurisprudence. Men and Ideas of the Law* (Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1953, p. 262), reprocha a la teoría de la norma básica “suponer que la constitución es válida y que las leyes creadas conforme a ella también lo son... depende a la postre sobre la autoridad política, no sólo de los funcionarios que crearon la constitución, sino también de aquellos que la mantienen y sostienen actualmente. Se trata de algo externo a la constitución, o a las normas creadas conforme a ella”. El supuesto de que la constitución y de las normas producidas conforme con ella valen, no depende en forma alguna de la autoridad del constituyente. Puesto que suponer que la constitución vale, es idéntico a

seológica de que es la condición bajo la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretado como el sentido objetivo de normas válidas, aun cuando se autointerpreten de ese modo <sup>122</sup>

Con su teoría de la norma fundante básica no inaugura la teoría pura del derecho en absoluto un nuevo método de conocimiento jurídico. Sólo hace consciente lo que todos los juristas, por lo común inconscientemente, hacen cuando conciben los hechos arriba indicados como hechos no determinados

suponer que el constituyente es una "autoridad", la suprema autoridad jurídica. La norma básica responde a la pregunta de cuál sea el fundamento de esa autoridad. En ese sentido, se encuentra por cierto "fuera de la constitución". Pero, ¿quiénes son aquellos que mantienen la constitución (*maintain and uphold*)? Por cierto que los individuos que la han promulgado y los individuos que la aplican, en tanto producen normas conforme a la constitución y las aplican. En ello reside la eficacia de la constitución y del orden jurídico producido conforme a ella. A esa eficacia se refiere evidentemente Patterson. La norma fundante básica hace de esa eficacia una condición de la validez. Más adelante dice Patterson: "La autoridad política del sistema jurídico... depende también de la situación política existente." También con esta afirmación se refiere a la eficacia del orden jurídico. Es, como la Teoría pura del derecho subraya, condición, pero no fundamento, de la validez. Patterson dice: "En general, si se deseara una explicación simple de lo que convierte a un esquema de poder en el papel, en un esquema de poder efectivo, la referencia al 'hábito de obediencia' de Austin y Bentham pareciera mejor que la referencia a la norma básica." Esto muestra nitidamente que la cuestión que Patterson ve es la pregunta por la causa de la eficacia del orden jurídico, y de ninguna manera la pregunta, bien distinta, por el fundamento de la validez. Su polémica no da en el blanco.

Patterson (en la p. 390) sostiene, contra la norma básica, como presupuesto lógico-trascendental (en el sentido de la teoría kantiana del conocimiento) que "la teoría de Kelsen no dice al abogado o al funcionario qué debe buscarse al crear nuevo derecho. Carece de una axiología jurídica..." Pero también en este respecto se mantiene la analogía con la lógica trascendental de Kant. Así como las condiciones lógico-trascendentales del conocimiento de la realidad natural de ninguna manera determinan el contenido de las leyes naturales, tampoco las normas fundantes básicas pueden determinar el contenido de la norma jurídica, o, de los enunciados jurídicos que describen las normas jurídicas. Así como el contenido de las leyes naturales sólo puede lograrse en la experiencia, el contenido de los enunciados jurídicos sólo puede obtenerse en el derecho positivo. La norma fundante básica no prescribe determinado contenido al derecho positivo, así como las condiciones lógico-trascendentales de la experiencia no prescriben un contenido a esa experiencia. Ahí se encuentra justamente la diferencia entre la lógica trascendental de Kant y la especulación metafísica que él rechaza, la diferencia entre la teoría pura del derecho y una teoría metafísica del derecho del tipo de una doctrina iusnaturalista.

<sup>122</sup> La pregunta: ¿quién presupone la norma fundante básica?, es contestada por la Teoría pura del derecho: quienquiera que interprete el sentido subjetivo del acto constituyente, y de los actos cumplidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, como normas objetivamente válidas. Esta interpretación es una función de conocimiento, no una función volitiva. Dado que la ciencia del derecho, como conocimiento, sólo describe normas, y no las prescribe —es decir, no implanta normas— he formulado en alguna ocasión ("Was ist ein Rechtakt", en *Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht*, t. iv, 1952, p. 271) reservas con respecto de la tesis de que la norma fundante básica sea presupuesta también por la ciencia del derecho. Esta reserva queda eliminada mediante la distinción expuesta en el texto entre el imponer y el presuponer una norma.

por una legalidad causal, sino cuando interpretan su sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como un orden jurídico normativo, sin remitir la validez de ese orden a una norma superior, metajurídica —es decir, a una norma impuesta por una autoridad superior a la autoridad jurídica—; cuando piensan conceptualmente el derecho como derecho positivo exclusivamente. La doctrina de la norma fundante básica es sólo el resultado de un análisis del proceso que un conocimiento positivista del derecho siempre ha utilizado.

e) *La unidad lógica del orden jurídico. Conflictos normativos.* Puesto que la norma fundante básica es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente no puede negarse la posibilidad de que los órganos jurídicos de hecho implanten normas que se encuentren en conflicto entre sí, es decir, que efectúen actos cuyo sentido subjetivo sea un deber, y que cuando ello quiera ser interpretado también como su sentido objetivo, cuando esos actos sean vistos como normas, las normas se encuentren recíprocamente en conflicto. Semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera. Por ejemplo, si una norma determina que el adulterio deberá ser castigado, y otra, que no deberá serlo; o si una norma determina que el hurto debe ser castigado con pena de muerte, mientras que otra dispone que debe serlo con prisión (y, por tanto, no con muerte). Este conflicto no es, como se mostró anteriormente,<sup>123</sup> una contradicción lógica en el sentido estricto de la palabra, aunque se suela decir que ambas normas se “contradican”. Puesto que los principios lógicos, y, en especial, el principio de contradicción, sólo se aplican a enunciados que puedan ser verdaderos o no verdaderos; una contradicción lógica entre dos enunciados consiste en que sólo el uno o el otro de ellos puede ser verdadero, en tanto cuando uno es verdadero, el otro tiene que ser falso. Pero una norma no es ni verdadera ni falsa, sino válida o inválida. El enunciado que describe un orden normativo, afirmando que conforme a ese orden una norma determinada vale, y especialmente, el enunciado jurídico que describe ese orden jurídico, afirmando que, conforme a ese orden jurídico, debe o no debe realizarse determinado acto coactivo, bajo determinadas condiciones, puede ser, como se mostró, verdadero o falso. De ahí que los principios lógicos, en general, y por ende, también el principio de contradicción, en particular, puedan aplicarse a los enunciados jurídicos que describen normas jurídicas y, también, indirectamente, a las normas jurídicas. Por cierto que no es de ninguna manera insólito sostener que dos normas jurídicas se “contradican” mutuamente. Y que,

<sup>123</sup> Cf. *supra*, pp. 76 y ss.

en consecuencia sólo una de las dos pueda ser considerada como objetivamente válida. Que A sea debido, y, simultáneamente, que no lo sea, es tan sinsentido, como afirmar que A es y, simultáneamente, que A no es. Un conflicto normativo plantea, como una contradicción lógica, algo sinsentido.

Mas como el conocimiento del derecho, como todo conocimiento, tiene que pensar conceptualmente su objeto como un todo dotado de sentido, tratando de describirlo en oraciones no contradictorias, parte del supuesto que los conflictos normativos que aparezcan dentro del material normativo que le es dado (o más correctamente: que le es propuesto) pueden y tienen que ser disueltos por vía de interpretación. Como la estructura del orden jurídico es una construcción escalonada de normas recíprocamente supra y subordinadas, donde la norma de nivel superior determina la producción de la norma de nivel inferior, se plantea el problema del conflicto normativo, dentro de un orden jurídico, en formas diversas, sea que se trate de un conflicto entre normas del mismo nivel, o de un conflicto entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior. Aquí, por de pronto, sólo se considerarán los conflictos entre normas del mismo nivel. Si se trata de normas generales, promulgadas por un mismo órgano en tiempos diferentes, la validez de la norma posteriormente promulgada suprime la validez de la norma anterior que la contradice, según el principio *lex posterior derogat priori*. Como el órgano normador —sea el monarca o el parlamento— está facultado normalmente para establecer normas modificables y, por ende, eliminables, el principio *lex posterior derogat priori* puede admitirse como un principio incluido en ese facultamiento. Este principio también recibe aplicación cuando las normas que se encuentran recíprocamente en conflicto han sido dictadas por dos órganos diferentes; cuando, por ejemplo, la constitución faculta al monarca y al parlamento regular el mismo objeto mediante normas generales, o cuando se instauran a la legislación y la costumbre como hechos productores de derecho. Las normas que se encuentran recíprocamente en conflicto pueden ser implantadas simultáneamente, es decir, por un mismo acto de un mismo órgano, de suerte que no pueda aplicarse el principio de la *lex posterior*; así cuando en una misma ley se encuentran dos disposiciones entre sí contradictorias, como por ejemplo, de que quien cometa adulterio deba ser castigado y que quien lo cometa, no deba serlo; o que quien haya cometido un delito determinado por la ley deba ser castigado, junto a la disposición que establece que las personas menores de catorce años no deben ser castigadas. Aparecen entonces las siguientes posibilidades de solucionar el conflicto: o bien ambas disposiciones pueden ser entendidas en el sentido de que el órgano legalmente facultado para aplicarlas, un tribunal, por ejemplo, tenga una opción a escoger entre ambas normas; o cuando —como en el segundo ejemplo— las dos normas sólo se contradicen parcialmente, entender que una norma limita la validez de la otra. El enunciado jurídico descriptivo del dere-

cho no reza: si alguien comete adulterio debe ser castigado y no debe ser castigado, sino que dice: si alguien comete adulterio debe ser castigado o no debe ser castigado; y, similarmente: todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado y no lo deben ser las personas menores de catorce años, sino todo el que comete un delito legalmente determinado, debe ser castigado, con excepción de las personas menores de catorce años. Si no es posible ni la una ni la otra interpretación, el legislador habría prescrito algo sin sentido; tendríamos un acto de imposición de una norma carente de sentido como tal, y, por ende, en general, no tendríamos ningún acto cuyo sentido subjetivo pueda ser interpretado como su sentido objetivo, de suerte que no aparecería ninguna norma jurídica objetivamente válida, aunque el acto hubiera sido realizado de conformidad con la norma fundante básica. Puesto que la norma fundante básica no otorga a todo acto el sentido objetivo de una norma válida, sino solamente al acto que tiene un determinado sentido, a saber: el sentido subjetivo de que los hombres deban comportarse de determinada manera. El acto tiene que estar —en este sentido normativo— dotado de sentido. Si tuviera otro sentido, como, por ejemplo, el sentido de un enunciado declarativo (como, por caso, el de una teoría expuesta en la ley), o si, en general, careciera de sentido como cuando la ley contiene palabras sin sentido, disposiciones entre sí incompatibles, no entra en juego ningún sentido subjetivo que pueda ser interpretado como sentido objetivo; no tenemos ningún acto cuyo sentido subjetivo sea capaz de ser legitimado por la norma básica. Puede aparecer también un conflicto entre dos normas individuales, como ser, dos sentencias judiciales, especialmente, cuando ambas normas han sido dictadas por órganos diferentes. Una ley puede facultar a dos tribunales para resolver el mismo caso, sin otorgar a la sentencia de uno de ellos el poder de eliminar la sentencia del otro. Se trata, por cierto, de una técnica jurídica muy inconveniente, pero no imposible, que a veces se presenta. Puede entonces suceder que un litigante sea condenado por un tribunal, mientras que el otro lo absuelve. Es decir, una norma lo sanciona, mientras que, según la otra, no debe ser penado; o, un tribunal hace lugar a la demanda, mientras que otro la rechaza. O sea: según una norma debe ejecutarse civilmente el patrimonio del demandado, mientras que según la otra, no debe llevarse adelante esa ejecución civil sobre el patrimonio del demandado. El conflicto es solucionado en tanto el órgano de ejecución cuenta con la opción de actuar conforme a una u otra sentencia. Es decir, aplicar la pena, o llevar a cabo la ejecución civil o no, adecuándose a una u otra norma individual. Si el acto coactivo, que una de las normas establece como debido, es ejecutado, la otra norma permanece duraderamente ineficaz y pierde así su validez; si el acto coactivo no se ejecuta, se actúa conforme a la norma que absuelve al procesado, o que rechaza la demanda, y la otra norma, que establecía dicho acto coactivo como debido,

permanece duraderamente ineficaz y pierde así su validez. Esta interpretación se produce conforme a la norma fundante básica. Puesto que ésta determina que la coacción debe ser ejercida bajo las condiciones y de la manera como se establece en la constitución que tiene eficacia en términos generales, y conforme a las normas generales e individuales, establecidas de acuerdo con la constitución, que son, en términos generales, eficaces. La eficacia se encuentra, como condición de la validez, estatuida en la norma fundante básica. Si el conflicto apareciera en una misma sentencia judicial —lo que sólo sería posible si el juez padece de una perturbación mental—, tendríamos un acto carente de sentido y, por ende, como se mostró en lo que antecede, no contaríamos con ninguna norma jurídica objetivamente válida. Así posibilita la norma fundante básica interpretar el material propuesto al conocimiento jurídico, como un todo dotado de sentido, lo que significa que puede ser descrito en oraciones que no se contradicen lógicamente entre sí.

Entre una norma de nivel superior y una norma de nivel inferior —es decir, entre una norma que determina la producción de otra, y esta otra— no puede suscitarse ningún conflicto, dado que la norma de nivel inferior tiene en la norma de nivel superior su fundamento de validez. Si se considera como válida una norma de nivel inferior, ello quiere decir que es vista como correspondiente a una norma de nivel superior. Cómo suceda ello se mostrará en la exposición de la construcción escalonada del orden jurídico.<sup>124</sup>

f) *Legitimidad y efectividad*. El significado de la norma fundante básica se hace especialmente claro cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que es remplazada revolucionariamente por otra; cuando la existencia de todo el orden jurídico sustentado inmediatamente en la constitución es cuestionada, es decir, cuando se cuestiona la validez de ese orden.

Como se expuso en un contexto previo, el dominio de validez de una norma puede verse limitado, especialmente en lo que hace a su dominio de validez temporal. Lo que significa: el comienzo y el fin de su validez puede estar determinado por ella misma, o estarlo por una norma superior que regula su producción. Las normas de un orden jurídico valen en tanto no se pone término a su validez conforme a las determinaciones de ese orden. En tanto un orden jurídico regula su propia producción y aplicación, determina el comienzo y el fin de la validez de las normas que a él pertenecen. Las constituciones escritas contienen por lo común determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales solamente ellas pueden ser modificadas. El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea

<sup>124</sup> Cf. *infra*, pp. 228 y ss.

remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad.

Este principio, con todo, se aplica a un orden jurídico estatal con una limitación altamente significativa. No tiene aplicación en caso de revolución. Una revolución, en el sentido amplio de la palabra, que abarca también el golpe de estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir, no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales—, o su remplazo por otra. Visto desde un punto de vista jurídico, es indiferente que esa modificación de la situación jurídica se cumpla mediante un acto de fuerza dirigido contra el gobierno legítimo, o efectuado por miembros del mismo gobierno; que se trate de un movimiento de masas populares, o sea cumplido por un pequeño grupo de individuos. Lo decisivo es que la constitución válida sea modificada de una manera, o remplazada enteramente por una nueva constitución, que no se encuentra prescrita en la constitución hasta entonces válida. Por regla general, con ocasión de una revolución en este sentido, sólo se suprime la antigua constitución y ciertas leyes políticamente esenciales. Una gran parte de las leyes dictadas bajo la vieja constitución permanecen, como se suele decir, en vigencia; se trata, con todo, de una expresión inadecuada. Si esas leyes han de considerarse como válidas conforme a la nueva constitución, ello sólo es posible porque el gobierno revolucionario, expresa o tácitamente, les ha otorgado validez conforme a la nueva constitución. Lo que tenemos no es una creación enteramente nueva de derecho, sino recepción de las normas de un orden jurídico por otro, similar a la recepción del derecho romano por el derecho alemán. Pero también esa recepción es producción de derecho. Puesto que el fundamento de validez inmediato de las normas recibidas conforme a la nueva constitución, revolucionariamente instaurada, no puede ser la vieja constitución suprimida, sino solamente la nueva. Por cierto que el contenido de esas normas permanece idéntico, pero su fundamento de validez, y no sólo ello, sino también el fundamento de validez de todo el orden jurídico, se ha modificado. Con la adquisición de eficacia de la nueva constitución se ha modificado la norma fundante básica, es decir, se ha modificado el presupuesto bajo el cual tanto el hecho constituyente, como los hechos realizados, conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretadas. Si, por caso, la vieja constitución revestía el carácter de una monarquía absoluta, mientras que la nueva es el de una república parlamentaria, entonces el enunciado jurídico que describe la norma fundante básica ya no reza: los actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la vieja constitución, ya no vigente, y también conforme a las normas generales e individuales que dictaron y aplicaron, conforme a aquella constitución, el monarca absoluto y los órganos por él delegados, sino: los actos coactivos deben cumplirse bajo las condiciones y de la manera que determina la nueva constitución, y también, las normas

generales e individuales que son producidas y aplicadas por el parlamento elegido conforme a la constitución, y por los órganos delegados mediante esas normas. La nueva norma fundante no permite considerar, como hacía la antigua, a determinado individuo como el monarca absoluto, sino al parlamento elegido por el pueblo como la autoridad jurídica. De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado.

La modificación de la norma fundante básica se sigue de la modificación de los hechos que han de ser interpretados como actos de producción y de aplicación de normas jurídicas válidas. La norma fundante básica se refiere solamente a una constitución que de hecho ha sido establecida por un acto legislativo o por la costumbre, y que tiene eficacia. Una constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales. Desde el momento en que la antigua constitución ha perdido su eficacia, y la nueva la ha adquirido —es decir, desde el momento en que las normas generales no son producidas por el monarca competente según la vieja constitución, sino por el parlamento competente según la nueva, y desde que las leyes dictadas, no por el monarca, sino sólo por el parlamento, son aplicadas por los órganos designados por estas últimas leyes, y no por los designados por leyes dictadas por el monarca—, los actos que aparecen con el sentido subjetivo de producir o aplicar normas jurídicas, no son interpretados ya presuponiendo la antigua norma fundante básica, sino la nueva. Las leyes dictadas conforme a la vieja constitución, pero no receptadas, dejan de tener validez, y los órganos designados conforme a la vieja constitución dejan de ser considerados competentes. Si la revolución no triunfara —es decir, si la constitución revolucionaria, no surgida conforme a la vieja constitución, no lograra eficacia— los órganos que designara no dictarían leyes que fueran efectivamente aplicadas por los órganos previstos en ellas, sino que, en este sentido, la antigua constitución permanecería en vigencia, y no habría ocasión de presuponer, en lugar de la antigua norma fundante básica, una nueva. Entonces la revolución no sería entendida como un proceso de producción de nuevo derecho, sino como un delito de alta traición, conforme a la vieja constitución y a las leyes penales fundadas en ella y consideradas válidas. El principio que así se aplicara se denomina principio de efectividad. El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad.

g) *Validez y eficacia.* En esta limitación aparece la conexión entre validez y eficacia del derecho, sumamente importante para una teoría del derecho positivo, y que en páginas anteriores ya ha sido repetidamente subrayada. La determinación correcta de esta relación es de consuno uno de los problemas más importantes y más difíciles de una teoría positivista del derecho. Se trata

solamente de un caso especial de la relación entre el deber de la norma jurídica y el ser de la realidad natural. Puesto que el acto mediante el cual se instaura una norma jurídica positiva es —al igual que la eficacia de la norma jurídica— un hecho real. Una teoría positivista del derecho se encuentra ante la tarea de buscar entre dos extremos, ambos insostenibles, la vía media correcta. Un extremo es la tesis de que entre la validez, como lo debido, y la eficacia, como un hecho real, no existe relación alguna; de que la validez del derecho es enteramente independiente de su eficacia. El otro extremo es la tesis de que la validez del derecho es idéntica a su eficacia. La primera solución del problema se inclina a favor de una teoría idealista, la segunda, a favor de una realista.<sup>126</sup> La primera es falsa, puesto que no puede negarse que un

<sup>126</sup> Ejemplo típico de semejante teoría realista es el escrito de Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence* (cf. *supra*, p. 9). Ross intenta superar el dualismo entre validez y eficacia, como dualismo entre "realidad" y "validez". Pero esa tentativa conduce a una teoría contradictoria en sí. Ross parte, como él mismo lo menciona, del supuesto de que la ciencia jurídica apunta al conocimiento de la fáctica conducta humana, siendo por ende psicología y sociología. Dice: "Parto del supuesto de que la ciencia del derecho es una rama de la doctrina de la conducta humana, y, por lo tanto, que el fenómeno jurídico tiene que ser encontrado en el terreno de la psicología y la sociología" (p. 78). Así Ross ya presupone lo que mediante su teoría "realista" del derecho quiere demostrar: que en la descripción del derecho —o, como él dice: del fenómeno jurídico— no puede darse un dualismo entre ser y deber, entre realidad (*reality*) y validez (*validity*), puesto que teniendo el fenómeno jurídico exclusivamente el carácter de un ser real, *reality*, el derecho tiene que ser conducta fáctica, y no algo debido, una norma válida. Dado que "validez" sólo puede predicarse de una norma deontica, y no de un hecho real, puede Ross, bajo el supuesto por él admitido —pero sólo bajo tal presupuesto—, que no existe cosa alguna que sea "validez", como existencia específica de normas. "Validez en el sentido de una categoría o esfera de existencia coordinada con la realidad, es un sin sentido en el sentido literal de la palabra: la validez (valor o deber) no es nada objetivo o concebible de alguna manera; carece de significado, es una mera palabra" (p. 77). Ross cree desentrañar el concepto de una validez deontica objetiva de las normas jurídicas como una racionalización "errónea" (*erroneous*), "epistemológicamente imposible" (*epistemologically impossible*), hasta "sin sentido" (*meaningless*), de ciertos hechos psicológicos (p. 89, 91, 95), hechos que caracteriza como "actitudes de conducta" (*behaviour attitudes*) o "impulsos para la acción" (*impulses to action*) (p. 77, 81).

La inevitable consecuencia de esa concepción es que el concepto de "validez" (*validity*) no pueda ser incorporado al concepto de derecho; que el derecho tenga que ser descrito, no como un sistema de normas válidas, sino como un conglomerado de actos reales de conducta humana, como, ya mucho antes de la teoría "realista" de Ross, muchos otros intentaron hacerlo en forma de teoría que se autodesignaban como realistas. Pero Ross rechaza decididamente esas tentativas. Dice de la tentativa teórica de concebir el derecho como un mero hecho: "ello lleva a una completa destrucción del concepto de derecho. Puesto que se planteará la cuestión de cómo distinguir precisamente la conducta social que es derecho de toda otra conducta social. Esa delimitación no puede efectuarse sin volver a la noción de validez que se trataba de evitar" (p. 49). Ross llega a sostener que la supresión del concepto de validez, en el concepto de derecho, eliminaría el elemento específicamente jurídico; esto es: suprimiría aquel elemento que propiamente constituye el criterio decisivo de aquella conducta que configura el objeto de la ciencia jurídica. "No es posible llegar a una teoría verdaderamente realista del derecho eliminando todas las nociones de validez del concepto de derecho.

orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando cesan de ser eficaces; y que por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad

Ello significaría inevitablemente evaporar lo específicamente jurídico, el elemento mismo que es el criterio decisivo para distinguir aquella parte de la conducta humana que se convierte en el objeto de estudio de la ciencia jurídica (p. 145). Ross debe aceptar, por lo tanto, que el propósito de su teoría realista del derecho no reside en eliminar el concepto de validez, sino en reinterpretarlo. "Nuestro objetivo al determinar el concepto de derecho no es el de eliminar las ideas normativas, sino la de darles una interpretación diferente, entendiéndolas por lo que efectivamente son: la expresión de ciertas experiencias psicofísicas peculiares que constituyen un elemento fundamental en el fenómeno jurídico" (p. 49).

Ross no niega, por lo tanto, que con la palabra "validez" se designe un elemento esencial para el concepto de derecho, y subraya que la idea normativa no puede ser excluida de ese concepto. "Idea normativa" no puede querer decir otra cosa que la idea de una norma deóntica, en oposición a un hecho real. Pero Ross afirma que el elemento esencial del derecho, la "validez", no es algo debido, por lo tanto, algo normativo, sino un hecho real, a saber: el hecho psicológico de que los hombres que viven bajo un orden jurídico consideran a la instancia instauradora de derecho como una "autoridad", en tanto competente para hacerlo. "Las autoridades que instauran el derecho... deben ser consideradas autoridades, o las poseedoras de la *competencia jurídica* para establecer el derecho y ejercer coacción" (p. 80). En otras palabras, el elemento esencial del concepto de derecho, la "validez" que sirve para designar su carácter normativo, es un hecho real, el hecho de que se considera derecho un orden normativo cuyas normas tienen validez objetiva. Esta opinión Ross la denomina una "actitud de conducta desinteresada" (*desinterested behaviour attitude*). Su racionalización es el concepto de validez objetiva. Si esa racionalización —como sostiene Ross— es equivocada, también la creencia en la autoridad o competencia de la instancia instauradora de normas, y por ende, también la opinión de que el derecho sean normas que se encuentran en validez objetiva, será equivocada. La "actitud de conducta desinteresada" se daría, según Ross, junto al hecho de que se temen los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico, las sanciones —un hecho que Ross caracteriza como una "actitud de conducta interesada"—, como motivo de la obediencia al derecho, es decir, como una causa de la eficacia del derecho. Si se aceptara esta teoría debería definirse el derecho como aquella conducta humana provocada por una representación equivocada, a saber, la representación de que uno debe comportarse de la manera adecuada con un orden normativo objetivamente válido.

Contra esta teoría cabe sostener que, cuando se pone en lugar de la validez deóntica, el hecho real de la "errónea" creencia en una validez deóntica, no se reinterpreta, como Ross afirma, el concepto de validez, sino que se le deja a un lado; es decir, justamente se hace aquello que Ross considera equivocado: "eliminar todas las nociones de validez del concepto de derecho", reemplazándolo por un concepto enteramente diferente que no corresponde denominar inadecuadamente, en cuanto provoca un equívoco, "validez". Pero Ross rechaza la supresión del concepto de una validez deóntica, pese a efectuarla en su teoría, contradiciéndola, puesto que, en el fondo tiene que aceptar que no es posible determinar el concepto de derecho sin el recurso auxiliar del concepto de validez deóntica, concepción que por alguna razón restringe.

Si la validez, es decir el hecho psicológico que Ross denomina "validez": la creencia en la autoridad o la competencia de la instancia instauradora de derecho ("*belief in authority*", "*desinterested behaviour attitude*"), y, por lo tanto, la creencia de que uno debe comportarse conforme con el derecho como norma objetivamente válida —es, como Ross mismo afirma, un elemento esencial del concepto de derecho, el hecho siempre tendrá que presentarse cuando aparece el fenómeno jurídico. Pero claramente no siempre es así. En muchos casos en que los hombres actúan conforme a derecho —y en esa conducta fáctica consiste el fenómeno jurídico, si el derecho no es norma, sino conducta fáctica—, el motivo de la

natural, puesto que la norma jurídica positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real. La segunda solución es falsa, porque, como se

conducta no es esa creencia; puesto que la cuestión de si la instancia instauradora de derecho es "competente" por lo general ni pasa por las mentes de los hombres que se comportan conforme a derecho. En muchos casos se actúa conforme a derecho sólo por temor a las sanciones jurídicas (por una "interested behaviour attitude", según Ross); en muchos casos, la conducta conforme a derecho no está motivada ni por la creencia en la autoridad de la instancia productora de derecho, ni por temor ante las sanciones jurídicas, sino sólo por temor a las sanciones que dios imponga; y en muchísimos casos la motivación reside sólo en el deseo de evitar ciertos inconvenientes sociales que, de hecho están ligados a la conducta ilícita, sin tener el carácter de sanciones jurídicas, como la pérdida del crédito en caso de falta de pago de las deudas, o la estima social en caso de homicidio, hurto, estafa y otros delitos. Pero si el derecho es conducta fáctica, y, propiamente, conducta conforme a derecho, mientras que el motivo de la conducta conforme a derecho no es siempre el hecho real que Ross denomina "validez", esa "validez" no puede ser un elemento esencial del concepto de derecho. Como elemento esencial del concepto de derecho, la "validez" no puede ser otra cosa que una validez "deóntica" (*Soll-Geltung*). Ross rechaza la propuesta representada por la teoría pura del derecho de que el concepto de derecho comprenda el sentido con el cual el derecho se dirige a los individuos cuyo comportamiento rige, debiendo ser determinado en consecuencia como norma deóntica (*Soll-Norm*); puesto que —así sostiene Ross— "debido" no es el sentido verdadero, sino sólo un sentido ficticio (*pretended*). Pero simultáneamente dice: "con ello, sin embargo, no quisiera decir que la proposición jurídica pueda ser reinterpretada —como algunos han creído— como un enunciado en modo indicativo con respecto de lo que (probablemente) suceda en el futuro. Ello sería, de hecho, pasar por alto la tendencia de la proposición jurídica hacia 'lo que es válido'" (p. 106). Pero si el derecho no es algo debido, no es norma, sino es una realidad, y por ende, conducta fáctica, los enunciados relativos al derecho, en tanto se refieren a la conducta determinada en las normas jurídicas, serán sólo enunciados sobre una conducta que probablemente se producirá en el futuro. "La tendencia de la proposición jurídica" es justamente el sentido del enunciado sobre el derecho. Cuando el sentido de ese enunciado está dirigido hacia "lo que es válido", no puede ser un enunciado sobre un hecho, puesto que un hecho real no es válido. Sólo puede ser un enunciado sobre una norma deóntica, y no el enunciado de que los hombres creen equivocadamente deber comportarse conforme a derecho, sino el enunciado de que deben comportarse conforme a derecho.

La tesis de que la validez deóntica objetiva constituye un elemento esencial del concepto de derecho, no significa, empero, que esa validez se dé en la realidad y que por lo tanto pueda ser verificada como las propiedades sensiblemente perceptibles de un objeto. En este punto, corresponde concordar con Ross, cuando, desde el punto de vista de una consideración de orientación psicológico-sociológica, dice que la *validity* no es "algo objetivamente dado" (p. 77). Pero con ello no dice lo que tampoco afirma la teoría pura del derecho, desde el punto de vista de una consideración orientada hacia lo debido (*das Sollen*). Puesto que ésta subraya enfáticamente que la afirmación: el derecho tiene validez objetiva —es decir: el sentido subjetivo de los actos instauradores de derechos constituye también su sentido objetivo— es sólo una interpretación posible, posible bajo determinados *presupuestos*, pero no necesaria, de esos actos, siendo enteramente posible no otorgar a los actos instauradores de derecho ese sentido. Pero ello no constituye ninguna razón para descalificar el concepto de validez deóntica objetiva del derecho como una equívoca racionalización de la creencia en la autoridad, o en la competencia de la autoridad instauradora de derecho. Este concepto —si es un elemento esencial del concepto de derecho— no es una racionalización de esa creencia, dado que semejante creencia, en la mayoría de los casos en que se presente el fenómeno jurídico, en el sentido que le da la teoría "realista", simplemente no se presenta. Y la racionalización, si es que se trata en realidad de una racionalización, no es errónea. Sólo lo sería cuando la creencia racionalizada fuera equivocada, cuando tuviéramos una

mostró anteriormente,<sup>126</sup> hay múltiples casos en que se consideran válidas normas jurídicas, aunque no sean eficaces, o aun no lo sean. La solución que la teoría pura del derecho propone del problema es: así como la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a ese acto, la validez deóntica de una norma jurídica, no es idéntica a su eficacia real; la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz. Tampoco es la eficacia de un orden jurídico, al igual que el hecho de su instauración, fundamento de la validez. Fundamento de la validez es la respuesta a la pregunta por qué las normas de ese orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas; es la norma fundante básica presupuesta según la cual debe acatarse y aplicarse la constitución eficaz en términos generales, y, en consecuencia debe actuarse conforme las normas fácticamente promulgadas conforme a esa constitución, que sean en términos generales, eficaces. La instauración y la eficacia son puestas, en la norma fundante básica, como condiciones de la validez; la eficacia en el sentido de que debe agregarse al hecho de la instauración, para que tanto el orden jurídico como un todo, así como cada norma jurídica aislada no pierda su validez. Una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona. Así, un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con el alimentarse.

En el silogismo normativo fundante de la validez de un orden jurídico, el enunciado deóntico que formula la norma fundante básica (“uno debe comportarse de acuerdo con la constitución fácticamente establecida y eficaz”), constituye la premisa mayor; la premisa menor está dada por la oración enunciativa que enuncia el hecho de que la constitución fue efectivamente establecida y es eficaz, es decir, que las normas implantadas conforme a ella son, en términos generales, aplicadas y acatadas; mientras que la conclusión está dada por la oración deóntica “debes comportarte conforme al orden jurídico”, es

creencia errónea. Pero no se trata de una fe falsa, como en el caso de la creencia en la existencia de dioses. Puesto que la creencia en la autoridad de la instancia instauradora de derecho, y ello significa: en la validez deóntica objetiva del derecho, no es creencia en la existencia de esa realidad, que no existe. Se trata de una determinada interpretación del sentido de actos reales. Esa interpretación no puede ser errónea; sólo puede ser infundada. Es fundada, empero, cuando, como muestra la teoría pura del derecho, presupone una norma fundante básica que legitima el sentido subjetivo del acto productor de derecho como su sentido objetivo. Lo que Ross denomina “racionalización errónea” no es otra cosa sino lo que la Teoría pura del derecho verifica como el carácter condicionado de la validez jurídica objetiva.

<sup>126</sup> Cf. *supra*, pp. 11, 92.

decir: el orden jurídico tiene validez. Las normas de un orden jurídico positivo valen *porque* la norma fundante básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez *cuando* (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz. Tan pronto la constitución, y ello significa: el orden jurídico instaurado sobre esa base, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como también cada una de sus normas, pierde su validez.

Pero el orden jurídico no pierde su validez porque una norma jurídica aislada pierda su validez, es decir, porque no sea aplicada en general, o en casos particulares. Un orden jurídico es considerado válido, cuando sus normas, en términos generales y a grandes rasgos, son eficaces, es decir, son fácticamente acatadas y aplicadas. Y tampoco pierde su validez una norma jurídica aislada cuando sólo carece de eficacia en casos aislados, es decir, cuando entonces no es acatada o aplicada, aunque deba serlo. Como ya se señaló en otro contexto, es inevitable la posibilidad de una oposición entre lo que una norma estatuye como debido y lo que de hecho acaece, siendo la norma que estatuyera como debido sólo aquello de lo cual de antemano se sabe que tiene que producirse conforme a una ley natural, un sinsentido: semejante norma no sería considerada válida. Por el otro lado, tampoco lo es, aquella que nunca es acatada o aplicada. Y, de hecho, la norma jurídica, al ser duraderamente inaplicada o no acatada, puede perder su validez mediante la llamada *desuetudo*, o desuso. La *desuetudo* es una suerte de costumbre negativa, cuya función esencial reside en eliminar la validez de una norma existente. Si la costumbre, en general, es un hecho productor de derecho, entonces también el derecho escrito puede ser derogado por un derecho consuetudinario. Si la eficacia, en el sentido desarrollado arriba, es condición de la validez, no sólo del orden jurídico como un todo, sino también de una norma jurídica aislada, entonces la función productora de derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita, por lo menos en la medida en que se tome en cuenta la función negativa de la *desuetudo*.

La relación que se acaba de exponer entre validez y eficacia se refiere a normas jurídicas generales. Pero también las normas jurídicas individuales, mediante las cuales se ordena, como en el caso de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, un acto único de coacción, pierden su validez cuando son dejadas de cumplir duraderamente, permaneciendo así sin eficacia, como ya se expuso en el caso anteriormente evocado de un conflicto entre dos sentencias judiciales.<sup>127</sup>

La eficacia es una condición de la validez, pero no se identifica con ella. Esto debe señalarse con todo énfasis, puesto que siempre se reincide en la tentativa de identificar la validez del derecho con su eficacia; uno se ve llevado a esta identificación porque la misma pareciera simplificar esencialmente el

<sup>127</sup> Cf. *supra*, pp. 211 y ss.

planteo teórico. Pero tal tentativa está necesariamente condenada al fracaso. No sólo porque, como se ve de lo anterior, puede considerarse válido al orden jurídico o a la norma jurídica ineficaces hasta cierto punto, mientras que una norma absolutamente eficaz, que en ninguna circunstancia puede ser violada, no es considerada válida porque no puede tenérsela en general por una norma; sino especialmente porque cuando se afirma la validez, es decir, la existencia específica del derecho, como dada en alguna realidad natural, uno se sitúa fuera de la posibilidad de captar el sentido peculiar con que el derecho se dirige a la realidad, contraponiéndose al hacerlo a ésta, realidad que, sólo en cuanto no es idéntica con la validez del derecho, puede corresponder a éste o contradecirlo. Así como es imposible abstraer de la realidad cuando se determina la validez, igualmente es imposible identificar la validez con la realidad. Si en lugar del concepto de realidad —como eficacia del orden jurídico— se recurre al concepto de poder, el problema de la relación entre validez y eficacia del orden jurídico, pasa a coincidir con el mucho más corriente de la relación entre derecho y poder. Y la solución aquí intentada no es más que la formulación científica exacta de la vieja verdad: el derecho, por cierto, no puede darse sin poder, pero, con todo, no es idéntico al poder. Es, en el sentido de la teoría aquí desarrollada, un determinado orden (u organización) del poder.

h) *La norma fundante básica del derecho internacional.* Si se considera también el orden jurídico internacional en su relación con los órdenes jurídicos estatales particulares, y si se supone —como muchas veces sucede— que el derecho internacional a lo sumo vale frente a un Estado, cuando éste lo reconoce, es decir, cuando el gobierno del Estado, fundándose en la constitución estatal, lo reconoce, entonces puede mantenerse la respuesta dada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho: se trata de una norma fundante básica, presupuesta y referida a la constitución vigente del Estado. Puesto que así el derecho internacional no es más que parte integrante del orden jurídico estatal, representado como soberano, cuyo fundamento de validez está dado por la norma fundante básica referida a la constitución vigente. En tanto fundamento de validez de la constitución estatal, ella es simultáneamente el fundamento de validez del derecho internacional reconocido con fundamento en la constitución estatal, es decir, del derecho internacional establecido como válido para el Estado. La situación se modifica, sin embargo, si no se ve en el derecho internacional una parte integrante del orden jurídico estatal, sino un orden jurídico supraordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez; si no se parte de la primacía del orden jurídico de un Estado, sino de la primacía del orden jurídico internacional.<sup>128</sup> Este orden contiene, en los hechos, una norma que representa el funda-

<sup>128</sup> Cf. *infra*, pp. 336 y ss.

mento de validez de los órdenes jurídicos de los Estados particulares. De ahí que pueda encontrarse el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares en el derecho positivo internacional. Dado que se trata de una norma positiva, y no de una norma meramente presupuesta, la que es fundamento de validez de ese orden jurídico particular. La norma del derecho internacional que representa este fundamento de validez por lo común es descrita en el enunciado que dice que, según el derecho internacional general, el gobierno que ejerce, en forma independiente de otros gobiernos, control efectivo sobre la población de determinado territorio, constituye el gobierno legítimo, configurando el pueblo que vive en ese territorio bajo tal gobierno, un Estado en el sentido del derecho internacional; sin tomar en cuenta, en ello, que ese gobierno ejerza el control efectivo con base en una constitución ya existente previamente, o sólo con base en una constitución establecida revolucionariamente. Traducido al lenguaje jurídico: una norma del derecho internacional general faculta a un individuo, o a un grupo de individuos, con fundamento en una constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo, en tanto gobierno legítimo; esa norma legitima así al orden coactivo, para el dominio territorial en que cuenta con fáctica eficacia, como orden jurídico válido, y a la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, como un Estado en el sentido del derecho internacional; sin atender a que ese gobierno haya logrado el poder conforme a una constitución ya existente o por vías revolucionarias. Ese poder tiene que ser visto, según el derecho internacional, como un poder jurídico. Ello significa que el derecho internacional legitima la revolución triunfante como un procedimiento de producción de derecho. Si así, el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares es reconocido en una norma positiva del derecho internacional, en su aplicación a la constitución del Estado —sobre cuya base se ha erigido el orden jurídico estatal particular—, el problema de la norma fundante básica queda desplazado. Puesto que el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares ya no se encontrará en una norma presupuesta, sino en una norma jurídica positiva, implantada efectivamente, del derecho internacional; se plantea entonces la pregunta acerca del fundamento de validez de esa norma, y, también, la pregunta por el fundamento de validez del orden jurídico internacional, integrado por la norma en que reposa la autoridad del orden jurídico de cada Estado, la norma en que cada orden jurídico encuentra su fundamento de validez inmediato, aunque no último. Este último fundamento de validez sólo puede constituirlo la norma fundante básica del derecho internacional, que, de ese modo, es el fundamento de validez mediato del orden jurídico estatal. En tanto auténtica norma fundante básica, no es una norma impuesta, sino una norma presupuesta.

Establece los presupuestos bajo los cuales pueden considerarse como normas jurídicas obligatorias para los Estados, las normas eficaces, en términos generales, del llamado derecho internacional general, que regula las relaciones recíprocas de todos los Estados. Estas normas son producidas por vía de una costumbre constituida por el comportamiento efectivo de los Estados, es decir, por la conducta de los hombres que, según los órdenes jurídicos estatales, actúan como gobierno. Si cabe interpretarlas como normas jurídicas obligatorias para los Estados, es porque se presupone una norma fundante básica que establece a la costumbre de los Estados como un hecho productor de derecho. Reza: los Estados —es decir, los gobiernos estatales— deben comportarse en sus relaciones recíprocas, o bien la coacción de un Estado contra otro, debe ejercerse bajo las condiciones y en la manera que corresponda conforme a una costumbre interestatal dada.<sup>129</sup> Ésta es la constitución lógico-jurídica del derecho internacional.<sup>130</sup>

Una de las normas del derecho internacional general, producida por la costumbre, faculta a los Estados a regular sus relaciones recíprocas mediante tratados. En esta norma, producida consuetudinariamente, encuentran las normas jurídicas, del derecho internacional, producidas convencionalmente su fundamento de validez. Corrientemente se la formula diciendo: *pacta sunt servanda*. En la norma fundante presupuesta del derecho internacional, que establece a la costumbre de los Estados como un hecho productor de derecho, se expresa un principio que es el presupuesto fundante de todo derecho consuetudinario: el particular debe comportarse como los demás, considerando que así deben hacerlo, suelen comportarse, principio aplicado al comportamiento recíproco de los Estados, es decir, a la conducta de los hombres que, según el orden jurídico del Estado, son calificados de alguna manera como órganos, y, propiamente, como órganos gubernamentales.<sup>131</sup>

Tampoco se encuentra en la norma fundante básica del derecho internacional la afirmación de ningún valor trascendente al derecho positivo; ni siquiera del valor de la paz que garantizaría el derecho internacional general producido por vía de la costumbre, y el derecho internacional particular producido con base en la norma jurídica que permite celebrar convenios. El derecho internacional y, presuponiendo su primacía, los órdenes jurídicos de cada Estado a él subordinado, valen porque y en tanto hacen efectivo el valor de la paz. Pueden hacerlo efectivo, cuando y en tanto tengan validez; pero

<sup>129</sup> Con respecto del hecho de la costumbre interestatal, *cf. infra*, pp. 323 y ss.

<sup>130</sup> Para la cuestión de por qué no puede admitirse ninguna norma jurídica positiva, producida consuetudinariamente, que instaure como hecho productor de derecho el hecho de la costumbre interestatal, *cf., infra*, p. 332.

<sup>131</sup> La doctrina sustentada por algunos autores —y originalmente también por mí— de que debería considerarse a la norma *pacta sunt servanda* como el fundamento del derecho internacional, la rechazo puesto que sólo cabe mantenerla recurriendo a la ficción de que la costumbre de los estados es un contrato tácito.

valen cuando se presupone la norma fundante básica que establece a la costumbre interestatal como un hecho productor de normas, sea cual fuere el contenido de las normas así producidas. Si se encuentra, entonces, el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales en una norma del orden jurídico internacional, éste tiene que ser pensado como un orden jurídico superior a aquéllos, y, también, como el orden jurídico supremo y soberano. Si se caracteriza aún a los Estados —es decir, a los órdenes jurídicos estatales— como “soberanos”, esta “soberanía” de los Estados sólo puede significar que los órdenes jurídicos estatales están sólo sometidos al orden jurídico internacional, o, expresándolo con la terminología usual, que los Estados son comunidades dependientes inmediatamente del derecho internacional.

i) *La teoría de la norma fundante básica y la doctrina del derecho natural.* Si la cuestión del fundamento de validez del derecho positivo, es decir, la pregunta de por qué deben aplicarse y acatarse las normas de un orden coactivo, buscara una justificación ético-política de tal orden coactivo y un patrón firme para poder juzgar a un orden jurídico positivo como justo, y, por ende, como válido, o como injusto, y, por ende, como inválido, entonces la norma fundante básica establecida por la teoría pura del derecho no provee de tal justificación, ni de semejante patrón. Ya que el derecho positivo sólo queda justificado —como ya se señalara<sup>132</sup>— mediante una norma, o un orden normativo, conforme al cual el derecho positivo, por su contenido, puede corresponder o no corresponder, es decir, ser no sólo justo, sino también injusto. Pero la norma fundamental que la teoría pura del derecho establece como condición de la validez objetiva del derecho, sirve de fundamento a la validez de todo orden jurídico positivo, es decir, del orden coactivo, eficaz en general, instaurado mediante actos humanos. La teoría pura del derecho, como corresponde a una teoría jurídica positivista, no puede sostener que un orden jurídico positivo no corresponda a su norma básica, y que, por ende, no tenga que ser considerado válido. El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que, como debe subrayarse enfáticamente, de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico. Todo orden coactivo eficaz en términos generales puede ser interpretado como un orden normativo objetivamente válido. No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico; y justamente en su teoría de la norma fundante básica demuestra la teoría pura del derecho ser una doctrina jurídica positivista. Describe el derecho positivo, es decir, cualquier orden coactivo eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido, estableciendo que esa interpretación sólo es posible bajo condición de que se presuponga una norma fundante básica

<sup>132</sup> Cf. *supra*, pp. 69 y ss.

según la cual el sentido subjetivo de los actos productores de derecho, también sea su sentido objetivo. Caracteriza así esa interpretación como una interpretación posible, no como una interpretación necesaria, y plantea la validez objetiva del derecho positivo como condicionada, condicionada por el presupuesto de la norma fundante básica. Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultamientos, derechos, competencias, etcétera, constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlos así. Cabe interpretarlos incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan, y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente.<sup>133</sup> Dado que la norma fundante básica, como se mostró, en tanto norma pensada para fundar la validez del derecho positivo, sólo es la condición lógico-trascendental de esa interpretación normativa, no desempeña ninguna función ético-política, sino una función teórica de conocimiento.<sup>134</sup>

Una doctrina iusnaturalista coherente se diferencia de una doctrina jurídica positivista en que busca el fundamento de validez del derecho positivo, es decir, de un orden coactivo eficaz en términos generales, en un derecho natural diferente del derecho positivo, y, por lo tanto, en una norma u orden normativo con el cual el derecho positivo puede, o no, corresponder en lo que hace a su contenido; de suerte que cuando el derecho positivo no se adecua a esa norma, o a ese orden normativo, tiene que ser visto como inválido. Conforme a una auténtica doctrina del derecho natural, por consiguiente, no puede interpretarse a cualquier orden coactivo —a diferencia de lo que

<sup>133</sup> El ejemplo que anteriormente elegía para ejemplificar el presupuesto sólo posible y no necesario, de la norma fundante, es equívoco. El anarquista rechaza al derecho, como orden coactivo, emocionalmente, lo desprecia, aspira a una comunidad constituida sin un orden coactivo, una comunidad libre de coacción. El anarquismo es una actitud política, fundada en determinado deseo. La interpretación sociológica, que no presupone la norma fundante básica, es una actitud teórica. También un anarquista, como jurista, puede describir un derecho positivo como un sistema de normas válidas, sin aprobarlo. Algunos libros de texto en que se describe un sistema de normas constitutivo de obligaciones, facultamientos, derechos y competencias, fueron escritos por juristas que menospreciaban políticamente esos órdenes jurídicos.

<sup>134</sup> De ahí que la doctrina de la norma fundante básica no sea —como a veces se la ha pensado erróneamente— una teoría del reconocimiento. Ésta sostiene que el derecho positivo vale cuando es reconocido por los individuos a él sujetos, es decir, cuando esos individuos quieren que uno deba comportarse conforme con las normas del derecho positivo. Este reconocimiento es afirmado como fácticamente dado, y, si no se puede verificarlo, se le supone como un reconocimiento "tácito". La teoría del reconocimiento presupone —consciente o inconscientemente— el ideal de la libertad individual como autodeterminación, es decir la norma que dice: el individuo debe solamente, lo que él mismo quiere. Ésta es la norma básica de esa teoría. La diferencia entre ella y la teoría de la norma fundante básica de un orden jurídico positivo, asumida por la Teoría pura del derecho, es innegable.

hace la teoría pura del derecho como teoría jurídica positivista—, eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido. La posibilidad de un conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo, esto es, entre el derecho natural y un orden coactivo eficaz, incluye la posibilidad de tener que considerar ese orden coactivo como carente de validez. Sólo en la medida en que el derecho positivo, es decir, un orden coactivo eficaz en términos generales, puede corresponder o no corresponder, por su contenido, al derecho natural; esto es, en la medida en que el derecho positivo puede ser no sólo justo, sino también injusto y, por ende, inválido, puede el derecho natural servir como patrón ético-político del derecho positivo, y, por lo tanto, como una posible justificación ético-política del derecho positivo. Allí reside justamente la función esencial del derecho natural. La teoría del derecho que se caracteriza a sí misma como iusnaturalista y que formula el fundamento de validez de la norma u orden normativo representativos del derecho positivo, excluyendo un conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo, en tanto, por ejemplo, afirma que la naturaleza ordena obedecer a todo orden jurídico positivo, sea cual fuere el comportamiento que ese orden prescriba, se autoelimina como una doctrina del derecho natural, es decir, como una doctrina sobre la justicia. Abandona así la función esencial al derecho natural de constituir un patrón ético-político, y, también, una posible justificación del derecho positivo.

En que, conforme a una doctrina jurídica positivista, la validez del derecho positivo descansa en una norma fundante básica, que no constituye una norma impuesta, sino una norma presupuesta, es decir, en una norma que no es norma alguna del derecho positivo cuya validez ella funda; y en tanto también la doctrina del derecho natural hace descansar la validez del derecho positivo en una norma que no es norma del derecho positivo, en cuyo respecto funciona como patrón axiológico, puede verse cierto límite trazado al principio del positivismo jurídico, pudiendo caracterizarse la distinción entre la doctrina positivista del derecho, y una doctrina iusnaturalista, como una diferencia meramente relativa, y no absoluta. Pero la diferencia entre ambas es lo suficientemente grande como para excluir la concepción que ignora esa diferencia y que sostiene que la teoría positivista representada por la teoría pura del derecho, en relación con la norma fundante básica, sea una doctrina iusnaturalista.<sup>135</sup>

j) *La norma fundante del derecho natural.* Dado que la teoría pura del derecho, como teoría positivista del derecho, no da con su norma fundante básica del derecho positivo ningún patrón para la justicia o injusticia de ese

<sup>135</sup> Al utilizar ocasionalmente la expresión, no muy feliz, de "derecho natural lógico-jurídico" contemplaba la función gnoseológico-teórica, y no la función ético-política, de la norma básica. En relación con la interpretación de la teoría pura del derecho como doctrina iusnaturalista, cf. *Die Normen der Gerechtigkeit*, párrafo 51.

derecho, no cumpliendo ninguna justificación ético-política del mismo, muy frecuentemente se la juzga como insatisfactoria. Lo que se busca es un criterio para evaluar al derecho positivo como justo o injusto, y, sobre todo, un criterio para justificarlo en tanto derecho justo. Semejante criterio firme sólo puede prestarlo una doctrina iusnaturalista, si las normas del derecho natural que expone, que prescriben determinada conducta como justa, poseen la validez absoluta que pretenden, es decir, si excluyen la posibilidad de la validez de normas que prescriban, como justa, la conducta contrapuesta. La historia de la doctrina del derecho natural muestra, sin embargo, que tal no es el caso. Tan pronto la doctrina iusnaturalista pasa a determinar el contenido de las normas deducidas de la naturaleza, como inmanentes a ésta, incurre en las más agudas oposiciones. Sus representantes no proclaman *un* derecho natural, sino varios muy diferentes, entre sí contradictorios. Ello, sobre todo, en lo que atañe a las cuestiones fundamentales de la propiedad y de la forma del Estado. Conforme a una doctrina iusnaturalista, sólo es "natural" la propiedad privada particular, mientras que para otra, sólo la propiedad colectiva; conforme a una, sólo la democracia, mientras que para la otra lo "natural" es la autocracia, donde por "natural" se entiende justa. Todo derecho positivo que corresponde al derecho natural de una de esas doctrinas y que, por lo tanto, es juzgado justo, contradice al derecho natural de la otra, siendo en consecuencia, considerado injusto. La doctrina del derecho natural, cuando ha sido efectivamente desarrollada, no pudiendo desenvolverse de otro modo, está muy lejos de ofrecer el criterio firme que de ella se esperaba.

Pero también la suposición de que la doctrina del derecho natural pudiera dar una respuesta incondicionada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo, reposa en un error. Semejante doctrina ve el fundamento de validez del derecho positivo en el derecho natural, es decir, en un orden instaurado por una autoridad naturalmente suprema, puesta por encima del legislador humano. En este sentido, también el derecho natural es un derecho impuesto, es decir, positivo; sólo que no se trata de un derecho establecido por una voluntad humana, sino por una voluntad sobrehumana. Una doctrina iusnaturalista puede, por cierto, sostener —aunque no podría demostrarlo— que la naturaleza ordena que los hombres deban comportarse de determinada manera. Pero como un hecho no puede ser fundamento de validez de una norma, una doctrina iusnaturalista lógicamente correcta no puede negar que sólo cabe interpretar como válido al derecho correspondiente al derecho natural, si se presupone una norma que diga: deben obedecerse las órdenes de la naturaleza. Ésta es la norma fundante básica del derecho natural. También la doctrina del derecho natural tiene que dar, a la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo, una respuesta condicionada. Si afirmara que la norma que obliga a obedecer las órdenes de la naturaleza fuera inmediatamente evidente, se equivocaría. Esta afirmación es inadmi-

sible. No sólo en general, por no haber ninguna norma inmediatamente evidente relativa a la conducta humana, sino, en especial, porque esa norma, mucho menos que cualquier otra, no podría ser afirmada como inmediatamente evidente. Ya que, para la ciencia, la naturaleza es un sistema de elementos determinados por leyes causales. La naturaleza carece de voluntad y mal puede, por ende, instaurar normas. Las normas sólo pueden ser supuestas como immanentes a la naturaleza, cuando se supone que en la naturaleza se da la voluntad de dios. Que dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad —o de alguna otra manera— ordene a los hombres comportarse de determinada manera, es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica, dado que el conocimiento científico no puede tener por objeto un acontecimiento afirmado más allá de toda experiencia posible.

### 35. *La construcción escalonada del orden jurídico*

a) *La constitución.* En lo anterior repetidas veces se apuntó la peculiaridad del derecho de regular su propia producción. Ello puede acaecer de manera que una norma sólo prescriba el procedimiento mediante el cual se produce otra norma. Es también posible, sin embargo, en que al hacerlo —y hasta cierto grado— también se determine el contenido de la norma producida. Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.

Si, por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir,

mediante un acto legislativo. Dado que, en este segundo caso, siempre queda vertida en un documento, se suele hablar de una constitución “escrita”, para distinguirla de la constitución no escrita producida por la costumbre. La constitución material puede estar formada también en parte por normas escritas, y en parte, por normas de un derecho no escrito, producido consuetudinariamente. Las normas no escritas, producidas consuetudinariamente, de la constitución, pueden ser codificadas, convirtiéndose, cuando esa codificación es efectuada por un órgano productor de derecho, teniendo así carácter obligatorio, en una constitución escrita.

De la constitución en sentido material, corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado “constitución” que, como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la forma constitución que, como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí designamos como constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico estatal.

La producción de normas jurídicas generales, reguladas por la constitución en sentido material, tiene, dentro de los órdenes jurídicos estatales modernos, el carácter de una legislación. Su regulación por la constitución implica la determinación de los órganos facultados para la producción de normas jurídicas generales, sean leyes u ordenanzas. Si se considera que los tribunales están facultados también para aplicar el derecho consuetudinario, necesitan estar autorizados a ello por la constitución; de igual modo, que lo están para aplicar las leyes. Es decir; la constitución tiene que instaurar a la costumbre, constituida por el comportamiento habitual de los individuos —ciudadanos o súbditos— sometidos al orden jurídico estatal, como un hecho productor de derecho. Si la aplicación de la costumbre por los tribunales es vista como conforme a derecho, aunque la constitución escrita no contenga facultamiento alguno al respecto, resultará que esa autorización —como veremos más adelante—<sup>186</sup> no puede estar dada en una norma de la constitución no escrita, surgida consuetudinariamente, sino que tiene también que ser *presupuesta*, así como se presupone que la constitución escrita reviste el carácter de norma obligatoria, si se considera que las leyes y ordenanzas dictadas de conformidad con ellas son normas jurídicas obligatorias. Entonces, la norma fundante básica —en tanto constitución en sentido lógico-jurídico— establece no sólo el acto del constituyente, como hecho productor de derecho, sino también a la

<sup>186</sup> Cf. *infra*, p. 232.

costumbre constituida por la conducta de los sujetos sometidos al orden jurídico producido conforme a la constitución.

La constitución del Estado puede aparecer, como constitución escrita, en la forma constitucional específica, es decir, como normas que no pueden ser derogadas o modificadas mediante las leyes usuales, sino sólo bajo condiciones más difíciles. Pero tal cosa no es necesaria; así, no sucede cuando no hay constitución escrita alguna, cuando la constitución ha surgido por vía de la costumbre, es decir, por el comportamiento consuetudinario de los individuos sometidos al orden jurídico estatal y, también, cuando no está codificada. Entonces también las normas que revisten el carácter de constitución material pueden ser derogadas o modificadas por simples leyes o por el derecho consuetudinario.

Es posible que el órgano competente para la promulgación, derogación y enmienda de las leyes constitucionales en el específico sentido formal, sea diferente del órgano competente para promulgar, derogar y enmendar leyes usuales. Para la primera función mencionada puede convocarse un órgano competente particular, diferente, por una constitución y por el procedimiento de elección, del órgano competente para la segunda función mencionada, sea, por ejemplo, una asamblea constituyente (o, más correctamente: legisladora constituyente). Pero, por lo común, ambas funciones son desempeñadas por el mismo órgano.

La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescripto. Más eficaz es, en cambio, excluir por la constitución leyes de determinados contenidos. El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse. Tiene eficacia cuando la promulgación de una ley tal —sea una ley que lesione la denominada libertad personal, o la libertad de conciencia o la igualdad— sea puesta bajo la responsabilidad personal de determinados órganos intervinientes en la promulgación: jefe del Estado, ministro; o bien, cuando cabe la posibilidad de cuestionar y anular semejante ley. Todo ello bajo el presupuesto de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y su contenido; es decir, cuando la norma constitucional sólo pudiera ser modificada o suprimida bajo condiciones más difíciles, como la de contar con una mayoría calificada, un quórum más elevado, etcétera; es decir, que la constitución prescriba para su modificación o supresión un procedimiento distinto del procedimiento legislativo corriente, un procedimiento más

difícil; o sea, que junto a las formalidades legales propiamente dichas, existan formalidades constitucionales.

b) *Legislación y costumbre.* El nivel siguiente a la constitución está constituido por las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. Las constituciones de los Estados modernos establecen, casi sin excepciones, órganos legislativos especiales, competentes para producir normas generales aplicables por los tribunales y los organismos administrativos, de suerte que al escalón de los procedimientos constituyentes, sigue el escalón de la legislación, y a éste le sigue el de los procedimientos judiciales y administrativos. Con todo, esta articulación en tres niveles no es inevitable. Es posible que la constitución no prevea ningún órgano legislativo especial, estando los tribunales y organismos administrativos inmediatamente facultados por la constitución para producir ellos mismos las normas que aplicarán en los casos concretos, por considerarlas adecuadas o justas. De esta posibilidad hablaremos más adelante. En lo que sigue, sólo se considerará, por de pronto, el caso normal: un orden jurídico que establece un órgano legislativo especial. La integración y constitución del órgano legislativo es uno de los factores más importantes que determinan la denominada forma del Estado. Si tenemos a un individuo único, sea un monarca hereditario o un dictador llegado al poder revolucionariamente, contaremos con una autocracia; si se trata de la asamblea de todo el pueblo, o de un parlamento elegido por el pueblo, tendremos una democracia. Sólo en el caso de una legislación democrática se necesita de disposiciones que regulen el procedimiento legislativo, lo que aquí significa, que regulen la participación en las asambleas populares, o en las elecciones parlamentarias, el número de sus componentes, la forma en que adopta sus decisiones, etcétera. Todas estas disposiciones pertenecen a la constitución en el sentido material, aun cuando no siempre revisten la forma constitucional, apareciendo como simples leyes. Si junto al órgano corriente de legislación existe un órgano distinto de aquél con competencia para dictar normas constitucionales, y si en una ley con fuerza constitucional de este último órgano —por ejemplo una ley que modifique el procedimiento legislativo— se facultara al órgano legislativo corriente para establecer, mediante una simple ley, los procedimientos electorales, tendríamos que el escalón de la constitución material se dividiría a su vez en dos gradas.

Las normas jurídicas generales producidas por vía legislativa son normas conscientemente impuestas, es decir, normas promulgadas por escrito. Los actos constitutivos del hecho de la legislación son actos de producción de normas, de instauración de normas; es decir, su sentido subjetivo es un deber ser. La constitución erige ese sentido subjetivo en un significado objetivo, el hecho de la legislación es instaurado como un hecho productor de derecho. Pero la constitución puede también establecer como hecho creador de derecho un hecho consuetudinario específicamente caracterizado. Ese hecho, como ya se expuso

anteriormente,<sup>187</sup> se reconoce en cuanto los hombres pertenecientes a una comunidad jurídica se comportan bajo ciertas condiciones iguales, en manera determinada igual; en que ese comportamiento se produce durante un tiempo suficientemente largo; que de ese modo, con la costumbre que los individuos constituyen con su actuación, surge la voluntad colectiva de que así debe uno comportarse. Entonces, el sentido subjetivo del hecho constitutivo de la costumbre es un deber; el sentido de que de ese modo debe uno comportarse según costumbre. En tanto norma jurídica válida objetivamente, el sentido subjetivo del hecho consuetudinario sólo puede ser interpretado en tanto el hecho así caracterizado es instaurado en la constitución como un hecho productor de normas.

Siguiendo a la jurisprudencia tradicional,<sup>188</sup> se supone que la *opinio necessitatis* constituye un elemento esencial del hecho consuetudinario. Ello significa que los actos constitutivos de la costumbre tienen que producirse bajo la idea que deben efectuarse. Esta opinión supone, empero, un acto volitivo individual o colectivo, cuyo sentido subjetivo sea que uno debe comportarse conforme a la costumbre. Cuando el derecho consuetudinario, así como el derecho legislado, es derecho positivo, esto es, un derecho impuesto, tiene que haber un acto de voluntad, individual o colectivo, cuyo sentido subjetivo sea un deber, que pueda ser interpretado como una norma válida objetivamente, como derecho consuetudinario.

Como ya se subrayó anteriormente, el derecho consuetudinario sólo puede ser aplicado por los órganos de aplicación del derecho, cuando puede considerarse que esos órganos están facultados para ello. Si tal autorización no estuviera concedida por la constitución, en sentido jurídico-positivo; es decir, si la costumbre calificada no es instaurada por la constitución jurídico-positiva como un hecho productor de derecho, entonces, debería considerarse conforme a derecho la aplicación del derecho consuetudinario y, en especial, la aplicación de un derecho consuetudinario que derogue el derecho legislado, sólo de admitirse que la instauración de la costumbre como un hecho productor de derecho se ha cumplido ya en la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico. Es decir, tiene que darse por presupuesta una norma fundante básica que no sólo establezca como hecho productor de derecho al hecho constituyente, sino también al hecho de una costumbre calificada.

Así sucede cuando la constitución de una comunidad jurídica aparece no por vía de una legislación escrita, sino por vía de la costumbre, estando los órganos de aplicación del derecho facultados para aplicar el derecho consuetudinario. Esta situación no puede ser interpretada como si la costumbre fuera esta-

<sup>187</sup> Cf. *supra*, pp. 9, 54 y ss.

<sup>188</sup> Con respecto del origen de la doctrina sobre la *opinio necessitatis*, cf. Paul Guggenheim, *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens*, Académie de droit international, Recueil des Cours, t. 94, 1958, II, p. 52.

blecida como hecho productor de derecho por la constitución producida consuetudinariamente, en tanto constitución consuetudinaria jurídico-positiva. Ello constituiría una *petitio principii*. Puesto que si la constitución jurídico-positiva, es decir, la norma que regula la producción de normas generales, puede ser producida por vía de costumbre, tiene que presuponerse ya que la costumbre es un hecho productor de derecho. Pero este presupuesto sólo puede ser la norma fundante básica misma, que es la constitución en sentido lógico-jurídico. Tenemos entonces el caso anteriormente mencionado,<sup>139</sup> de que la norma fundante básica, como constitución en sentido lógico-jurídico, no se refiere inmediatamente a una constitución en sentido jurídico-positivo, y sólo mediatamente al orden jurídico establecido conforme a ella, sino que se refiere inmediatamente a ese orden jurídico producido consuetudinariamente. Ello acaece especialmente en relación con la norma fundante básica del orden jurídico internacional general, cuyas normas son producidas por vía de la costumbre de los Estados y son aplicadas por los órganos de cada Estado.<sup>140</sup>

El derecho legislado y el derecho consuetudinario se derogan recíprocamente según el principio de la *lex posterior*. Mientras, sin embargo, que una norma constitucional, en sentido formal, no puede ser eliminada o enmendada por una ley simple, sino sólo mediante una norma de nivel constitucional, el derecho consuetudinario tiene efecto derogatorio también con respecto de una norma constitucional formal, hasta con respecto de la norma constitucional que expresamente excluya la aplicación del derecho consuetudinario.

La concepción que ve en la costumbre un hecho productor de derecho se sitúa frente a otra que no da a este hecho un carácter constitutivo, sino sólo un carácter declarativo. Como decía Savigny, "la costumbre es el rasgo distintivo del derecho positivo, pero no el fundamento de su aparición".<sup>141</sup> Así se expresa la teoría representada por la Escuela Histórica Alemana, de que el derecho no es producido ni por la legislación, ni por la costumbre, sino por el espíritu del pueblo, de suerte que tanto el uno como el otro de esos procedimientos de producción de derecho sólo permiten establecer la existencia de un derecho que ya es válido con anterioridad. La misma teoría es tomada por la teoría sociológica del derecho francés, con la diferencia que el derecho no es producido por el espíritu del pueblo, sino por la llamada *solidarité sociale*.<sup>142</sup>

Según ambas teorías, el derecho declarativamente establecido, y no producido, por la legislación o la costumbre, puede pretender validez en tanto y en cuanto es reproducción de un derecho preexistente. Ambas teorías son, en el fondo, variaciones de la doctrina del derecho natural, cuyo dualismo, entre

<sup>139</sup> Cf. *supra*, p. 204.

<sup>140</sup> Cf. *supra*, pp. 221 y ss.

<sup>141</sup> Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, p. 35.

<sup>142</sup> Cf. León Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, pp. 80 y ss, y 616.

un derecho naturalmente producido y un derecho producido por los hombres, reflejan en el dualismo de un derecho producido por el espíritu del pueblo, o por la solidaridad social, y un derecho reproducido mediante la legislación y la costumbre. Lo que se dijo contra aquella doctrina, puede argumentarse contra las dos otras. Desde el punto de vista de una doctrina positivista del derecho, que no puede admitir ni la existencia de un espíritu popular imaginario, ni la de una "solidaridad social" igualmente imaginaria, la función constitutiva, es decir, productora de derecho de la costumbre es tan poco susceptible de dudas, con la de la legislación.

La pregunta de si efectivamente se ha dado el hecho de una costumbre productora de derecho, sólo puede ser resuelta por el órgano de aplicación del derecho. De ahí se ha concluido que la regla que expresa el comportamiento consuetudinario de los hombres, sólo se convierte en norma jurídica a través de su reconocimiento por el tribunal que la aplica, y que, por consiguiente, las normas del derecho consuetudinario son producidas solamente por los tribunales. Sin embargo, la relación del órgano jurídico de aplicación, especialmente, los tribunales, con las normas del derecho consuetudinario, no es distinta a la que tienen con las normas del derecho legislado. Puesto que así como el órgano que tiene que aplicar una norma producida consuetudinariamente, debe establecer el hecho de la costumbre, es decir, resolver el interrogante de si efectivamente por costumbre se produjo la norma que tiene que aplicar, el órgano que debe aplicar una norma producida por vía legislativa, tiene que establecer el hecho de su promulgación legislativa, es decir, resolver el interrogante de si por vía legislativa se produjo la norma que le corresponde aplicar. Esta pregunta puede ser más fácil de resolver en el segundo caso, por lo cual aparece con menos claridad en la conciencia de esos órganos, que la pregunta de si una norma ha surgido por vía consuetudinaria, especialmente cuando las leyes son publicadas en una publicación oficial. Pero la función del órgano aplicador de derecho de establecer la existencia de la norma aplicable y, por ende, su producción conforme a la constitución, es en ambos casos la misma. Y en ambos casos existe ya una norma jurídica general producida antes del acto de aplicación de derecho. La determinación del hecho, por parte del órgano de aplicación, es, por cierto, como ya lo expondremos más minuciosamente, constitutiva; pero esta determinación constitutiva se produce con fuerza retroactiva. El hecho vale a partir del momento establecido por el órgano de aplicación, y no justamente a partir del momento en que el órgano lo establece.<sup>143</sup>

La validez del derecho consuetudinario, en el seno de una comunidad jurídica, se encuentra limitado, en tanto la aplicación de las normas generales producidas consuetudinariamente se efectúa sólo a través de normas jurídicas escritas, dado que las normas individuales que dicten los órganos de aplicación

<sup>143</sup> Cf. *infra*, p. 245.

sólo se producen, especialmente donde ya existen tribunales, mediante las sentencias judiciales que representan normas individuales.<sup>144</sup>

Una diferencia, políticamente más significativa, entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario, reside en que el primero es producido por vía de un procedimiento relativamente centralizado, mientras que el segundo lo es por un procedimiento relativamente descentralizado. Las leyes son creadas por órganos especiales establecidos con ese fin y funcionan mediante una división del trabajo. Las normas del derecho consuetudinario aparecen a través de determinado comportamiento de los sujetos sometidos al orden jurídico. En el primer caso, la autoridad que produce la norma, y el sujeto sometido a la misma, no son idénticos; en el segundo caso lo son, por lo menos hasta cierto grado. Para que se dé el hecho de una costumbre productora de derecho, no se necesita que todos los individuos que queden obligados o facultados por la norma consuetudinariamente producida, hayan participado en la configuración de la costumbre. Basta que la mayoría indiscutible de los individuos que entren en consideración con respecto de la relación regulada, hayan participado en la configuración de la costumbre, de suerte que es perfectamente posible que haya individuos, obligados por una norma producida consuetudinariamente, que no hayan intervenido en su producción. Esta situación tiene interés, sobre todo, cuando se trata de la norma de un derecho consuetudinario que ha entrado en vigencia desde hace ya mucho tiempo. Por esta razón no es oportuno interpretar el derecho consuetudinario —como sucede a veces, especialmente en relación con el derecho consuetudinario internacional— como un convenio tácito.

c) *Ley y ordenanza reglamentaria*. La grada de la producción —regulada por la constitución— general de derecho, por lo común se encuentra dividida, en la forma positiva de los órdenes de los Estados particulares, en dos o más escalones. Señalaremos aquí sólo la distinción entre ley y ordenanza reglamentaria que tiene especial importancia cuando la constitución delega fundamentalmente la producción de normas jurídicas generales en un parlamento elegido por el pueblo, pero remite, para la formulación más precisa de las leyes, a normas generales producidas por ciertos órganos administrativos; o bien, cuando la constitución autoriza al gobierno, en ciertos casos excepcionales, a dictar, en lugar del parlamento, todas las normas generales necesarias, o algunas de ellas. Las normas generales provenientes de organismos administrativos, y no del parlamento, son designadas ordenanzas reglamentarias, y pueden ser tanto reglamentos de aplicación, o reglamentos con fuerza de ley. A estos últimos se les denomina también ordenanzas o reglamentos con fuerza legal. Así aparece cierta forma propia de las leyes, del mismo modo que teníamos una forma específica para la constitución. Se habla de ley en sentido formal, para

<sup>144</sup> Cf. *infra*, pp. 242 y ss.

distinguir de la ley en sentido material. Este último término designa a toda norma jurídica general, mientras que el primero alude sea a las normas jurídicas generales que revisten forma de ley —es decir de una norma jurídica general votada por el parlamento y según las típicas disposiciones de la mayoría de las constituciones— publicada de determinada manera; sea de cualquier contenido que aparezca bajo esa forma. La denominación “ley en sentido formal” es, por ello, ambiguo. Unívoco, en cambio, es únicamente el concepto de forma de ley, en el que pueden aparecer no sólo normas generales, sino también otros contenidos, hasta aquellos cuyo sentido subjetivo no es en nada el sentido de normas. Tendremos entonces un contenido con forma de ley, jurídicamente irrelevante. El problema del contenido jurídicamente irrelevante de una forma jurídica y el hecho de que no sólo en los procedimientos legislativos, sino de que en todo procedimiento destinado a la producción de derecho escrito, puedan aparecer contenidos cuyo sentido subjetivo no sea el de una norma general o individual —siendo, por consiguiente, jurídicamente irrelevantes— ya fue tratado en otro contexto.<sup>145</sup>

d) *Derecho sustantivo y derecho formal*. Las normas generales producidas por vía de legislación (como leyes u ordenanzas), o por vía de la costumbre, tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, los tribunales y los organismos administrativos. Estos órganos aplicadores de derecho tienen que estar determinados por el orden jurídico, es decir, tiene que determinarse bajo qué condiciones un determinado hombre actúa como tribunal o como funcionario administrativo; pero también tiene que determinarse el procedimiento con el cual ejercerá su función: la aplicación de normas generales. La norma general que enlaza a un hecho determinado en abstracto, una consecuencia también abstractamente determinada, requiere, para poder ser aplicada, individualizarse. Tiene que establecerse si, en concreto, se ha producido el hecho que la norma general determina en abstracto, y, en ese caso concreto, tiene que imponerse un acto coactivo concreto; es decir, tiene previamente que ordenarse, y luego llevarse a cabo el acto coactivo que también se encuentra determinado en abstracto en la norma general. De ahí que la aplicación de una norma general a un caso concreto consista en la producción de una norma individual, en la individualización (o concretización) de la norma general. Y de ahí que la función de la norma general aplicable pueda consistir también en determinar el contenido de la norma individual que será producida por el acto judicial o administrativo, por la sentencia judicial o la resolución administrativa. Las normas generales aplicables por los órganos judiciales y administrativos tienen, por ende, una función doble: 1) determinar esos órganos y los procedimientos que deben observar, y 2) determinar el contenido de las normas individuales producidas en esos procedimientos judiciales o administrativos.

<sup>145</sup> Cf. *supra*, pp. 53 y s.

Estas dos funciones corresponden a ambas categorías de normas jurídicas entre las cuales es usual distinguir: las normas del derecho de forma y las normas del derecho de fondo (o sustantivo, o material). Como derecho de forma se denomina a las normas generales que regulan la organización y la actuación de los organismos judiciales y administrativos, como los llamados códigos de procedimientos civiles y penales, así como el derecho procesal administrativo. Por derecho de fondo, material o sustantivo, se entienden las normas generales que determinan el contenido de los actos judiciales y administrativos, llamadas directamente derecho civil, derecho penal y derecho administrativo, aun cuando las normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos no son menos derecho civil, derecho penal y derecho administrativo. También se suele pensar, por lo común, cuando se habla de las normas aplicables por esos órganos sólo en el derecho civil, penal o administrativo, de fondo (material), aun cuando el derecho civil, penal o administrativo de fondo (material) no pueda ser aplicado sin que se aplique simultáneamente un derecho formal, es decir, el derecho que regula el procedimiento para efectuar el acto judicial o administrativo en el que se aplica el derecho civil, penal o administrativo de fondo (material). El derecho de fondo y de forma están inescindiblemente entrelazados. Sólo en su enlace orgánico configuran el derecho regulador de su propia producción y aplicación. Todo enunciado jurídico que describa en forma completa a este derecho tiene que contener tanto el elemento formal como el material. Un enunciado de derecho penal, muy simplificado, tendría que ser formulado de la siguiente manera: si un individuo incurre en delito determinado por una norma jurídica general, entonces un órgano (un tribunal) determinado por una norma jurídica general deberá ordenar, en un procedimiento determinado en una norma jurídica general, una sanción determinada en la primera norma jurídica general mencionada. Más tarde veremos que se requiere una formulación aún más complicada, a saber: si un órgano, cuya designación está determinada en una norma general, establece en un procedimiento determinado por una norma jurídica general, que se ha producido un hecho al cual una norma jurídica general enlaza determinada sanción, entonces ese órgano debe ordenar, en un procedimiento determinado por una norma general, la sanción determinada por la norma jurídica general previamente mencionada. Esta formulación del enunciado jurídico penal muestra —y allí reposa una función esencial del enunciado jurídico descriptivo del derecho— la conexión sistemática existente entre el llamado derecho de forma y el llamado derecho de fondo; entre la determinación del delito y la sanción, por un lado, y la determinación del órgano de aplicación y sus procedimientos, por el otro.

La relación que se da entre las normas jurídicas generales producidas por promulgación expresa, o por costumbre, y su aplicación por los tribunales o por órganos administrativos, es esencialmente la misma que se da entre la constitución y la producción por ella determinada de normas jurídicas gene-

rales. La producción de normas jurídicas generales es tan aplicación de la constitución, como la aplicación de las normas jurídicas generales por los tribunales y los órganos administrativos, es producción de normas jurídicas individuales. Así como las normas jurídicas generales producidas mediante promulgación expresa, o por costumbre, están determinadas por las normas de la constitución, es decir, por normas de una grada superior, tanto formalmente, como, de ser posible, materialmente, también las normas individuales producidas en los actos judiciales y administrativos se encuentran determinadas por las normas generales producidas expresa o consuetudinariamente, es decir, por normas de una grada superior, formal y materialmente. Pero la relación entre el elemento formal y material es distinto en ambos casos. La constitución (en el sentido material de la palabra) determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimiento legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina —y ello con eficacia únicamente en un sentido negativo— el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos.

En tanto se considere la producción consuetudinaria de derecho, la constitución sólo puede efectuar la delegación del procedimiento que se caracteriza como costumbre. En este respecto, la constitución no puede excluir determinado contenido de las normas producidas consuetudinariamente, puesto que la constitución misma —inclusive la constitución escrita, en sentido formal— puede ser modificada por normas jurídicas producidas consuetudinariamente. Las normas jurídicas generales producidas conforme a la constitución no determinan por lo común solamente al órgano y el procedimiento de su aplicación, sino también —aunque con todo en diferentes medidas— el contenido de las normas individuales que expresan las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas. En el terreno del derecho penal la determinación previa del contenido de la sentencia judicial, por regla general, es tan extenso que sólo se deja un campo libre relativamente limitado a la libre apreciación del tribunal penal en la producción de la norma jurídica individual que su sentencia representa. En el terreno del derecho administrativo, en cambio, este campo es por lo común bastante amplio. Con otras palabras: la constitución representa derecho de forma, derecho procesal, predominantemente, mientras que el escalón inmediatamente subordinado de producción de derecho, representa tanto derecho de forma, como derecho de fondo (material).

e) *Las llamadas "fuentes del derecho"*. La legislación y la costumbre frecuentemente son designados como las dos "fuentes" del derecho, donde por "derecho" se entiende solamente las normas generales del derecho de un Estado. Pero también las normas jurídicas individuales pertenecen al derecho, son tan parte integrante del orden jurídico como las normas generales con base en las cuales han sido producidas. Y si se toma en consideración el derecho interna-

cional general, habría que ver sólo en la costumbre y en los tratados, pero no en la legislación, las "fuentes" de ese derecho.

Fuente de derecho es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho arriba mencionados, sino toda norma superior, en su relación con la norma inferior cuya producción regula. De ahí que por fuente de derecho pueda entenderse también al fundamento de validez y, especialmente, al último fundamento de validez, la norma fundante básica de un orden jurídico. Pero, en la práctica, sólo se denomina "fuente" el fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, es decir, la norma superior positiva que regula su producción. En este sentido, la constitución es la fuente, por vía de la legislación o de la costumbre, de las normas jurídicas generales producidas; la norma jurídica general sería la fuente de la sentencia judicial que la aplica representada por una norma individual; y también la sentencia judicial podría ser considerada fuente de las obligaciones y derechos que estatuyen entre las partes litigantes, o de la autorización otorgada al órgano que tiene que ejecutar esa sentencia. En un sentido jurídico-positivo, fuente del derecho sólo puede ser el derecho.

Pero la expresión es utilizada también en un sentido no jurídico, cuando bajo ese nombre se designan todas las representaciones que de hecho influyan sobre la función de producción y de aplicación de derecho, así, especialmente, principios morales y políticos, teorías jurídicas, la opinión de expertos, etcétera. Estas fuentes, con todo, deben ser claramente distinguidas de las fuentes jurídico-positivas. La distinción entre ellas reposa en que éstas son jurídicamente obligatorias, mientras que las otras no, en tanto no haya una norma jurídica positiva que delegue en ellas como fuentes de derecho, es decir, que les dé fuerza obligatoria. Entonces adquieren el carácter de una norma jurídica superior que determina la producción de la norma jurídica inferior. La multiplicidad de sentidos del término "fuente de derecho" hace aparecerlo como realmente inutilizable. Se recomienda emplear, en lugar de esa metáfora fácilmente equívoca, una expresión que designe unívocamente el fenómeno jurídico que se tiene en mira.

f) *Producción, aplicación y acatamiento del derecho.* Como ya se estableció anteriormente, el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia, por su norma fundante básica. Una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden. Este regreso conduce, finalmente, a la norma fundante básica que no ha sido establecida conforme a lo determinado por ninguna otra norma, y que, por ende, tiene que ser presupuesta. Si se habla no sólo de un orden jurídico, sino también de una comunidad jurídica constituida por aquél, puede decirse que una norma jurídica pertenece a deter-

minado orden jurídico cuando ha sido producida por un órgano de esa comunidad y, por ende, cuando ha sido producida por esa comunidad. Pero el individuo que ha producido una norma es —como ya se dijo—<sup>146</sup> órgano de la comunidad en tanto y en cuanto su función está determinada por una norma del orden jurídico constitutivo de la comunidad, pudiendo, en consecuencia, atribuírsela a la comunidad. La referencia de la función de producción de derecho a la comunidad jurídica —o mejor: a la unidad del orden jurídico constitutivo de la comunidad jurídica—, la operación intelectual mediante la cual se atribuye la función a la comunidad, reposa en definitiva en la norma jurídica determinante de esa función. Así como la comunidad jurídica no consiste en otra cosa sino en el orden jurídico, la oración que enuncia que una norma pertenece a un orden jurídico por haber sido producida por un órgano de esa comunidad jurídica, no dice otra cosa sino que una norma pertenece a un orden jurídico por haber sido producida conforme a lo determinado por una norma de ese orden jurídico y, en última instancia, conforme a lo determinado por la norma fundante básica de ese orden jurídico. Esta tesis es especialmente significativa cuando se trata de un orden jurídico estatal y, por tanto, cuando se tiene en mira la comunidad jurídica que es el Estado; cuando interesa comprender el verdadero sentido de la afirmación corriente de que es el Estado quien produce el derecho.

Una norma que determina la producción de otra, es aplicada en la producción por ella determinada de la otra norma. Aplicación de derecho es de consuno producción de derecho. Ambos conceptos no expresan, como supone la teoría tradicional, una oposición absoluta. Es erróneo distinguir entre actos de producción y actos de aplicación de derecho. Puesto que si se hace abstracción de los casos límites —la presuposición de la norma básica y la ejecución del acto coactivo—, entre los cuales transcurre el proceso jurídico, todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior y la producción, determinada por aquélla, de una norma inferior. Si se considera el orden jurídico estatal, sin atender a un derecho internacional supraordinado, entonces la norma fundante básica determina en los hechos la producción de la constitución, sin ser ella misma aplicación de una norma superior. Pero la producción de la constitución se efectúa aplicando la norma fundante básica. Aplicando la constitución se producen las normas jurídicas generales, por legislación y costumbre; y es en aplicación de estas normas generales que se efectúa la producción de las normas individuales a través de sentencias judiciales y resoluciones administrativas. Sólo la ejecución de los actos coactivos estatuidos por esas normas individuales —este acto postero en los procesos de producción de derecho— se efectúa aplicando las normas individuales que los determinan, sin ser ella misma producción de una norma. La aplicación del derecho es, pues, produc-

<sup>146</sup> Cf. *supra*, pp. 154 y ss.

ción de una norma inferior fundándose en una norma superior, o ejecución del acto coactivo estatuido en una norma.

Como se indicara ya, la producción de una norma inferior a través de una superior, puede estar determinada en dos direcciones. La norma superior puede determinar tanto el órgano que produzca la norma, como el procedimiento en que se la produzca, pudiendo también determinar el contenido de la norma. Inclusive cuando la norma superior sólo determina el órgano, es decir, el individuo que producirá la norma inferior, dejando a la apreciación de ese órgano la determinación del procedimiento y la determinación del contenido de la norma que debe producirse, la norma superior es aplicada en la producción de la inferior: la determinación del órgano es el mínimo de aquello que tiene que determinarse en la relación entre una norma superior y una inferior. Puesto que la norma que no se encuentra determinada en manera alguna en cuanto a su producción por una norma superior, no puede valer como norma implantada dentro del orden jurídico, no perteneciéndole en consecuencia; y un individuo no puede ser considerado órgano de la comunidad jurídica, sin que su función pueda atribuirse a la comunidad, si no está determinado por una norma del orden jurídico constituyente de la comunidad, lo que significa: cuando no está autorizado a ejercer la función por una norma superior tal. Todo acto de producción de derecho tiene que ser un acto de aplicación de derecho: es decir, tiene que ser aplicación de una norma jurídica previa al acto, para que pueda valer como un acto de la comunidad jurídica. De ahí que deba concebirse la producción de derecho como aplicación de derecho, inclusive cuando la norma superior sólo determina el elemento personal, el individuo, que tiene que cumplir la función de producción de derecho. Esta norma superior, determinante del órgano, es la que recibe aplicación en todo acto de ese órgano. En el Estado ideal de Platón, en el cual los jueces podían resolver todos los casos según su libre apreciación, sin verse limitados por ninguna norma general dictada por el legislador, cada una de esas decisiones constituye, sin embargo, una aplicación de la norma general que determina bajo qué condiciones un individuo está facultado para actuar como juez. Sólo con fundamento en esa norma puede ser visto como juez del Estado ideal, puede atribuirse a ese Estado ideal sus sentencias, como producidas dentro de ese Estado ideal.

La determinación de la producción de una norma inferior por una superior, puede tener diversos grados. Nunca puede ser tan limitada que el acto en cuestión no pueda ser considerado ya como un acto de aplicación de derecho, y tampoco puede ampliarse tanto que el acto ya no pueda ser considerado como un acto de producción de derecho. Inclusive cuando —como sucede en el caso de la sentencia judicial que ha de dictarse fundándose en leyes— no sólo se encuentra determinado el órgano y el procedimiento, sino también el contenido de la sentencia correspondiente, aparece no sólo una aplicación de derecho, sino también una producción de derecho. La pregunta sobre si un acto tiene

carácter de producción o aplicación de derecho depende del grado en que la función del órgano que produce el acto esté predeterminada por el orden jurídico. Hay actos, con todo, que sólo son aplicación de derecho, pero no producción del mismo. Se trata de los actos de que ya se habló mediante los cuales se llevan a cabo los actos coactivos estatuidos por las normas jurídicas; también hay un acto de producción de derecho positivo, que no es aplicación de una norma jurídica positiva, a saber, la instauración de la primera constitución histórica que se produce aplicando la norma fundante básica no impuesta positivamente, sino sólo presupuesta.

La producción y la aplicación de derecho tienen que distinguirse del acatamiento al derecho. Acatamiento aparece con la conducta a cuya contraria está enlazada el acto coactivo sancionatorio. Se trata, sobre todo, de la conducta que evita la sanción, el cumplimiento de la obligación jurídica constituida mediante la sanción. Producción de derecho, aplicación de derecho y acatamiento al derecho son, en el sentido más lato, funciones jurídicas. Pero también el ejercicio de una permisión positiva puede designarse como un acatamiento al derecho. Sólo la producción y la aplicación del derecho son designadas funciones jurídicas, en un sentido más estricto y específico.

### g) *La función judicial*

α) *El carácter constitutivo de la sentencia judicial.* La ciencia jurídica tradicional observa la aplicación del derecho, sobre todo, aunque no exclusivamente, en las decisiones de los tribunales civiles o penales que, efectivamente, cuando resuelven un litigio, o aplican una pena a un delincuente, por lo común aplican normas jurídicas generales producidas por vía legislativa o consuetudinaria. Pero, como resulta de lo dicho anteriormente, tenemos también aplicación de derecho en un todo igual en la producción de las normas jurídicas generales a través de la legislación y la costumbre, así como en las resoluciones de los organismos administrativos y, como veremos, en los negocios jurídicos; los tribunales aplican las normas jurídicas generales al dictar normas individuales, determinadas en su contenido por las normas generales, que estatuyen una sanción concreta, sea la ejecución forzosa civil, sea una pena.

Desde el punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido.

Para individualizar la norma general que aplica, el tribunal tiene, por de pronto, que establecer si en el caso que se le presenta aparecen las condiciones

que una norma general determina en abstracto para la aplicación de la consecuencia sancionatoria, se dan en concreto. Esta verificación del hecho condicionante de la consecuencia de lo ilícito, incluye el establecer la norma jurídica general aplicable, es decir, establecer que hay una norma general válida que enlace al hecho dado una sanción. El tribunal no tiene sólo que responder a una *quaestio facti*, a una cuestión de hecho, sino también a la *quaestio iuris*, a la pregunta por el derecho. Luego de haberse cumplido estas dos comprobaciones, tiene el tribunal que ordenar *in concreto* la sanción estatuida *in abstracto* en la norma general. Estas comprobaciones y esta orden constituyen las funciones esenciales de la sentencia judicial. Con todo, entre una sentencia civil y una penal, aparece cierta diferencia en tanto en la primera, por lo común, la sanción concreta sólo es ordenada condicionalmente. El tribunal civil condena al demandado a otorgar determinada prestación a favor del actor, y ordena la sanción sólo bajo condición de que esa prestación no se efectúe dentro de determinado término. En cambio, la imposición de la sanción penal se produce, por lo común, incondicionadamente. Pero también puede ser impuesta condicionalmente haciendo depender su ejecución efectiva de la comisión por el condenado de un nuevo delito dentro de determinado tiempo.

La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo. El tribunal que tiene que aplicar en un caso concreto las normas generales válidas de un orden jurídico, debe decidir la cuestión de si la norma que aplicará fue producida constitucionalmente, es decir, por vía de un proceso legislativo determinado por la constitución, o por vía de la costumbre en que la constitución delegara.<sup>147</sup> Este hecho que el tribunal tiene que comprobar es tan condición de la sanción que estatuirá en el caso concreto, como el hecho, que también el tribunal tiene que comprobar, de que se ha cometido un delito. El enunciado jurídico que describe esta situación rezaría, por ejemplo, en el caso de aplicación de una norma penal en un orden jurídico democrático: si el parlamento, elegido constitucionalmente, ha dictado una ley conforme al procedimiento constitucionalmente determinado, en consecuencia de la cual debe castigarse de cierta manera una determinada conducta como un delito, y si el tribunal ha verificado que un hombre determinado ha incurrido en semejante conducta, entonces el tribunal debe aplicar la pena determinada por la ley. Esta formulación del enunciado jurídico dilucida la posición que el

<sup>147</sup> En relación con la limitación jurídico-positiva de este derecho así llamado de examen de los tribunales y de otros órganos de aplicación del derecho, cf. *infra*, pp. 275 y s.

denominado derecho constitucional —es decir, las normas que regulan la producción de normas generales— tiene en el marco de un orden jurídico. Se trata de normas no independientes, incompletas, puesto que sólo determinan una de las condiciones de los actos coactivos que otras normas estatuyen. Sólo se configuran en conexión con esas normas jurídicas. De ahí que la circunstancia de que las normas del derecho constitucional no estatuyen ningún acto coactivo no constituye razón suficiente —como a veces se supone— para rechazar la definición del derecho como un orden coactivo. Justamente mediante la comprobación efectuada en la sentencia judicial de que la norma general que el tribunal ha de aplicar al caso presente, tiene validez —y tiene validez si ha sido producido constitucionalmente—, esa norma se hace aplicable al caso concreto, creándose para ese caso una situación jurídica que no existía antes de la sentencia.

No requiere una fundamentación más próxima la tesis de que la orden que impone la sanción concreta tiene un carácter constitutivo. La norma individual que estatuye que debe dirigirse una sanción bien específica contra determinado individuo, es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente. Sólo la comprensión defectuosa en la función normativa de la sentencia judicial; el prejuicio de que el derecho sólo está constituido por normas generales; el ignorar las normas jurídicas individuales, ha oscurecido el hecho de que la sentencia judicial sólo es la continuación del proceso de producción de derecho, y llevado al error de ver en ella sólo una función declarativa.

De gran significación es también reconocer que la verificación del hecho delictuoso es plenamente una función constitutiva que cumple el tribunal. Cuando el orden jurídico enlaza un hecho determinado, como condición de determinada consecuencia, tiene que determinar también el órgano que comprobará la existencia del hecho condicionante en el caso concreto, así como el procedimiento. El orden jurídico puede facultar a ese órgano a determinar el procedimiento según su propio criterio; pero órgano y procedimiento tienen que estar, directa o indirectamente, determinados por el orden jurídico, para que la norma general, que enlaza a ese hecho una consecuencia, pueda ser aplicada al caso concreto, es decir, pueda ser individualizada. Frente a un hecho determinado por el orden jurídico como condición de una consecuencia, la primera pregunta del jurista tiene que ser: ¿qué órgano es competente, conforme al orden jurídico, para determinar el hecho en el caso concreto, y cuál es el procedimiento, determinado también por el orden jurídico, en que ello se efectúa? Sólo mediante esta determinación inicial entra el hecho en el dominio del derecho; sólo mediante ella se convierte de hecho natural, en hecho jurídico; justamente así es producido jurídicamente. Si se sostuviera en contra que el instante temporal en que debe considerarse que el hecho jurídico se ha producido es idéntico con el instante en que el hecho naturalmente se ha dado, cabe responder que la determinación del hecho por el órgano de aplicación

del derecho se cumple con fuerza retroactiva. El hecho no adquiere validez en el momento en que se ha determinado, sino en el instante que determine el órgano aplicador, es decir, en el instante en que se considere producido el hecho natural, según la comprobación efectuada por el órgano de aplicación de derecho. La determinación del hecho condicionante, por parte del tribunal, es, por lo tanto, constitutiva en todo sentido. Cuando una norma jurídica general enlaza una determinada pena al delito de homicidio, no se describe correctamente la situación objetiva cuando se expone el hecho de que un hombre haya matado como la condición de la sanción. No es el hecho en sí, el haber muerto un hombre a otro, sino el hecho de que un órgano competente según el orden jurídico haya establecido, conforme a un procedimiento determinado por ese orden, que un hombre ha cometido un homicidio, lo que configura la condición estatuida por el orden jurídico. Cuando se dice que un tribunal ha establecido que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, aunque "en realidad" ese hombre no haya cometido el homicidio en cuestión; o que el tribunal ha establecido que determinado hombre no ha cometido determinado homicidio, aunque "en realidad" ese hombre haya cometido el homicidio en cuestión, ello significa que el tribunal ha establecido la existencia o la no existencia de un hecho que, según la opinión de otros, terceros no competentes jurídicamente para esas comprobaciones, se han producido o no.

Desde el punto de vista del orden jurídico que han de aplicar ciertos hombres, sólo cuentan las opiniones de hombres sobre si un determinado ser humano ha cometido homicidio. Esas opiniones pueden ser más o menos aceptables; pueden contradecirse; el acusado de homicidio puede él mismo reconocer el hecho o negarlo. Si es que la norma jurídica general debe ser aplicada, sólo puede valer una opinión. Cual ella sea, será determinado por el orden jurídico. Se trata de la opinión que recibe expresión en la sentencia del tribunal. Ella es la única jurídicamente relevante; las opiniones de los demás son jurídicamente irrelevantes. Con todo, la sentencia judicial, cuando las partes en juicio, facultadas al efecto por el orden jurídico, consideren incorrecta la determinación que la sentencia contenga del hecho condicionante, pueden atacarla en otra instancia; es decir, el sentido subjetivo del acto de la sentencia no tiene que ser aceptado definitivamente como su sentido objetivo. Éste sólo se logra cuando la sentencia judicial en que se establece que determinado hombre ha cometido determinado homicidio, y que ordena que se le aplique determinada pena, adquiere fuerza de cosa juzgada, esto es, cuando no puede ser ya revocada mediante ningún otro procedimiento. Entonces la opinión de que ese hombre ha sido condenado siendo inocente, sea porque el homicidio establecido por el tribunal no se ha cometido en forma alguna, o ha sido cometido por otro, o por haber el condenado incurrido en otro delito y no en homicidio, queda excluida. Puesto que el enunciado jurídico no dice que si determinado hombre

comete homicidio, deberá ser sancionado con determinada pena, sino que reza: cuando el tribunal competente, mediante el procedimiento determinado por el orden jurídico, ha establecido con fuerza de cosa juzgada que determinado hombre ha cometido un homicidio, el tribunal deberá imponer a ese hombre determinada pena. En el pensamiento jurídico, en lugar del hecho condicionante del acto coactivo, como hecho en sí, propio del pensar no jurídico, aparece el hecho establecido procesalmente. Sólo esta comprobación procesal es ella misma un "hecho", y la pregunta de si se ha dado en un caso concreto, de si la verificación se produjo de alguna forma, si la efectuó el órgano competente y a través del procedimiento prescrito, es susceptible igualmente de tantas opiniones diferentes como la pregunta de si la sentencia fue "correcta". Así como una sentencia judicial puede ser atacada fundándose en la falsedad de la determinación del hecho por el cual se atribuye a determinado hombre haber cometido determinado delito, también puede atacarse la ejecución de la sanción fundándose en la inexistencia de una sentencia judicial, es decir, por incompetencia del órgano, o error en el procedimiento, recurriendo a instancias superiores. El caso en que, según opinión de las partes, la orden que manda llevar adelante la sanción ha sido dictada al margen de un proceso judicial previo, es análogo al caso en que el tribunal ha determinado que se ha cometido un delito, aunque, en opinión de las partes, no hay delito alguno. En este caso, mediante un procedimiento de segunda instancia, puede volver a establecerse la comisión del delito, o, si el tribunal de segunda instancia establece la falta de existencia del delito, puede anularse la orden que manda llevar adelante la ejecución de la sanción. En aquel caso, en el procedimiento de segunda instancia puede determinarse el hecho discutido por las partes, de si la orden de llevar a cabo la sanción se ha producido en un procedimiento judicial, o, en caso de no lograrse esa comprobación, iniciarse un procedimiento judicial. El caso en que, según opinión de las partes, la sentencia judicial es un acto de un tribunal incompetente, o resultado de un procedimiento defectuoso, es análogo al caso en que el delito hubiera sido cometido por individuo distinto del condenado, o de que el delito, que éste efectivamente hubiera cometido, sea un delito distinto de aquel por el cual fue condenado. En todos estos casos, el proceso judicial mismo es objeto de otro procedimiento judicial. Si este recurrir de un procedimiento judicial a otro se encuentra limitado por el orden jurídico positivo, tendremos entonces un procedimiento judicial que ya no puede ser objeto de otro, y, por ende, no puede aparecer ya en lugar del hecho de este proceso judicial realizado el hecho procesalmente verificado de ese procedimiento, teniendo que aceptarse el caso límite de un último procedimiento judicial como un hecho *en si*. Así sucede cuando la sentencia del tribunal de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada. Ello significa que debe admitirse que el sentido subjetivo del acto de la sentencia de última instancia es su sentido objetivo. Si en esa sentencia se afirma el hecho negado por las par-

tes, sea que se refiera al procedimiento judicial que precedió a la orden de llevar adelante la sanción, sea que se refiera a la competencia, negada por las partes, del tribunal de instancia inferior, o que no se da el defecto procesal en instancia inferior que las partes afirman, queda entonces jurídicamente excluida toda otra opinión.

Aunque el procedimiento judicial por el que se establece el hecho condicionante de la sanción, no es conocimiento jurídico, sino un procedimiento de producción de derecho, aparece cierto paralelismo entre éste y el procedimiento en que se produce el conocimiento de hechos naturales como objeto de ese conocimiento. En ese paralelismo, el sujeto del proceso cognoscitivo constitutivo, corresponde al órgano del procedimiento judicial constitutivo. Así como el objeto de ese conocimiento es “producido” en el proceso del conocimiento, también el hecho condicionante de la sanción es producido en el proceso judicial. Y así como el procedimiento judicial, en cuanto hecho, puede llegar a ser él mismo objeto de un proceso judicial, también el hecho de un proceso cognoscitivo puede convertirse, él mismo, en la teoría del conocimiento, en objeto de un acto de conocimiento. Pero el conocimiento que se tiene a sí mismo como objeto no puede volver a ser, como un hecho, objeto de un conocimiento: el regreso del hecho constituido por un proceso cognoscitivo a otro acto de conocimiento que tiene como objeto ese hecho, está limitado. Tenemos el caso límite de un acto de conocimiento que, como hecho *en sí* —esto es: como un hecho ya no producido mediante un acto de conocimiento— tiene que ser aceptado.

β) *La relación entre la sentencia judicial y las normas generales aplicables.* El acto mediante el cual se establece la norma individual de la sentencia judicial se encuentra —como se apuntó— generalmente predeterminada por normas generales del derecho de forma y del derecho de fondo. Si así sucede, en el caso concreto que el tribunal tiene que resolver, se presentan dos posibilidades. O bien el tribunal determina que el demandado o el acusado ha cometido el delito determinado en una norma jurídica general, según afirman el demandante privado o el acusador público, y, por ende, que habría lesionado con su conducta una obligación que le estaba impuesta por el orden jurídico, en cuyo caso el tribunal tiene que hacer lugar a la demanda o querrela, ordenando la sanción estatuida por esa norma jurídica general; o bien el tribunal determina que el demandado o acusado no ha cometido el delito, no habiendo lesionado, por ende, con su conducta ninguna obligación que el orden jurídico le impusiera, sea porque la conducta del demandado o acusado que efectivamente el tribunal comprueba no constituye el tipo delictual afirmado por el demandante privado o por el acusador público, sea por no existir ninguna norma jurídica general válida que enlace a ese hecho una sanción. Entonces corresponde que el tribunal rechace la demanda o absuelva al acusado, es decir, que ordene que no se debe imponer sanción alguna contra el demandado o acu-

sado. Tanto en el caso en que el tribunal admite la demanda o querella, como también en el caso en que las rechace absolviendo al acusado, la sentencia judicial se produce en aplicación del orden jurídico válido, especialmente también en el caso en que el tribunal rechaza la demanda o absuelve al acusado por entender que, en su opinión, no existe ninguna norma general válida que enlace una sanción a la conducta del demandado o acusado que el demandante privado o el acusador público afirman, y que posiblemente se haya dado en los hechos; es decir, no existe norma general válida que obligue al demandado o acusado a un comportamiento contrario. Como ya se expuso en un contexto anterior,<sup>148</sup> el orden jurídico no sólo regula positivamente la conducta humana, al ordenar determinado comportamiento, quedando ese comportamiento como obligatorio, sino también negativamente en tanto permite determinada conducta en tanto no la prohíbe. Lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido. Al rechazar el tribunal la demanda, o absolver al acusado, el tribunal aplica el orden jurídico que permite al demandado o acusado aquella conducta en cuyo respecto se ha orientado la demanda o querella no fundada en el orden jurídico.

Como ya se expuso anteriormente, la conducta jurídicamente no prohibida y, por lo tanto, permitida en ese sentido, de un individuo, puede ser garantizada por el orden jurídico de manera que los restantes individuos estén obligados a consentir ese comportamiento, es decir, estén obligados a no impedirlo o no intervenir de algún modo en él. Así sucede siempre cuando existe una prohibición general de recurrir a la fuerza física, reservándose ese empleo de la fuerza a la comunidad jurídica. Pero es enteramente posible que la conducta no prohibida, y en ese sentido, permitida, de un individuo, no consistente en el empleo de fuerza física, se contraponga a la de otro individuo cuya conducta tampoco esté prohibida, y, por ende, sea permitida. Tendremos entonces, como ya se señaló, un conflicto de intereses que el orden jurídico no previene; ningún orden jurídico puede prevenir todos los conflictos posibles de intereses. Corresponderá, entonces, que el tribunal rechace también la querella dirigida contra una conducta permitida (es decir, no prohibida) del demandado, mediante la cual impide o interviene de algún modo, sin recurrir a la fuerza física, en la conducta también permitida (es decir, igualmente, no prohibida) del demandante, absolviendo al demandado aun cuando la conducta suya, contra la cual se dirige la demanda, revista ese carácter. También en este caso, la sentencia judicial se produce aplicando el orden jurídico, constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho válido puede ser vista, en semejante caso, como insatisfactoria, puesto que omite proteger un interés que, desde algún punto de vista, es considerado como digno de protección. Pero como un orden jurídico no puede proteger todos los intereses posibles, sino que siempre protege bien determinados intereses, al prohibir que se les lesione, resulta que los inte-

<sup>148</sup> Cf. *supra*, pp. 15 y s.

reses que siempre aparecerán como contrarios tienen que permanecer desprotegidos, siendo inevitable el conflicto entre la conducta permitida de un individuo con la conducta también permitida de otro, conflicto que siempre se da cuando la demanda es rechazada, o el acusado es absuelto, sólo por no encontrarse prohibida su conducta, sin que haya una norma general en el orden jurídico que proteja el interés lesionado con su conducta, al enlazar una sanción a la conducta contraria.

Pero también es posible que el orden jurídico autorice al tribunal, cuando no puede establecer ninguna norma jurídica general que imponga al demandado o acusado la obligación cuya violación afirma el demandante privado o el acusador público, a no rechazar la demanda, ni a absolver al acusado, sino a hacer lugar a la primera o condenar al segundo, cuando tenga la falta de tal norma jurídica general por cosa injusta, inaceptable, es decir, por cosa no satisfactoria. Ello significa que el tribunal queda facultado para producir una norma jurídica individual para el caso que se le presenta, cuyo contenido de ninguna manera está predeterminado por una norma general de derecho de fondo producida por vía legislativa o consuetudinariamente. En ese caso, el tribunal no aplica tal norma jurídica, sino la norma jurídica que lo faculta para crear nuevo derecho de fondo. Se suele decir que el tribunal está facultado para actuar como legislador. No es ello del todo exacto si por legislación se entiende la producción de normas jurídicas generales. Puesto que el tribunal sólo es autorizado para producir una norma individual, válida para el único caso que le es presentado. Esa norma individual es producida por el tribunal aplicando una norma general que considera deseable, que estima "justa", pero que el legislador positivo ha omitido promulgar. Sólo como aplicación de semejante norma general no positiva, cabe justificar, como justa, la norma individual impuesta por el tribunal.

La diferencia entre el caso en que el tribunal, como se dice, está facultado para actuar como legislador, y el caso en que el tribunal, ante la falta de una norma positiva general de derecho de fondo que predetermine el contenido de la sentencia judicial tenga que rechazar la demanda o absolver al acusado, es sólo de grado. No sólo porque también en el primer caso el tribunal aplica una norma general de fondo, aunque no positiva, sino especialmente porque también en el segundo caso la función del tribunal es producción de derecho, a saber: la producción de una norma individual. Sólo que la discrecionalidad del tribunal es en este caso mucho menor que en aquel, en el cual, de hecho, se encuentra tan poco limitado en su discrecionalidad como la que normalmente la constitución delimita a favor del legislador para la producción de normas jurídicas generales. Pero inclusive en el caso en que el contenido de la norma jurídica individual que deba producir el tribunal se encuentre predeterminado por una norma jurídica positiva general, tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad.

La norma jurídica positiva general no puede predeterminar todos los momentos que justamente aparecerán con las peculiaridades del caso concreto. Así, por ejemplo, la medida de los daños que fija el tribunal y que tienen que hacerse efectivos mediante la ejecución forzosa ordenada sobre el patrimonio del demandado; o bien, el momento en que la pena de prisión impuesta tiene que comenzar o concluir, o bien el momento en que la pena de muerte ha de ejecutarse. En el procedimiento mediante el cual se individualiza una norma jurídica positiva general, el órgano de aplicación de la misma siempre tiene que determinar momentos que no se encuentran aún determinados en la norma general, y que no pueden ser determinados. La norma jurídica general es siempre un marco dentro del cual tiene que producirse la norma jurídica individual. Pero ese marco puede ser más o menos estrecho o amplio. Es amplísimo cuando la norma jurídica positiva general sólo contiene la autorización para la producción de normas jurídicas individuales, sin predeterminar su contenido.

Debe tenerse en cuenta, en ello, que cuando ninguna norma jurídica positiva general predetermina en su contenido la norma jurídica individual que el tribunal tiene que producir, esa norma individual es impuesta con fuerza retroactiva. Una norma jurídica tiene fuerza retroactiva cuando el hecho al cual ella enlaza una sanción como consecuencia, fue establecido no después de su entrada en vigencia, sino que realizado anteriormente, es decir, por lo tanto, cuando en ese momento, el de la entrada en vigencia de la norma, no constituía una ilicitud, sino que sólo después fue convertido en tal cosa mediante esa norma jurídica. Lo mismo sucede cuando el tribunal aplica al caso que se le presente una norma individual que él justamente crea, cuyo contenido no se encuentra predeterminado por ninguna norma jurídica positiva general; cuando esa norma jurídica individual enlaza una consecuencia sancionatoria a una conducta del demandado o acusado que, en el momento en que se produjo, no constituía una ilicitud, convirtiéndose en tal justamente a través de la norma jurídica individual de la sentencia judicial.

γ) *Las denominadas "lagunas" del derecho.* De lo que antecede resulta que el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirman el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en ese sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional —en determinadas circunstancias— como una "laguna" en el orden jurídico.

En el enjuiciamiento de la teoría de las lagunas se trata de establecer las circunstancias determinantes de que, según esa teoría, aparezca una "laguna" en el derecho. Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. Lo esencial de esta argumentación reside en señalar que la aplicación del derecho válido, como conclusión de lo general a lo particular, no es posible lógicamente en este caso, dado que falta la premisa necesaria, la norma general. Esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación de derecho. La aplicación del derecho no está lógicamente excluida. De hecho no se recurre de ninguna manera en todos los casos en que la obligación del demandado o acusado, afirmada por el demandante o acusador, no se encuentra estatuida por ninguna norma del derecho válido, a suponer la existencia de una "laguna". Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una "laguna" sólo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación. Pero como inconveniente o injusta puede verse la aplicación del orden jurídico válido no sólo cuando no contiene una norma general que imponga al demandado o acusado determinada obligación, sino también cuando no contiene semejante norma jurídica. El hecho de que el orden jurídico carezca de una norma jurídica que pene el robo de electricidad, puede ser visto como tan inconveniente o injusto como el hecho de que un orden jurídico contenga una norma jurídica que se aplique tanto al caso de un robo con homicidio como al caso del hijo que mata a su padre, enfermo de dolencia incurable, cuando éste manifiesta ese deseo. Ni en un caso ni en el otro existe una laguna en el sentido de inaplicabilidad lógica del derecho válido; y, por lo menos, es inconsistente suponer sólo en un caso, pero no en el otro, una laguna. A ello se agrega que el juicio según el cual la falta de una norma jurídica de determinado contenido sea inconveniente o injusto, configura un juicio de valor sumamente relativo, que de ninguna manera excluye un juicio de valor contrapuesto. Si el orden jurídico no contiene norma general alguna que imponga la obligación de reparación a cargo del empresario por daños ocasionados por un dependiente, cuando el daño ha sido ocasionado en actividades propias de la empresa, teniendo, en consecuen-

cia, que rechazar el tribunal la demanda dirigida contra el empresario, admitiéndola en cambio sólo contra el dependiente, un socialista verá en la aplicación del derecho válido existente algo insatisfactorio, mientras que ello será considerado como enteramente satisfactorio por un liberal. La falta de una norma jurídica general, que conduce al rechazo de una demanda o a la absolución de un acusado, será considerada por éste, o por el demandado, como un hecho satisfactorio, y por tanto, aprobado o justo, mientras que el demandante o el acusador lo considerarán insatisfactorio y, por ende, como digno de desaprobación o injusto.

Pese a estos argumentos contrarios, la teoría de las lagunas —esto es, el supuesto de que existen casos en que el derecho válido existente no puede ser aplicado por no contener ninguna norma general aplicable al caso— desempeña un papel significativo en la técnica de la legislación moderna. Típica al respecto es la disposición del Código Civil suizo: “La ley se aplicará en todas las cuestiones jurídicas en cuyo respecto contenga, según su tenor literal o interpretación, una determinación. Si no puede extraerse de la ley un precepto, el juez resolverá según el derecho consuetudinario y, de faltar éste también, según la regla que él mismo establecería como juez.” Esta disposición presupone la posibilidad de que el derecho suizo no sea aplicable lógicamente a un caso concreto que deba resolverse por el derecho civil suizo. Como ello, empero, no es de hecho posible, puesto que un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante, resulta que el supuesto del cual parte la disposición citada es una ficción. Consiste en que la falta de determinada norma jurídica dentro de un orden jurídico, atribuida fundándose en un juicio de valor subjetivo, político-moral, es representada como la imposibilidad lógica de su aplicación.

El legislador puede verse llevado a hacer uso de esta ficción por la conciencia de que la aplicación de la norma general por él establecida puede llevar en circunstancias no previstas y no previsibles, a un resultado insatisfactorio, recomendándose entonces facultar al tribunal a imponer en esos casos, en lugar de las normas generales que predeterminan el contenido de la sentencia, una norma jurídica individual, producida por el tribunal mismo, que se adecua a las circunstancias no previstas por el legislador. Si formulara esta autorización de manera teóricamente correcta, es decir, sin recurrir a ficción alguna, tendría que disponer que, cuando la aplicación del orden jurídico válido existente sea insatisfactoria para la concepción intuitiva moral-política del tribunal en el caso que se le somete, podrá resolver el caso según su propia apreciación. Pero semejante formulación otorgaría al tribunal un poder evidentemente demasiado extenso. El juez estaría facultado para resolver según su propio criterio discrecional toda vez que considere insatisfactoria la aplicación del

orden jurídico válido existente, y, en especial, cuando considere insatisfactoria la aplicación de una norma jurídica general que imponga al demandado o acusado una obligación que el demandante o acusador afirman ha sido violada. Si en lugar de la concepción político-moral del legislador, se impone la del juez, tendremos que el legislador ha renunciado a favor del juez. La tentativa de limitar esa autorización a los casos no previstos por el legislador, fracasa ante el hecho de que el legislador no puede determinar justamente esos casos; si pudiera hacerlo, los regularía él mismo positivamente. La suposición que efectúa el tribunal de que el caso no ha sido previsto por el legislador, y que el legislador hubiera configurado de otra manera el derecho, si hubiera previsto el caso, reposa, a lo sumo, en una conjetura indemostrable. La intención del legislador sólo es captable con suficiente seguridad en la medida en que recibe expresión en el derecho que crea. De ahí que el legislador, para limitar esa autorización otorgada al tribunal, que reputa inevitable, recurra a la ficción de que el orden jurídico válido no puede ser aplicado en ciertos casos, no por razones subjetivas, moral-políticas, sino por razones objetivas, lógicas, y que, por ende, el juez sólo debe actuar como legislador cuando el derecho exhibe una laguna.

Como el derecho válido, sin embargo, siempre es lógicamente aplicable, puesto que no tiene "laguna" alguna en este sentido, la fórmula en cuestión sirve, una vez que se va más allá de su carácter ficticio, no a conseguir la limitación buscada en la autorización concedida al tribunal, sino a su auto-superación. Pero si el tribunal mismo acepta el supuesto de que el derecho tiene lagunas, puede que esta ficción, teóricamente insostenible, produzca el efecto buscado. Puesto que el juez —y especialmente, el juez como funcionario colocado bajo el control de un tribunal superior—, que no se inclina fácilmente a tomar sobre sí la responsabilidad de una innovación creadora en el derecho, sólo aceptará muy excepcionalmente la presencia de una laguna, haciendo uso muy escaso de la autorización que se le ha otorgado de desempeñarse en el lugar del legislador.

Junto a las lagunas propiamente dichas, llamadas lagunas auténticas, se suelen distinguir las lagunas técnicas, cuya existencia es tenida por posible inclusive por aquellos que, desde un punto de vista positivista, niegan la existencia de auténticas lagunas. Una laguna técnica semejante aparece cuando el legislador, por ejemplo, omite normar lo que habría tenido que regular si, en general, debe ser técnicamente posible aplicar la ley. Sólo que, lo que se designa como laguna técnica o bien es una laguna en el sentido originario de la palabra, es decir, una discrepancia entre el derecho positivo y un derecho deseado, o bien esa indeterminación proviene del carácter de marco que tiene la norma. Lo primero se da, por ejemplo, cuando la ley, según la cual en caso de una compraventa, en la cual el vendedor está obligado a entregar la cosa, o de no hacerlo, a reparar el daño producido, nada específica —como suele expresarse—

sobre quién corra con el riesgo por la cosa comprada cuando ésta es destruida sin culpa de las partes, antes de la tradición. Sólo que no pasa que el legislador “nada” haya determinado al respecto, sino que no determina que el comprador quede liberado de la obligación de entregar la cosa, o reparar el daño, determinación que evidentemente considerará deseable quien sostenga aquí la existencia de una “laguna”; una determinación que de ninguna manera tiene que agregarse intelectualmente para hacer aplicable la ley; puesto que si la ley no introduce excepción, para el caso señalado, a la obligación del vendedor de entregar la cosa, o reparar el daño, determina que el vendedor soporta el riesgo. Lo segundo aparece cuando la ley, por ejemplo, determina que debe crearse cierto órgano mediante una elección, sin regular el procedimiento electoral. Ello significa que cualquier tipo de elección —sea proporcional o por mayoría, con voto público o secreto, etcétera— es legal. El órgano competente para llevar a cabo la elección puede establecer el procedimiento electoral a su discreción. La determinación del procedimiento electoral queda liberado a una norma de nivel inferior. Otro ejemplo: una ley determina, entre otras cosas, que un cuerpo colegiado, para poder actuar, tiene que ser convocado por su presidente, disponiendo simultáneamente, que le corresponde a él mismo elegir al presidente. Si esta norma no recibe la interpretación según la cual, de faltar presidente, todo tipo de convocatoria es legal, sino sólo aquella según la cual también en caso tal el cuerpo tiene que ser convocado por su presidente, tendremos que el cuerpo no podría funcionar de manera legal, es decir, aplicando la ley; pero tampoco tenemos aquí una “laguna”, puesto que la ley ciertamente quiere que el cuerpo, aun careciendo de presidente, deba ser convocado por éste. Si para ese caso nada prescribiera, toda forma de convocarse sería conforme a la ley. La ley determina aquí algo carente de sentido. Ello, dado que las leyes son obra humana, no está excluido.

δ) *La producción de normas jurídicas generales por los tribunales. El juez como legislador. La flexibilidad del derecho y la seguridad jurídica.* Un tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución judicial de un caso concreto se convierte en obligatoria para la resolución de casos iguales. Ese carácter de precedente puede atribuirse a una sentencia judicial, cuando la norma individual establecida con la sentencia no tiene predeterminado su contenido por una norma general producida por legislación o costumbre, o no lo tiene determinado unívocamente, admitiendo así diferentes posibilidades de interpretación. En el primer caso, el tribunal produce con su sentencia con valor de precedente un nuevo derecho de fondo; en el segundo caso, la interpretación que adopta la sentencia adquiere el carácter de una norma

general. En ambos casos funciona el tribunal, que crea el caso con valor de precedente, en forma idéntica al legislador, igual al órgano facultado por la constitución para legislar. La decisión judicial en un caso concreto se convierte así en obligatoria para la resolución de casos iguales, en tanto la norma individual que expone, es generalizada. Esta generalización —es decir, la formulación de la norma general— puede ser efectuada por el tribunal mismo que crea el caso con valor de precedente, pero puede ser realizada también por otros tribunales que están obligados por la sentencia con valor de precedente. Puesto que no está excluido que tribunales diferentes generalicen la sentencia que funciona como precedente de maneras distintas, lo que no sería recomendable atento la finalidad de la institución: alcanzar un poder judicial uniforme. Como las sentencias con valor de precedente sólo pueden ser obligatorias para la resolución de casos iguales, la cuestión de si un caso es igual al caso con valor de precedente, es de significación decisiva. Pero como ningún caso puede ser igual a otro en todo respecto, la “igualdad” de dos casos que aquí interesa sólo puede consistir en su concordancia con respecto de ciertos puntos esenciales, así como dos hechos que constituyen el mismo delito, concuerdan sólo en ciertos puntos esenciales, y no en todos. La pregunta, con todo, de cuáles sean los puntos en que tienen que coincidir, para ser vistos como “iguales”, sólo puede responderse fundándose en la norma general que determina el hecho, en tanto ella fija sus elementos esenciales. De ahí que sólo fundándose en la norma general, creada a través de la sentencia con valor de precedente, puede decidirse si dos casos son iguales. La formulación de esta norma general es el presupuesto bajo el cual únicamente la solución adoptada en el precedente puede ser obligatoria para la resolución de casos “iguales”

La función productora de derecho de los tribunales, presente bajo toda circunstancia, aparece en forma especialmente nítida cuando el tribunal está facultado, a través de sentencias con valor de precedente, también a producir normas generales. Un tribunal, y particularmente un tribunal de última instancia, puede fácilmente recibir esta autorización cuando cuenta con competencia, en determinadas circunstancias, para resolver un caso sin aplicar una norma general ya válida de derecho material, sino conforme a su discrecionalidad; es decir, para producir una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma general de derecho positivo. Otorgar a semejante sentencia carácter de precedente, es sólo una ampliación consecuente de la función de producción de derecho del tribunal.

Si los tribunales están facultados para producir, no sólo normas jurídicas individuales, sino también generales, comienzan a competir con el órgano legislativo establecido por la constitución, lo cual significa una descentralización de la función legislativa. En este respecto, es decir, en lo tocante a la relación entre el órgano legislativo y los tribunales, cabe distinguir dos tipos técnicamente diferentes de sistemas jurídicos. Según uno de esos tipos, la

producción de normas jurídicas generales se encuentra plenamente centralizada, es decir, reservada a un único órgano legislativo central, limitándose los tribunales a aplicar las normas generales producidas por el órgano legislativo a los casos concretos mediante las normas individuales que ellos produzcan. Dado que el procedimiento legislativo, especialmente en las democracias parlamentarias, tiene que superar múltiples oposiciones para funcionar, puede ser que el derecho, en semejante sistema, sólo se adecue difícilmente a las cambiantes circunstancias. Este sistema tiene el inconveniente de una falta de flexibilidad. En cambio, tiene la ventaja de la seguridad jurídica, consistente en que las decisiones de los tribunales son previsibles hasta cierto grado, y por ende, calculables, de suerte que los sujetos sometidos al derecho pueden orientarse en su comportamiento según las decisiones judiciales previsibles. El principio de ligar la sentencia dictada en casos concretos a normas generales que han sido previamente producidas por un órgano legislativo central, podría ampliarse coherentemente al funcionamiento de los órganos administrativos. Expresa, en esta generalidad, el principio del estado de derecho que, en esencia, es el principio de la seguridad jurídica. En plena oposición a este sistema se encuentran aquellos donde no existe en absoluto un órgano legislativo central, sino que los tribunales y los órganos administrativos tienen que resolver los casos individuales mediante su libre criterio. Su justificación reposa en la tesis de que ningún caso es enteramente igual a otro, y que, por lo tanto, la aplicación de normas jurídicas generales, que determinan de antemano la sentencia judicial o el acto administrativo, impidiendo al órgano interesado hacer justicia a las peculiaridades del caso individual, puede conducir a resultados insatisfactorios. Se trata del sistema de la libre creación de derecho, un sistema que ya Platón recomendaba para su Estado ideal. Como consecuencia de la descentralización radical de la producción de derecho que acarrea, este sistema se caracteriza por su gran flexibilidad, pero carece de toda seguridad jurídica. Puesto que bajo semejante orden jurídico los individuos que se considere no pueden en forma alguna prever las decisiones de los casos concretos en los que tengan que participar como demandante o demandado, como acusado o como acusador. De ahí que no puedan saber nada de antemano sobre qué les esté jurídicamente prohibido o permitido, con respecto de para qué estén jurídicamente facultados o no. Sólo podrán experimentarlo mediante la sentencia que les impone una pena, o en la que son absueltos, o que rechaza la demanda o hacer lugar a la misma.

La exigencia de una libre creación del derecho, que garantice la flexibilidad de éste, es formulada a veces en nombre de la justicia, como una justicia absoluta presupuesta. En este sentido, justa sólo es la sentencia de un caso concreto cuando atiende a todas las peculiaridades del caso. Como, sin embargo, ningún caso es enteramente idéntico a otro, dado que todo caso de alguna manera se distingue de todos los restantes casos, la aplicación de una norma general a un

caso concreto no puede conducir jamás a una sentencia justa. Puesto que una norma general presupone necesariamente la identidad de los casos, identidad que en la realidad no se presenta. Y como todo derecho sólo tiene un carácter individual, la resolución judicial de casos concretos no debería en forma alguna estar ligada a normas generales.

Contra esta fundamentación de la libre creación de derecho cabe replicar lo siguiente: lo que efectivamente se produce cuando la decisión de casos concretos no está ligada a normas jurídicas generales, producidas legislativa o consuetudinariamente, no es de ninguna manera la exclusión total de las normas generales del procedimiento de producción de derecho; si el órgano al que se presenta el caso concreto para resolver, debe dictar una sentencia "justa", sólo puede hacerlo en tanto aplica una norma general que él mismo considera justa; como semejante norma general no ha sido producida previamente por vía legislativa o de la costumbre, el órgano llamado a crear derecho debe proceder de la misma manera que un legislador que, al formular las normas generales, se orienta por un determinado ideal de justicia; como distintos legisladores pueden orientarse por muy diferentes ideales de justicia, el valor de justicia que consigue realizar sólo puede ser relativo; y por ende, no menos relativa será la justicia de la norma general que orienta al órgano llamado a decidir el caso concreto. Desde el punto de vista de un ideal de justicia —posible sólo como un valor relativo—, la diferencia entre el sistema de libre creación de derecho, y la creación ligada a la producción legislativa o consuetudinaria, se encuentra en que en lugar de la norma general de derecho positivo, y de la norma general que su ideal de justicia propone al legislador, aparece la norma general del ideal de justicia del órgano llamado a crear derecho.

Presuponer esta norma general es— como ya se apuntara— inevitable si la sentencia dictada en el caso concreto debe valer como "justa". Puesto que la pregunta sobre si determinada sentencia es justa, es mencionada por la necesidad de justificarla, de dar fundamento a la validez de la norma individual que instaura. Y tal justificación o fundamentación de la validez no es posible sino mediante la demostración de que la norma individual corresponde a una norma general superior que se presupone como justa. Dado que la norma constitutiva del valor de justicia tiene que tener, por su esencia, un carácter general.<sup>149</sup>

Una variante particular en que aparece recientemente la exigencia de una libre creación de derecho, no ligada a ninguna norma general, es la doctrina desarrollada bajo influencia de la filosofía existencialista.<sup>150</sup> Según ella, la realidad concreta, por su esencia, no puede ser captada mediante conceptos

<sup>149</sup> Cf. H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit* § 5 ss.

<sup>150</sup> Cf. Georg Cohn, *Existenzialismus und Rechtswissenschaft*, Basilea, 1955; cf. también, H. Kelsen, "Existenzialismus in der Rechtswissenschaft", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, t. 43, cuaderno 2, 1957, pp. 161 y ss.

abstractos, ni regulada con normas generales, sino que tiene que ser sólo “viven-ciada”. Dado que los casos concretos que los tribunales tienen que resolver son totalmente diferentes entre sí, la sentencia justa, es decir, aquella que atienda a todas las peculiaridades del caso, no puede fundarse en una norma general traída de afuera, sino en una norma encontrada en la realidad del caso concreto mismo. El derecho justo es inmanente a la realidad social y sólo puede ser encontrado mediante un cuidadoso análisis de esa realidad, y no en ninguna legislación estatal. En este respecto, la doctrina existencialista del derecho es sólo una especie de la doctrina del derecho natural, y como ésta, una tentativa sin perspectivas de lograr una conclusión, lógicamente imposible, deóntica a partir de una realidad.

Entre los dos tipos ideales de una creación de derecho, ligada a la legislación estatal, o libre de esa legislación, se encuentran aquellos en que se constituye efectivamente un órgano legislativo central, pero donde los tribunales están facultados no sólo para dictar normas individuales en el marco de las normas generales producidas por el órgano legislativo, sino también —bajo ciertas circunstancias arriba determinadas—, para dictarlas fuera de ese marco; y, por fin, aquel sistema en que los tribunales están facultados para crear normas jurídicas generales bajo la forma de casos con valor de precedente. Estos sistemas distintos representan diversos grados de centralización o descentralización de la función de producción de derecho, y, por ende, dan diferente realización al principio de la flexibilidad del derecho, que se encuentra en relación inversa con el de seguridad jurídica.

Un sistema particular es aquel en que las normas jurídicas generales no son producidas en absoluto, o fundamentalmente, por un órgano legislativo central, sino que resultan de la costumbre, siendo aplicadas por los tribunales. Dado que la adecuación, tratándose de normas jurídicas generales, producidas consuetudinariamente y que los tribunales deben aplicar, del derecho a circunstancias cambiantes, es aún más difícil que en el caso de la producción de normas jurídicas generales por un órgano legislativo central, el sistema del derecho consuetudinario es especialmente favorable a la introducción de un sistema judicial que funciona con precedentes. Cabe comprender, por lo tanto, que éste se haya desarrollado especialmente en el terreno del *common-law* anglo-norteamericano, que, en lo esencial, es un derecho consuetudinario.

La aplicación de una norma jurídica general producida consuetudinariamente por un tribunal se diferencia —como ya se señaló—<sup>151</sup> de la aplicación de una norma jurídica general producida por un órgano legislativo, en que la determinación de la validez de la norma aplicable, es decir, la determinación de la existencia de una costumbre productora de derecho, desempeña un papel mucho más prominente, y más claro en la conciencia del juez, que la determinación de la validez de una norma producida por el legislador y publicada en un diario

<sup>151</sup> Cf. *supra*, p. 234.

oficial. Se explica así que a veces haya surgido la idea de que el derecho consuetudinario es un derecho creado por los tribunales. Si los tribunales, como sucede en el terreno del *common-law* angloamericano, tienen que aplicar principalmente derecho consuetudinario, contando además con el poder de resolver casos con valor de precedente, es fácil que sobre semejante suelo brote la teoría de que todo derecho es derecho judicial, es decir, derecho creado por los tribunales; de que, antes de la sentencia judicial, no existe derecho alguno; de que una norma sólo se convierte en norma jurídica, cuando es aplicada por un tribunal.<sup>152</sup> Semejante teoría sólo puede mantenerse en tanto se considere a las normas que los tribunales aplican, no como derecho, sino como una mera "fuente" de derecho, donde esta expresión metafórica es utilizada para designar todos los factores que efectivamente influyen sobre la sentencia judicial, así como los juicios de valor moral-políticos, dictámenes profesionales y cosas semejantes. Bajo la impresión de la importancia predominante que el tribunal tiene en un sistema de derecho consuetudinario y de precedentes, esta teoría pasa por alto la diferencia esencial que se da entre las "fuentes" del derecho jurídicamente obligatorias y las que no lo son. Se equivoca al no reconocer que fuente de derecho, es decir, origen del derecho, aquello de donde el derecho proviene, aquello que produce derecho, sólo puede ser derecho, puesto que es el derecho el que regula su propia producción.

La teoría surgida en el terreno del *common-law* anglonorteamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho.

Si, desde un punto de vista político-jurídico, se viera en la diferencia entre la creación de derecho, cumplida a través de normas generales producidas legislativa o consuetudinariamente, o bien mediante una creación libre no ligada a esas normas, una oposición de principio entre dos sistemas jurídicos, tendría que observarse que esta oposición se debilita notablemente a través de la institución de la cosa juzgada de las sentencias judiciales. En qué medida así sucede, se mostrará más adelante.<sup>153</sup>

<sup>152</sup> Esta teoría es desarrollada en el libro de John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2a. edición, 1927; cf. H. Kelsen *General Theory of Law and State*, pp. 150 y ss.

<sup>153</sup> Cf. *infra*, pp. 272 y ss.

### h) *El negocio jurídico*

a) *El negocio jurídico como hecho productor de derecho.* La norma jurídica individual que la sentencia judicial representa, estatuye la sanción que, en caso de una sentencia penal, tendrá carácter de pena, o en caso de una sentencia civil, el de una ejecución civil. La finalidad de la sanción civil es la reparación, especialmente: la reparación de un daño.<sup>154</sup> La conducta que provoca un daño es ilícita, constituye un delito civil, en tanto es condición de una ejecución civil. Pueden distinguirse dos tipos de causa de daños, según se encuentren en conexión con un negocio jurídico precedente, o se produzcan sin esa relación. Daños causados en la segunda forma aparecen, por ejemplo, cuando alguien, deliberada o negligentemente, daña o destruye un objeto de propiedad de otro, o cuando alguien infiere un daño a otro mediante un delito penal, como lesiones o hurto. En el último caso mencionado, la sanción civil se suma a la sanción penal. Daños causados en la primera forma aparecen, por ejemplo, cuando dos personas han celebrado un contrato, ocasionando una de las partes en el contrato un daño a la otra al no cumplir con su obligación contractual. En este caso, el hecho condicionante de la sanción civil se compone de dos partes: la celebración de un contrato y de una conducta violatoria del contrato. O expresándolo en términos más generales: de la realización de un negocio jurídico y de una conducta contraria a lo convenido.

Una conducta puede considerarse contraria a lo convenido sólo en tanto el sentido subjetivo de los actos, o del acto que configuran un negocio jurídico, es una norma; sólo en tanto el negocio jurídico es un hecho productor de normas. En la terminología jurídica tradicional, la expresión "negocio jurídico" sirve tanto para designar el acto productor de la norma, como la norma producida por el acto. El negocio jurídico típico es el contrato. En un contrato acuerdan las partes contratantes deber comportarse recíprocamente de determinada manera. Este deber es el sentido subjetivo del acto en que se da el negocio jurídico, pero también constituye su sentido objetivo, es decir, este acto es un hecho productor de normas jurídicas, en tanto y en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad, y se la otorga en tanto hace de la realización del hecho del negocio jurídico, junto con una conducta contraria a él, condición de una sanción civil. Al establecer el orden jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, autoriza a los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas generales producidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico. Estas normas convencionalmente producidas, que no estatuyen sanciones, sino una conducta cuyo opuesto es una condición de la sanción estatuida por las normas jurídicas generales, no son normas jurídicas independientes. Constituyen normas jurídicas sólo en su rela-

<sup>154</sup> Cf. *supra*, pp. 115 y s., 128 y s.

ción con las normas jurídicas generales que estatuyen sanciones. El tribunal civil que resuelve un litigio surgido de un negocio jurídico, tiene que establecer no sólo la validez de la norma jurídica general sobre cuya base se llevó a cabo el negocio, sino también el hecho de que el negocio jurídico efectivamente se realizó, que se da una conducta contraria a lo pactado y que el daño así causado no ha sido reparado, para dictar, en mérito a esas comprobaciones, la norma individual, conforme a la cual, si el daño determinado por el tribunal no es reparado dentro de un plazo determinado, se deberá llevar a cabo una sanción estatuida en la norma jurídica general. La sanción estatuida en la norma jurídica general constituye en obligación principal a la obligación de omitir la conducta contraria al pacto, y de causar así un daño, y como obligación accesoría, la de reparar el daño provocado por el incumplimiento de la obligación principal. La sanción puede ser evitada mediante el cumplimiento de la obligación que el negocio jurídico inmediatamente estatuye, o, en caso de su incumplimiento, mediante el cumplimiento de la obligación sustitutiva de reparar el daño que, en este caso, es una obligación accesoría. Lo mismo sucede cuando el daño no es causado por una conducta contraria a la convención negociada, sino es causada por una conducta que tampoco es punible. Si, en cambio, el daño resulta de una conducta que ella misma es condición de una sanción penal —como una lesión corporal grave—, entonces no puede evitarse esa sanción mediante el cumplimiento de la obligación de reparar el daño causado por el delito punible; en esos casos, la obligación sustitutiva de la sanción civil se agrega a la sanción penal, consistente en la obligación de omitir el delito punible. En relación con esta obligación, la obligación de reparar el daño no constituye una obligación sustitutiva.

El negocio jurídico es, igualmente como el delito consistente en el comportamiento contrario a la convención, y el delito de no reparar los daños provocados de esa manera, condición de la sanción civil. Se distingue del delito en que, conforme al orden jurídico, produce la norma que constituye su sentido, mientras que el delito no es un hecho que el orden jurídico establezca como productor de normas. El acto coactivo de la sanción civil no está dirigido contra el individuo que ha efectuado un negocio jurídico, sino sólo contra el individuo que, luego de haber realizado un negocio jurídico, se comporta contra lo convenido, u omite reparar el daño causado por la conducta contraria a lo pactado.

β) *El contrato*. Según que el hecho del negocio jurídico está constituido por el acto de un individuo, o por los actos de dos o más individuos, se distingue entre negocios jurídicos unilaterales, y negocios bi o multilaterales. El negocio jurídico de lejos más importante en el derecho moderno es el negocio jurídico, bi o multilateral, el contrato.

El hecho del contrato se configura con las declaraciones concordantes de voluntad de dos o más individuos, dirigida a una determinada conducta de los

mismos. El orden jurídico puede, aunque no necesita hacerlo, prescribir determinada forma para esas declaraciones, de suerte que constituyan un contrato con fuerza obligatoria —es decir, para producir normas que obliguen y faculten a los individuos contratantes—, por ejemplo, estableciendo que ha de celebrarse por escrito, y no sólo verbalmente o a través de gestos. En todo caso las partes tienen que expresar de alguna manera su voluntad, es decir, darle alguna exteriorización. De no ser así, el hecho de que el contrato ha sido celebrado no podría comprobarse en un procedimiento de aplicación de derecho y, especialmente, en un procedimiento judicial.

Entre la voluntad efectiva de una parte, y su expresión efectuada en alguna forma, puede aparecer una discrepancia en tanto la formulación puede ser interpretada por la otra parte contractual, o por el órgano de aplicación, en sentido distinto del que la parte pretendía expresar con esa formulación. Cuáles sean las consecuencias de tal discrepancia sólo puede determinarse por el mismo orden jurídico, y no por la ciencia del derecho. El orden jurídico puede determinar que no se considerará realizado un contrato cuando una parte pueda demostrar que el sentido que pretendía dar a la formulación de su voluntad, es distinto del que le otorga la otra. Pero el orden jurídico puede también establecer que tal discrepancia carezca de significado para la validez de la norma producida convencionalmente; que la misma es jurídicamente irrelevante; que sólo interesa el sentido que la formulación, en caso de litigio, podría atribuirse normalmente a la otra parte en opinión del órgano de aplicación. El orden jurídico puede dar más peso a la formulación externa que a la voluntad efectiva, o, al revés, dar más peso a la voluntad efectiva que a la formulación externa. Cual sea, entre ambas soluciones de este problema, la preferible, depende de los principios jurídico-políticos que determinan al legislador. El ideal de la seguridad de las transacciones puede conducir a una, mientras que el ideal de la libertad individual puede llevar a la otra solución.

Para que se produzca el contrato, la declaración de voluntad de una parte tiene que estar dirigida a la otra, y ésta tiene que aceptar la declaración que se le formula. El contrato se configura, como se suele decir, en una oferta y en su aceptación. La oferta es un ofrecimiento cuya aceptación otorga validez a una norma que regula el comportamiento recíproco de las partes contratantes. Cuando esa norma estatuye una obligación de la parte oferente, la oferta reviste el carácter de una promesa. La distinción entre oferta y aceptación supone que ambas declaraciones de voluntad no se producen simultáneamente. La oferta tiene que preceder a la aceptación. Surge así la pregunta si la voluntad exteriorizada por la parte oferente en su declaración, tiene que mantenerse hasta el instante de la aceptación, de suerte que en el momento de la aceptación las voluntades de ambas partes tengan que coincidir, y, por ende, si así no es el caso, porque el oferente ha modificado en el ínterin su voluntad, manifestando ese cambio de voluntad mediante el retiro de la oferta, no se produce

contrato alguno; o bien si la modificación de voluntad, luego de formulada la oferta, es irrelevante, puesto que la oferta no puede ser retractada; y cuando ella no puede ser dejada sin efecto, cuánto sea el tiempo por el cual el oferente queda obligado con su oferta. Estas preguntas también pueden ser contestadas sólo de acuerdo con las determinaciones positivas del orden jurídico. Si éste admite la retractación de la oferta, en cualquier momento antes de la aceptación, la celebración de contratos entre ausentes se hace muy difícil. Para superar esta dificultad, a veces el orden jurídico determina que el oferente, en ciertas condiciones, quede obligado por un tiempo determinado a mantener su oferta. Ello significa que el contrato se celebra válidamente si la oferta es aceptada dentro de ese lapso, aun cuando el oferente haya modificado entre tanto su voluntad declarada en la oferta. Entonces la aceptación de la oferta puede producir una norma que obliga al oferente, inclusive contra su voluntad.

Para que se realice un contrato, se requiere que se formulen declaraciones de voluntad coincidentes de las partes contratantes, declaraciones según las cuales las partes quieren lo mismo. Mediante este hecho se produce una norma, cuyo contenido estará determinado por las declaraciones coincidentes. El contrato, como hecho, productor de normas jurídicas, y la norma producida por ese hecho, deben mantenerse nítidamente diferenciadas. Pero en la terminología tradicional, la palabra "contrato" es empleada para designar ambas cosas. Se habla de la celebración de un contrato, aludiéndose así a los actos que constituyen el hecho productor de normas. Se habla de la validez de un contrato, aludiéndose a la norma producida por ese hecho, puesto que sólo una norma, y no un acto, puede tener "validez". El dominio de validez temporal de la norma producida contractualmente puede estar determinado en su contenido; un contrato puede ser celebrado con validez para cierto lapso determinado. La norma puede contener también la disposición de que la validez del contrato pueda ser terminada en cualquier momento por una declaración unilateral de una de las partes. Ello puede suceder también, conforme al derecho válido, cuando el contrato ha sido celebrado con una validez temporal indeterminada. Si el término de validez de la norma contractualmente producida se encuentra determinada en el contrato mismo, no puede ser terminado por la declaración unilateral de una de las partes contratantes. Entonces su terminación, antes del transcurso del plazo establecido, sólo puede producirse mediante una norma creada por las mismas partes contratantes, o, para expresarlo con otras palabras, entonces el contrato sólo puede ser dejado sin efecto mediante un nuevo contrato celebrado por las mismas partes.

Mediante una norma producida contractualmente, normalmente sólo pueden estatuirse obligaciones y derechos de las partes. Así recibe expresión el principio de la llamada autonomía privada. Pero un orden jurídico puede autorizar también contratos denominados a favor, o a cargo, de terceros, es decir, normas contractualmente producidas que obligan o facultan a individuos que

no han participado en el hecho productor de derecho. La norma contractualmente producida puede imponer a las partes en el contrato iguales obligaciones y otorgar iguales derechos. Pero puede también imponer obligaciones distintas a las distintas partes en el contrato, o sólo imponer una obligación a una de las partes del contrato, otorgando a la otra sólo un derecho. Pero tal contenido tiene que haber sido querido siempre por todas las partes en el contrato, o bien estar contenido en la declaración concordante de voluntades de todas las partes. La norma producida contractualmente tiene carácter individual, como en caso de una compraventa, mediante la cual una parte se obliga a entregar una única vez una determinada cosa, y la otra se obliga a pagar una única vez determinada suma de dinero.

Pero el contrato puede tener también carácter general, es decir, obligar, no a una prestación única, o a una única prestación y única contraprestación, sino a un número indeterminado de prestaciones, o prestaciones y contraprestaciones; como, por ejemplo, el contrato en el cual una sociedad de seguros se obliga con respecto de un individuo a pagarle los costos del tratamiento médico en cada caso de enfermedad, obligándose el individuo asegurado a pagar mensualmente a la sociedad de seguros cierta contribución en dinero.

En el derecho internacional, la cláusula de admisión desempeña en algunos convenios cierto papel. Por esa cláusula cualquier Estado, o ciertos Estados, quedan facultados para ingresar a un convenio. El ingreso al pacto puede producirse mediante una declaración unilateral, o mediante una solicitud que tiene que ser aceptada por las partes contratantes existentes, su mayoría, o por uno de los órganos establecidos por la norma pactada. En este último caso, la admisión se produce mediante un nuevo contrato; en el primer caso, mediante la aceptación unilateral a la norma del tratado. Mediante la admisión, la norma convencional adquiere validez para el ingresante.

Un tipo especial de contratos mediante los cuales se producen normas generales son aquellos mediante los cuales se instaura, conforme al derecho interno de un Estado, un estatuto social, o, según el derecho internacional general, la carta de una organización internacional, como la Sociedad de las Naciones o las Naciones Unidas. Se habla entonces de una asociación. La admisión a la sociedad, o la organización internacional, es ingresar a la asociación mediante la cual se estableció la sociedad o la organización internacional. Si el ingreso a la sociedad o a la organización internacional sólo es posible con el acuerdo de un órgano social, o de la organización internacional, entonces la admisión depende de un contrato celebrado entre la sociedad o la organización y el miembro ingresante, contrato cuyo contenido constituye el estatuto de la sociedad o la carta de la organización internacional. Si la admisión puede producirse por la declaración unilateral del ingresante, tenemos la aceptación de un orden jurídico parcial válido. Mediante el acto del ingreso toman validez para el sujeto admitido las normas del estatuto social, o la carta de la organización

internacional, lo que significa que esas normas son producidas con validez para ese sujeto.

Ese ingreso de una persona privada en una sociedad, o de un Estado a una organización internacional es —a diferencia de un contrato— un negocio jurídico unilateral. En el terreno del derecho privado tenemos algo semejante en la llamada promesa de premio, esto es, la promesa públicamente notificada de otorgar un premio por determinada prestación. En ambos casos el acto de un sujeto produce una norma, o normas, mediante la cual el sujeto que instaura la norma queda obligado. Por ello se distinguen los negocios jurídicos unilaterales de los actos legislativos, las sentencias judiciales y los actos administrativos, que producen normas que obligan a sujetos diferentes de los que las establecieron.

i) *La administración.* Junto a la legislación y la jurisdicción, la administración es designada como una de las tres funciones que la teoría tradicional considera como las funciones esenciales del Estado. La legislación y la jurisdicción son funciones jurídicas en sentido estricto, es decir, funciones mediante las cuales se producen y aplican las normas del orden jurídico estatal, donde la aplicación de una norma jurídica consiste en la producción de otra norma, o en la ejecución del acto coactivo estatuido por una norma.<sup>155</sup> Los individuos que desempeñan esas funciones son órganos de derecho. Que tales sean órganos del Estado, es decir pues, que su función sea atribuida al “Estado”, es decir, a la comunidad jurídica constituida por el orden jurídico estatal, significa que son referidos a la unidad del orden coactivo constituyente de esa comunidad. Este orden coactivo es un orden jurídico “estatal” en tanto y en la medida en que establece órganos que funcionan mediante una división del trabajo, habiendo sido designados, mediata o inmediatamente, para el desempeño de sus funciones, es decir, como órganos relativamente centrales, limitados en su dominio de validez territorial a un espacio firmemente delimitado —el llamado territorio del Estado—, supuesto como orden supremo, o sólo subordinado al orden jurídico internacional. Pero debe advertirse que las funciones jurídicas —esto es, la producción y aplicación de normas del orden jurídico estatal— no se cumplen únicamente en órganos centrales, sino también mediante procedimientos descentralizados; así, la producción de normas jurídicas generales a través de la costumbre, y la de normas jurídicas individuales y generales mediante negocios jurídicos. Los individuos que desempeñan esas funciones jurídicas son tan órganos jurídicos como el órgano legislativo, o los tribunales, y su función puede igualmente bien ser referida, como la legislación y la jurisdicción, a la unidad del orden jurídico estatal, como atribuida a la comunidad constituida mediante ese orden jurídico, el Estado. La terminología tradicional —como se mostró anteriormente en otro contexto— no se adecua a esto. Las normas jurí-

<sup>155</sup> Cf. *supra*, p. 157.

dicas producidas por la costumbre, o por negocio jurídico, no son designadas como derecho producido por el Estado, aunque esas normas pertenezcan igualmente al orden jurídico estatal, como las normas producidas mediante legislación o por resoluciones judiciales. La terminología tradicional tiene la tendencia, anteriormente caracterizada, de designar sólo órganos estatales a los órganos jurídicos más o menos centralizados, es decir, la de atribuir al Estado, a la comunidad jurídica, sólo la función desempeñada por esos órganos. Característico es, en este respecto que, como ya se recordó, que sí el parlamento, pero no el cuerpo electoral o los electores individualmente, es considerado órgano del Estado.<sup>156</sup>

La actividad denominada administración estatal es, en buena parte, del mismo tipo que la legislación y la actividad judicial, es decir, una función jurídica en sentido estricto de producción y aplicación de normas jurídicas. La función del órgano administrativo superior, el gobierno, reside en la participación que la constitución le delega en la legislación; en el ejercicio de las facultades otorgadas por la constitución de celebrar tratados con otros Estados; en la promulgación, conforme a la constitución, de ordenanzas y resoluciones administrativas dirigidas a los órganos administrativos inferiores y a los súbditos —es decir, en la producción y aplicación de normas generales e individuales. Entre una ley administrativa, que al estatuir sanciones obliga a los sujetos sometidos al derecho a determinada conducta en el terreno de la salud, la actividad profesional o del tráfico, y una ley penal o civil no aparece, desde un punto de vista técnico-jurídico, ninguna diferencia. Los organismos administrativos inferiores del gobierno, en especial, los órganos policiales, tienen que aplicar normas jurídicas que estatuyen sanciones penales generales, función que no se diferencia de la jurisdicción de los tribunales por su contenido, sino por la naturaleza del órgano que la cumple. El juez es, en el cumplimiento de su función, independiente, es decir, sólo está obligado por la norma jurídica general que debe aplicar, mientras que el órgano administrativo, al ejercer su función, debe observar las instrucciones impartidas por un órgano superior. Pero esta diferencia no es, en modo alguno, una diferencia absoluta, puesto que también los órganos administrativos superiores —a falta de órganos supremos a ellos— son tan independientes como los tribunales. Haciendo abstracción de la independencia de los órganos judiciales, no hay ninguna diferencia entre la función de un tribunal que en caso de hurto impone una pena de privación de libertad, o en caso de injuria al honor, impone una multa, y la función del órgano administrativo que en caso de violación de prescripciones fiscales, sanitarias o de tráfico, ordena la ejecución de sanciones análogas. Por lo demás, la ejecución de la sanción, aun cuando ha sido ordenada por un tribunal, constituye un acto administra-

<sup>156</sup> Cf. *supra*, p. 157.

tivo, puesto que el órgano de ejecución no es un tribunal, sino un órgano administrativo.

Una diferencia funcional entre la función judicial y la administrativa —tratándose con todo siempre de una función jurídica en sentido estricto, como producción y aplicación de normas judiciales— aparece entonces cuando el acto coactivo no tiene carácter de sanción, tratándose de la aplicación de normas jurídicas que estatuyen la internación coactiva de enfermos, la expropiación forzosa o la destrucción de propiedades, y actos coactivos análogos, que no aparecen como reacción contra una conducta humana determinada por el orden jurídico.<sup>157</sup>

Esencialmente diferente de los dos tipos hasta ahora evocados de actividad administrativa estatal, que representan funciones jurídicas en sentido estricto, es la consistente, no en la producción o aplicación de normas jurídicas, sino en el cumplimiento de normas jurídicas por parte de individuos específicamente calificados, a saber: los “funcionarios del Estado”. Esta actividad designada como administración estatal es del mismo tipo que la actividad económica y cultural de individuos privados. Así como éstos, puede el Estado construir y explotar ferrocarriles, erigir escuelas y hospitales, impartir enseñanza y atender enfermos. Como administración estatal, esta actividad se diferencia de la actividad similar de personas privadas, no por su contenido, sino porque los individuos que realizan esas actividades se encuentran jurídicamente calificados como funcionarios estatales. Es decir, bajo determinadas condiciones, a saber: cuando son realizadas por determinados individuos calificados, esas funciones son atribuidas, no a los individuos que efectivamente las desempeñan, sino al Estado. En qué consiste esa calificación, es cosa que se mostrará más adelante.<sup>158</sup> Aquí corresponde destacar que esta actividad, interpretada como administración estatal, es el contenido de obligaciones profesionales específicas. Estos deberes profesionales son constituidos por normas jurídicas que enlazan al incumplimiento, o al mal cumplimiento de las funciones del cargo, penas específicas, denominadas sanciones disciplinarias. Según los usos lingüísticos corrientes, se atribuye al Estado solamente la función resultante del cumplimiento de una obligación derivada del cargo, pero no la obligación profesional misma, del mismo modo que no se considera la pena disciplinaria impuesta por incumplimiento de ese deber profesional como dirigida contra el Estado. Cuando en una ley se establece que el Estado debe construir y explotar un ferrocarril, interpretándose esta disposición como una “obligación” del Estado, no es la obligación profesional de los órganos la que aquí entra en consideración, lo que se atribuye al Estado. Esas obligaciones de los cargos administrativos existen también cuando el Estado, según el tenor literal de la ley, sólo está facultado para construir y explotar un ferrocarril. Cuando se habla aquí de una

<sup>157</sup> Cf. *supra*, pp. 41 y ss.

<sup>158</sup> Cf. *infra*, pp. 299 y s.

obligación del Estado, no se trata de una obligación en el sentido estrictamente jurídico del término.<sup>159</sup> Si la actividad que se entiende como administración del Estado no consiste en la producción o aplicación, sino en el cumplimiento de normas jurídicas, es decir, en el cumplimiento de obligaciones de cargo por parte de órganos burocráticos; si, por tanto, no se atribuye al "Estado" una función de producción o aplicación de derecho, sino una función de cumplimiento del derecho, entonces la conducta que se atribuirá al Estado como comunidad jurídica no será sólo la determinada en el orden jurídico constitutivo de la comunidad, sino también la correspondiente a una función determinada al efecto por el orden jurídico, a saber: la de un individuo calificado de "funcionario", que funciona de manera específica mediante una división del trabajo, y que ha sido designado para esa función determinante de su situación jurídica personal. Debe advertirse, con todo, que también puede ser deber profesional del individuo así calificado el desempeñar funciones de producción y de aplicación de derecho. Puesto que no sólo los órganos administrativos, que desempeñan funciones jurisdiccionales, sino también los jueces independientes pueden tener el carácter de funcionarios; y a la actividad administrativa del Estado pertenece también la actividad productora de normas jurídicas a través de negocios jurídicos, así como el cumplimiento de las obligaciones creadas, y el ejercicio de los derechos resultantes de esos negocios jurídicos. Es decir, también esas funciones pueden ser atribuidas al Estado como el contenido de obligaciones jurídicas de órganos burocráticos (y, por ende, como funciones de cumplimiento del derecho), interpretadas como actos de la administración estatal. Tienen primeramente el carácter de funciones de cumplimiento del derecho, puesto que resultan del cumplimiento de las obligaciones del cargo por parte de órganos burocráticos y, en tanto se trata de actos consistentes en negocios jurídicos, sólo tienen secundariamente el carácter de funciones productoras de normas jurídicas.

Las normas que regulan el comportamiento de esos individuos, al establecer deberes profesionales específicos y otorgar competencias burocráticas específicas, constituyen, dentro del orden jurídico total que regula el comportamiento de todos los individuos que viven dentro de su dominio territorial de validez, un orden jurídico parcial, que constituye un grupo parcial de individuos calificados como funcionarios del Estado, a saber: el Estado como aparato burocrático de funcionarios, con el gobierno en la punta. Este concepto más estrecho de Estado tiene que distinguirse del concepto más amplio de Estado, al que pertenecen todos los individuos que habitan el territorio estatal. Este concepto incluye al primero. Uno es, la personificación del orden jurídico total, regulador del comportamiento de todos los individuos que viven en el territorio estatal; el otro, la personificación del orden jurídico parcial que regula la

<sup>159</sup> Cf. *infra*, p. 304.

función de los individuos calificados como funcionarios estatales. La atribución de esas funciones al Estado significa referirlas a la unidad de ese orden jurídico parcial. Pero al estar referidas a la unidad de ese orden jurídico parcial, están referidas también a la unidad del orden jurídico total que abarca al orden jurídico parcial. La atribución al Estado, en sentido estricto, implica la atribución al Estado en sentido amplio.

Si se considera finalidad del orden jurídico estatal —o, lo que es lo mismo, como un fin del Estado— obtener conductas conforme a derecho, que eviten sanciones y cumplan obligaciones, o el hacer jurídicamente posible determinada conducta estableciendo derechos en sentido técnico y permisiones positivas, entonces esa finalidad del Estado, en la medida en que ese comportamiento no sea atribuido al Estado, no es interpretado como función estatal, o sólo mediatamente, en cuanto se cumple la función estatal (o jurídica) consistente en estatuir y ejecutar actos coactivos. Sin embargo, si la conducta del órgano burocrático —como en el caso de la administración estatal, que no tiene, o no tiene primariamente, el carácter de producción o aplicación de derecho, sino el de cumplimiento de las normas jurídicas— es atribuida al Estado, interpretándosela como función del Estado (en sentido estricto), entonces el fin del Estado (en sentido amplio) es realizado inmediatamente con esa función estatal (en sentido estricto). Entonces cabe distinguir, en este sentido, una administración estatal mediata, cuya función no difiere de la jurisdicción, sino que, como ésta, es función de producción y aplicación de derecho, de la administración estatal inmediata (directa), que es esencialmente distinta de la función judicial, por tratarse de una función de cumplimiento del derecho. En la medida en que también es función de producción de derecho, tiene carácter de una función jurisdiccional, no en cambio el de un negocio jurídico.

De ahí resulta que, desde el punto de vista de un análisis estructural del derecho, con el nombre de administración del Estado se designen dos funciones entre sí diferentes, pasando el límite entre estas funciones por el medio del terreno que en la teoría tradicional distingue a la administración del Estado de la función estatal denominada jurisdicción o poder judicial. En la distinción tradicional no se expresa una diferencia de funciones, sino la distinción entre dos aparatos burocráticos —caracterizados como poder judicial y administración pública—, cuya constitución sólo puede ser históricamente explicada en el Estado moderno, pero que no corresponde justificar desde el punto de vista de una sistemática jurídica.

### j) *Conflicto entre normas de diverso nivel*

α) *La sentencia contra ley.* Puesto que el orden jurídico representa una construcción escalonada de normas entre sí en relación de supra y subordinación, y dado que una norma sólo pertenece a determinado orden jurídico porque y en tanto su producción corresponde a una norma superior deter-

minante, surge el problema de un posible conflicto entre una norma de nivel superior y una norma inferior; es decir, la pregunta: qué vale como derecho cuando una norma no corresponde a la norma que determina su producción, y especialmente, cuando no corresponde a la norma que predetermina su contenido. Conflicto tal pareciera darse cuando se aceptan literalmente ciertas expresiones corrientes en la jurisprudencia tradicional. Puesto que ahí se habla de sentencias judiciales *contra legem* y de *leyes inconstitucionales*, dando la impresión de que, en general, fuera posible algo así como una norma contraria a norma, y, en especial, una norma jurídica contraria a derecho. Más aún, el derecho mismo pareciera tener que contar con un derecho contrario a derecho, confirmando su existencia por relacionarse con múltiples prescripciones cuya finalidad radicaría en la anulación de un derecho contrario a derecho. Si hubiera algo así como un derecho contrario a derecho, la unidad del sistema de normas, que se expresa en el concepto de orden jurídico quedaría eliminada. Pues una norma "contraria a norma" es una autocontradicción; y una norma jurídica en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna. Lo que es nulo no puede ser anulado por vía del derecho. Anular una norma no puede querer significar anular el acto cuyo sentido esa norma es. Algo que fácticamente se ha producido, no puede convertirse en no acontecido. Anular una norma quiere decir privar a un acto, cuyo sentido subjetivo es una norma, del sentido objetivo que le da una norma; lo que equivale a decir: a poner término a la validez de esa norma mediante otra norma. Cuando el orden jurídico, por cualquier razón, anula una norma, tiene previamente que dejaría valer —como el análisis siguiente lo muestra— como una norma jurídica objetivamente válida, es decir, conforme a derecho.

Así como en la pregunta relativa a si un hecho aparece en un caso concreto, hecho al cual la norma jurídica enlaza determinadas consecuencias, tiene que ligarse a la pregunta de quién es competente para dar respuesta a la primera pregunta, también la pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior que determina la forma de su producción o también su contenido, no puede separarse de la pregunta sobre quién esté facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa. De igual modo que la primera, la segunda pregunta sólo puede ser contestada por el órgano que determine el orden jurídico, conforme al procedimiento determinado en el orden jurídico. Afirmar que una sentencia judicial, o una resolución administrativa son contrarias a derecho, sólo puede querer significar que el procedimiento en que la norma individual fue producida no corresponde a la norma que determina ese procedimiento, o que su contenido no corresponde al contenido de la norma general determinante, producida por vía legislativa o costumbre. En homenaje a la brevedad, sólo se investigará aquí el caso en

que se cuestiona si la norma individual de una sentencia judicial corresponde a la norma general que aplica, determinante de su contenido. Si el orden jurídico facultara a todos a resolver esta cuestión, apenas si podría lograrse una sentencia judicial que obligara a las partes. De ahí que este interrogante —según el derecho estatal— sólo pueda ser resuelto por el tribunal mismo, o por un tribunal superior. Si un tribunal decide un caso concreto y afirma que al hacerlo ha aplicado determinada norma jurídica general, la cuestión queda resuelta en un sentido positivo, y permanece así resuelta mientras la sentencia no sea revocada por la decisión de un tribunal superior. Puesto que la sentencia del tribunal de primera instancia —y ello quiere decir, la norma individual producida con esa sentencia— no es nula, según el derecho tenido por válido, aun cuando el tribunal competente para resolver la cuestión la considere “contraria a derecho”. Sólo es anulable, es decir, puede solamente ser anulada mediante uno de los procedimientos determinados por el orden jurídico. Sólo cuando el orden jurídico prevé un procedimiento semejante, pueden las partes litigantes atacar la sentencia, planteando la cuestión de la “legalidad” de la sentencia. Si el procedimiento en el cual se recurre contra una sentencia judicial ha llegado a su fin; si existe un tribunal de última instancia cuyas decisiones ya no pueden ser recurridas, tendremos una sentencia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, de suerte que ya no cabe plantear la cuestión de la “legalidad” de esa sentencia. Pero ¿qué significa el hecho de que el orden jurídico otorgue fuerza de cosa juzgada a la sentencia de última instancia? Significa que incluso cuando guarda validez una norma general que el tribunal debe aplicar, norma que predetermina el contenido de la norma individual que la sentencia judicial debe producir, puede adquirir validez la norma individual producida por un tribunal de última instancia cuyo contenido no corresponde a esa norma general. El hecho de que el orden jurídico conceda fuerza de cosa juzgada a la sentencia judicial de una última instancia, significa que no sólo tiene validez la norma general que predetermina el contenido de la sentencia judicial, sino también una norma general según la cual el tribunal puede determinar él mismo el contenido de la norma individual que debe producir. Estas dos normas configuran una unidad; de modo que el tribunal de última instancia está facultado para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien, una norma jurídica individual cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia. Y también el hecho de que las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de todo tribunal que no sea de última instancia, sólo son anulables conforme a las disposiciones del orden jurídico, es decir, que mantienen validez mientras no sean anuladas por una instancia superior, significa que ese órgano superior se encuentra facultado por el orden jurídico para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido

la norma jurídica general predetermina, o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia. Y también el hecho de que las sentencias de los tribunales de primera instancia, y de todo tribunal que no sea de última instancia, sólo son anulables conforme a las disposiciones del orden jurídico, es decir, que mantienen validez mientras no sean anuladas por una instancia superior, significa que ese órgano superior se encuentra facultado por el orden jurídico para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido la norma jurídica general predetermina, o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado, sino que el órgano mismo deberá determinar, con la diferencia de que la validez de esta norma jurídica individual sólo es provisional, es decir, que puede ser eliminada mediante determinado procedimiento, lo que no corresponde con respecto del caso de la norma individual producida por un tribunal de última instancia que ha adquirido fuerza de cosa juzgada. Su validez es, entonces, definitiva. Pero la validez provisional de la una, así como la validez definitiva de la otra norma individual, reposa en el orden jurídico. Es decir, pues, que reposa en una norma general preexistente, previa a su producción, que, cuando determina el contenido de esa norma jurídica individual, lo hace con el sentido de la alternativa aquí expuesta. Una sentencia judicial, mientras mantenga validez, no puede ser contraria a derecho. No cabe hablar, por consiguiente, de un conflicto entre la norma individual producida mediante la sentencia judicial, y la norma general, producida por legislación o costumbre, que el tribunal debe aplicar. Ni siquiera en el caso de una sentencia judicial de primera instancia, recurrible, y, por ende, revocable (anulable). El fundamento objetivo de su anulabilidad no reside —como pudieran sostenerlo las partes litigantes, o inclusive el tribunal de apelación— en su ilegalidad, es decir, en el hecho de no corresponder a la norma general que debe aplicar —puesto que si eso hiciera, sería nula, es decir, jurídicamente inexistente, y no sólo meramente anulable—, sino en la posibilidad prevista por el orden jurídico de otorgar validez definitiva, mediante un procedimiento determinado para ello, a la otra alternativa no realizada en la sentencia recurrida. Si, en general, la norma jurídica individual producida por una sentencia judicial es recurrible, no sólo puede ser eliminada por la norma con fuerza de cosa juzgada de una sentencia de última instancia, cuando el tribunal de primera instancia hace uso de la alternativa de determinar él mismo el contenido de la norma por él producida con validez provisional, sino también cuando, conforme a la otra alternativa estatuida por el orden jurídico, el contenido de la norma individual producida por el tribunal de primera instancia corresponde a la norma general que lo predetermina. Si, en general, una sentencia judicial es recurrible, cabe entonces que partes litigantes la recurran objetivamente en cualquiera de los dos casos, pudiendo ser revocada por el tribunal superior, inclusive cuando las partes litigantes funden subjetivamente la apela-

ción en la circunstancia —y quizá sólo puedan fundarla así según el derecho procesal vigente— en que la sentencia no corresponde en su contenido a la norma general que la predetermina. Las partes litigantes pueden contar con el hecho de que, cuando una sentencia de última instancia adquiere fuerza de cosa juzgada según el derecho válido, nada puede impedir que adquiera validez una norma individual cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma jurídica general. Sólo hacen uso de la posibilidad de recurrir una sentencia judicial, cuando ésta no concuerda con sus intereses. Es totalmente indiferente que ellos consideren subjetivamente la sentencia como legal o ilegal, inclusive cuando la ley prescribe que sólo cabe recurrir una sentencia judicial cuando la misma es, en algún respecto, “ilegal”, contraria a derecho, lo que quiere decir, cuando las partes litigantes la consideren contraria a derecho. Dado que la cuestión de si la sentencia es “ilegal” no será resuelta por las partes litigantes, sino por un tribunal de apelación, adquiriendo en todos los casos fuerza de cosa juzgada la sentencia de última instancia. Si tuviera algún sentido hablar de sentencias judiciales “en sí” legales o ilegales, conformes o contrarias a derecho, debiera admitirse que también una sentencia legal, conforme a derecho, puede ser revocada por una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Ahí se muestra, con todo, que la posibilidad de predeterminar las normas individuales producidas por los tribunales, a través de normas generales producidas por vía de legislación o costumbre, está limitada significativamente. Pero este hecho no justifica la tesis, mencionada en lo anterior, de que antes de la sentencia judicial no hubiera derecho alguno, de que todo derecho es derecho judicial, de que, en general, sólo hay normas jurídicas individuales, y ninguna general.

β) *La ley “inconstitucional”*. La afirmación de que una ley válida es “inconstitucional” constituye una *contradictio in adjecto*. Puesto que una ley sólo puede ser válida fundándose en la constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico. Si la afirmación corriente en la jurisprudencia tradicional sobre una ley inconstitucional, puede tener algún sentido jurídico posible, no habría que tomarla al pie de la letra. Su significado sólo puede ser que la ley en cuestión puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori*, sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional.

Dado que la constitución regula los órganos y los procedimientos legislativos, y a veces también determina, hasta cierto grado, el contenido de leyes futuras, el constituyente tiene que contar con que las normas de la constitución —expresándolo en la manera usual— no serán mantenidas siempre y plenamente; con que aparezca un acto con la pretensión subjetiva de haber producido una ley, aunque el procedimiento en el cual el acto ha surgido, o el contenido de la ley producida mediante ese acto, no corresponda a las normas de la constitución. Se plantea entonces la cuestión de a quién deba facultar la constitución para resolver si, en un caso concreto, sus normas fueron respetadas, de si un documento, cuyo sentido subjetivo es una ley en el sentido constitucional, también puede valer como tal por su sentido objetivo.

Si la constitución autoriza a cualquiera a resolver este interrogante, apenas si podría contarse con leyes obligatorias para los sujetos y órganos de derecho. Si es menester impedir tal situación, la constitución sólo puede autorizar a un determinado órgano en ese respecto. Un procedimiento en varias instancias, análogo al procedimiento judicial, está excluido cuando sólo se constituye un órgano legislativo central. Entonces sólo el mismo órgano legislativo, o un órgano diferente —por ejemplo, el tribunal que tiene que aplicar la ley, o bien un tribunal especial— puede ser facultado a resolver la cuestión de la constitucionalidad de una ley. Si la constitución carece de disposiciones sobre quién tenga que examinar la constitucionalidad de las leyes, los órganos que la constitución autoriza a aplicar las leyes, y, por lo tanto, en especial los tribunales, serán los así facultados para emprender ese examen. Puesto que si están facultados para aplicar leyes, tienen que poder establecer si algo, cuyo sentido subjetivo es ser una ley, cuenta objetivamente también con ese sentido, y sólo tiene ese sentido objetivo, cuando corresponde a la constitución.

La constitución, sin embargo, puede facultar órganos para aplicar las leyes, excluyendo expresamente de esa autorización el examen de la constitucionalidad de las leyes aplicables. A veces las constituciones contienen disposiciones que impiden que los tribunales y los órganos administrativos examinen la constitucionalidad de las leyes que deben aplicar. Esta ilimitación, con todo, sólo es posible hasta cierto grado. Razonablemente los órganos llamados a aplicar la ley no pueden estar autorizados a aplicar todo lo que se presente subjetivamente como ley, como si fuera ley. Tiene que otorgárseles un mínimo de competencia para examinar la situación. Cuando las leyes, para tener fuerza obligatoria, tienen que ser publicadas, según dispone la constitución, en un diario oficial del gobierno, la limitación de la competencia para examinar la validez de la ley significa solamente que el órgano llamado a aplicar la ley, en especial, los tribunales, sólo tienen que examinar si aquello que tiene el sentido subjetivo de una ley, ha sido publicado en el diario oficial, si ha sido publicado como ley en el documento que al efecto imprime el gobierno. Los órganos competentes para aplicar la ley no quedan facultados para examinar si

lo publicado como ley ha sido dictado por el órgano constitucional competente, conforme al procedimiento constitucional prescrito, con el contenido determinado por la constitución. Para responder a estas preguntas puede estar autorizado el órgano designado para hacer la publicación, un órgano gubernamental diferente del órgano legislativo. Pero también sólo puede privarse, hasta cierto grado, a ese órgano de efectuar ese examen. El órgano gubernamental competente para efectuar la publicación, o —cuando no corresponde la publicación oficial— el órgano competente para aplicar la ley, debe por lo menos poder examinar si aquello que se presenta subjetivamente como ley, ha sido en general dictado por el órgano llamado por la constitución a legislar, aun cuando el órgano con competencia para efectuar aquel limitado examen, no pueda examinar el procedimiento en que la ley fue dictada, o si el contenido de la decisión es conforme a la constitución; no puede estar obligado a publicar como ley, o a aplicar como ley, todo aquello que se presente subjetivamente como ley. Entonces sólo quedaría el mismo órgano legislativo facultado para resolver si la ley que ha dictado es constitucional, es decir, si el procedimiento mediante el cual se adoptó la ley, y el contenido que se dio a la ley, corresponden a la constitución. Así la decisión positiva de esta cuestión queda incluida en la implantación misma de la ley por el órgano legislativo. Ello significa que todo aquello que el órgano legislativo emita como ley, tiene que valer como ley en el sentido de la constitución; que las normas que tienen el sentido subjetivo de actos impuestos por el órgano legislativo, tienen el sentido objetivo de normas jurídicas, inclusive cuando la ley —según la opinión de alguien— no haya respetado los procedimientos legislativos y el contenido de las leyes no corresponda a las normas constitucionales que los regulan. El órgano legislativo se encontraría entonces en posición análoga a la del tribunal de última instancia, cuya sentencia tiene fuerza de cosa juzgada. Ello significa, sin embargo, que el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá. La constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas normas de la constitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la constitución crea. La otra posibilidad es creada por la constitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La constitución contiene una regulación directa y una indirecta, de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas. Esta situación puede muy bien que no haya llegado a ser cons-

ciente en el constituyente, o en el legislador, o por lo menos, no plenamente consciente. Pero una descripción objetiva de la situación jurídica creada —consciente o inconscientemente— por una constitución, que delega el examen de constitucionalidad de las leyes en un órgano no diferente del propio órgano legislativo, no puede llevar a ningún otro resultado.

La situación jurídica es esencialmente diferente cuando la constitución delega en otro órgano, distinto del legislativo, el examen y resolución de la pregunta de si una ley corresponde a las determinaciones constitucionales que directamente regulan la legislación, facultándole a anular la ley que considere “inconstitucional”. Esta función puede ser conferida a un tribunal especial, o al tribunal supremo, o a todos los tribunales. Queda delegada, como arriba se dijo, en todos los órganos facultados para aplicar las leyes, especialmente, en los tribunales, cuando el examen de la constitucionalidad no está expresamente excluida de esa facultad. Cualquier tribunal está facultado para examinar la constitucionalidad de la ley que ha de aplicar en un caso concreto, si el tribunal puede, cuando considere a la ley “inconstitucional”, corrientemente hacer a un lado la aplicación de la ley al caso concreto, es decir, quitar validez a la ley para el caso concreto. La ley mantiene validez para todos los restantes casos a los que se refiere, y debe ser aplicada por los tribunales en todos esos casos mientras no excluya la aplicación en un caso concreto. Si el examen de la constitucionalidad de las leyes queda reservada a un único tribunal, éste puede estar facultado para quitar validez a la ley reconocida como “inconstitucional”, no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos a los cuales la ley se refiere, es decir, para quitar validez a la ley misma. Pero hasta ese instante la ley es válida y debe ser aplicada por los órganos de aplicación del derecho. Una ley tal puede permanecer válida muchos años y ser aplicada, antes de ser eliminada por “inconstitucional” por el tribunal competente. Ello significa, empero, que las disposiciones de la constitución relativas a la derogación de leyes que no corresponden a las disposiciones directas reguladoras, en la constitución, de la legislación, tienen el sentido de que también las leyes que no correspondan a esas determinaciones, deben valer, mientras y entre tanto no sean eliminadas conforme al procedimiento prescrito en la constitución. Las llamadas leyes “inconstitucionales” son leyes conformes a la constitución, pero que pueden ser dejadas sin efecto mediante un procedimiento especial. También en estos casos las disposiciones constitucionales reguladoras de la legislación tienen el carácter alternativo arriba señalado; el órgano legislativo tiene la opción por dos caminos: el directamente determinado por la constitución, o el que él mismo tenga que establecer. La diferencia reposa en que las leyes producidas por la segunda vía son, ciertamente válidas, pero derogables mediante un procedimiento especial.

Así se expresa que la constitución, si bien no puede excluir el segundo camino, da preminencia al primero. Ello puede suceder también en cuanto ciertas

personas que, conforme a la constitución, participan junto al parlamento en el procedimiento legislativo, como el jefe del Estado que promulga las leyes, o los ministros que refrendan sus actos, pueden ser responsabilizados y sancionados por la llamada inconstitucionalidad de una ley aparecida con su participación, responsabilidad y sanción que son hechas efectivas por un tribunal especial. Este procedimiento puede —pero no es necesario que lo sea— estar ligado a un procedimiento destinado a obtener la derogación de la ley.

La responsabilidad personal del órgano por la legalidad de la norma que él produzca entra menos en consideración en la relación entre constitución y ley, que en la relación entre constitución y ordenanza, y entre ley y ordenanza reglamentaria. La constitución puede facultar a ciertos órganos administrativos, en especial, al gobierno, para dictar normas jurídicas generales, en circunstancia bien detenminada, bajo forma de ordenanzas, que no sirven para reglamentar con mayor detalle leyes ya existentes, sino que regulan ciertos objetos en lugar de las leyes. Si el gobierno dicta una ordenanza semejante bajo condiciones distintas de las constitucionalmente determinadas, los miembros del gobierno que dictaron la ordenanza pueden ser hechos responsables de ello y castigados. Este procedimiento puede, pero no es necesario que lo sea, estar ligado con un procedimiento destinado a obtener la revocación de la ordenanza. Igualmente pueden ser punibles los órganos administrativos facultados, con fundamento en ley, a promulgar ordenanzas, que dicten ordenanzas ilegales, sin que la ordenanza “ilegal” necesariamente tenga que ser revocada. Si la ordenanza mantiene validez hasta su revocación, o si, en absoluto no es derogada, ello significa que el órgano administrativo también está facultado para dictarlas, pero que el constituyente o el legislador prevén la promulgación de ordenanzas que correspondan a las determinaciones directas de la constitución, o que se mantengan dentro de las leyes.

En todos estos casos, el acto mediante el cual se producen normas jurídicas validas, representa un delito, puesto que es condición de una sanción. Estos casos muestran que el principio, aceptado muchas veces como válido por la jurisprudencia tradicional, *ex injuria jus non oritur*, tiene excepciones.

En lo anterior se estableció que el examen de la constitucionalidad de las leyes, por el órgano competente para su publicación, o para su aplicación, sólo puede ser limitado hasta cierto grado; pero no puede ser totalmente excluido, puesto que estos órganos por lo menos tienen que resolver la cuestión de si aquello que subjetivamente se da como ley, ha sido impuesto por el órgano constitucionalmente competente para ello. Si la cuestión es resuelta negativamente **por el órgano competente**, sea porque aquello que aparece con pretensión de ley obligatoria fue promulgado, no por el parlamento llamado a ello por la constitución, sino por un usurpador, el órgano competente para realizar el examen rechazará la publicación o la aplicación. Si tal cosa no se produce

y las normas generales emitidas por el usurpador se hacen efectivas de esta manera, tendremos una modificación revolucionaria de la constitución y, por ende, una ley constitucional correspondiente a la nueva constitución.

Así como la publicación o aplicación de lo que se presente subjetivamente como ley, pueden ser rechazadas por los órganos competentes para hacerlo, también la ejecución de aquello que subjetivamente aparece como una sentencia de un tribunal de última instancia, puede ser denegada por el órgano competente para ejecutar las sentencias judiciales, sea porque, en opinión del órgano, la sentencia no fue dictada por el individuo, o por el conjunto colegiado de individuos que según la constitución constituye el tribunal de última instancia, sino por individuos que han usurpado la posición de un tribunal supremo. Si estas sentencias, pese a todo, son ejecutadas, adquiriendo así eficacia, no tendremos, como en el primer caso, una modificación revolucionaria total de la constitución, sino sólo una enmienda revolucionaria parcial de la misma, y, por ende, una sentencia judicial constitucional.

La pregunta por la legalidad de una sentencia judicial, o la constitucionalidad de una ley es, formulada en términos generales, la pregunta sobre si un acto que se presenta con la pretensión de producir una norma, corresponde a la norma superior que determina esa producción o también su contenido. Si esa pregunta tiene que ser resuelta por un órgano competente al efecto, es decir, por un órgano facultado a ello por una norma válida, puede plantearse también la cuestión de si el individuo que de hecho ha tomado la decisión es efectivamente el órgano competente, el órgano facultado al efecto por una norma válida. Esta pregunta, a su vez, puede que tenga que ser resuelta por otro órgano, que por ello tendría que ser considerado como un órgano superior. Tiene que haber órganos supremos sobre cuya competencia no tengan que resolver ya órganos aun superiores, órganos sobre cuyo carácter como órganos supremos legislativos, gubernamentales (administrativos) o judiciales ya no se pueda plantear discusión. Se revelan como órganos supremos porque las normas por ellos implantadas son eficaces en términos generales. La norma, entonces, que los faculta a establecer esas normas, es presupuesta como constitución válida. El principio según el cual una norma sólo debe ser establecida por el órgano correspondiente, es decir, por el órgano facultado al efecto por una norma superior, es el principio de legitimidad. Está, como ya se mencionó, limitado por el principio de efectividad.

Del análisis anterior resulta que entre ley y sentencia judicial, constitución y ley, constitución y ordenanza, ley y ordenanza, o, formulado en términos enteramente generales, entre una norma superior y una norma inferior de un orden jurídico, no es posible conflicto alguno que suprima la unidad de ese sistema normativo, en tanto el análisis hace imposible describirlo en enunciados jurídicos que entre sí no se contradigan.

### k) Nulidad y anulabilidad

De lo anterior resulta también que, dentro de un orden jurídico, no puede haber algo así como nulidad; que una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable. Mas esta anulabilidad prevista en el orden jurídico puede tener distintos grados. Por lo común, una norma jurídica sólo es suprimida con efecto para el futuro, de suerte que los efectos jurídicos ya producidos bajo ella permanecen intocados. Pero puede ser suprimida con efecto retroactivo al pasado, de suerte que todos los efectos jurídicos producidos bajo ella son anulados; como, por ejemplo, la derogación de una ley penal con revocación de todas las sentencias judiciales dictadas con fundamento en ella, o la de una ley civil con revocación de todos los negocios jurídicos y sentencias judiciales civiles dictadas con fundamento en ella. Pero la ley fue válida hasta su supresión; no fue nula desde el comienzo. Es, por ello, incorrecto cuando la sentencia que suprime la ley es designada como una “declaración de nulidad”, cuando el órgano que anula la ley declara a la misma como “nula *ab initio*”. La sentencia no tiene un mero carácter declarativo sino uno constitutivo. El sentido del acto por el cual se anula una norma, es decir, se la priva de validez, es, al igual que el sentido del acto por el cual se produce una norma, también una norma. El orden jurídico puede facultar sólo a determinado órgano para anular la norma producida por otro órgano, pero también puede facultar a todos a resolver si aquello que se presenta con pretensión de ser una norma jurídica, tiene objetivamente ese significado, es decir, a resolver si la norma fue producida de la manera determinada por el orden jurídico y con el contenido determinado por el mismo, siendo así obligatoria para todos. Si la decisión al respecto es tan descentralizada —y así sucede cuando el orden jurídico, como por ejemplo, en el derecho internacional general, no establece órganos que funcionan con base en una división del trabajo, para la producción y aplicación de normas jurídicas— puede que aparezcan decisiones diferentes. Un individuo puede declarar que la norma en cuestión es una norma jurídica válida, mientras que otro le niega ese carácter. La decisión tiene, en tanto se cuestione en general la validez de una norma jurídica, un carácter constitutivo. La norma cuestionada no es nula desde el comienzo. La decisión de que es “nula”, la anula con efecto retroactivo para el sujeto que toma la decisión. Tampoco dentro de un orden jurídico estatal relativamente centralizado cabe excluir que algún individuo considere “nulo” algo que subjetivamente se representa como una norma jurídica. Pero ese individuo sólo podría actuar así a su propio riesgo, es decir, corriendo el riesgo de que aquello que estima nulo sea declarado norma jurídica válida por el órgano correspondiente, y, en consecuencia, que se ordene la ejecución de la sanción estatuida en esa norma jurídica.

No puede negarse que hay casos en que algo --especialmente una orden-- que aparece con la pretensión de ser una norma jurídica, es decir, de ser una norma establecida por un acto conforme con la norma fundante básica, no necesite ser considerada tal por nadie, sin que el orden jurídico faculte al efecto a todos, sin que se requiera en general un acto de anulación especial previsto por el orden jurídico. Así, por ejemplo, cuando un internado en un manicomio emite una "ley". Si se supone que en estos casos se da una nulidad a priori, la misma escaparía al dominio de lo jurídico. Puesto que no es posible en absoluto, determinar jurídicamente estos casos. El orden jurídico no puede fijar las condiciones bajo las cuales algo, que aparece con la pretensión de ser una norma jurídica, tiene que valer como a priori nulo, y no como una norma que haya de ser anulada en un procedimiento determinado por el orden jurídico. Cuando el orden jurídico, por ejemplo, determina que una norma no establecida por el órgano correspondiente, o por un individuo que carece en general de calidad de órgano; o que una norma que tiene un contenido excluido por la constitución, tenga que ser considerada como nula a priori, sin que se requiera acto alguno para suprimirla, tiene que determinar quién haya de establecer la presencia de esas condiciones de la nulidad; y como esa comprobación tiene un carácter constitutivo, puesto que la nulidad de la norma cuestionada es el efecto de esa comprobación, sin que pueda afirmársela antes de producida esa comprobación, resulta que esa comprobación significa, aun cuando se produzca con forma de una declaración de nulidad, la anulación retroactiva de una norma que hasta entonces era considerada válida. En este respecto, el derecho se asemeja al rey Midas. Así como todo lo que aquél tocaba se convertía en oro, todo aquello a que el derecho se refiere, toma carácter jurídico. Dentro del orden jurídico, la nulidad es sólo el grado superior de la anulabilidad.

## VI. DERECHO Y ESTADO

### 36. *Forma jurídica y forma del Estado*

La doctrina de la construcción escalonada del orden jurídico capta al derecho en su movimiento, en el proceso permanentemente renovado de su autoproducción. Se trata de una teoría dinámica del derecho, a diferencia de una teoría estática que busca concebirlo sin tomar en consideración su producción (y sólo como un orden ya producido), su validez, sus dominios de validez, etcétera. En el punto central de los problemas de una dinámica jurídica se encuentra la pregunta por los diferentes métodos de producción de derecho, o por las formas del derecho. Si se pone la mira en aquellas normas jurídicas que configuran la parte principal de un orden jurídico, a saber: las que enlazan una sanción como acto coactivo a determinada conducta humana, y si se reconoce que un hombre se encuentra jurídicamente obligado a una determinada conducta en cuanto la conducta contraria ha sido convertida en condición de una sanción, pueden distinguirse dos tipos de normas jurídicas que estatuyen tales obligaciones jurídicas: aquellas en cuya producción el hombre obligado participa, y aquellas que aparecen sin su participación. El principio que se encuentra en la base de esta distinción, es el de la libertad en el sentido de autodeterminación. La cuestión decisiva, desde el punto de vista del hombre sujeto a norma, es si la obligación se produce con su voluntad, o sin ella y eventualmente, incluso, contra su voluntad. Se trata de la distinción que habitualmente se designa como la oposición entre autonomía y heteronomía, y que la teoría del derecho suele establecer en lo esencial en el terreno de los derechos estatales. Aquí aparece como una diferencia entre democracia y autocracia, o entre república y monarquía, permitiendo la división corriente de las formas del Estado. Sólo que aquello que se concibe como la forma del Estado no es más que un caso especial de la forma del derecho en general. Se trata de la forma del derecho, es decir, del método de producción de derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la constitución. Con el concepto de forma del Estado se designa el método de producción de normas generales regulado por la constitución. Si se entiende por forma del Estado sólo la constitución, en cuanto forma de legislar, es decir, de producción de normas jurídicas generales, identificándose así, en ese concepto de forma del Estado, al Estado con la constitución como la forma de producción de normas jurídicas generales, se continúa solamente con la representación usual del derecho, que comúnmente sólo es visto como un sistema de normas generales, sin advertir que también la indivi-

dualización de las normas jurídicas generales, el tránsito de la norma jurídica general a la individual, tiene que encontrarse en el marco del orden jurídico. La identificación de la forma del Estado con la constitución corresponde plenamente al prejuicio de un derecho encerrado en la ley. Pero el problema de la forma estatal, como cuestión referente al método de producción de derecho, no se da solamente en la grada constitucional, ni siquiera sólo en la legislativa, sino en todos los niveles de producción de derecho y, en especial, en los diversos casos de instauración de normas individuales: acto administrativo, sentencia judicial, negocio jurídico.

### 37. Derecho público y privado

Como un ejemplo especialmente característico, consideremos la distinción, básica para la sistemática de la moderna ciencia jurídica, entre derecho público y privado, que ya fue mencionada varias veces antes. Es sabido que hasta hoy no se ha logrado establecer una determinación plenamente satisfactoria de esa distinción. Según la tesis más difundida, trátase de una división de las relaciones jurídicas; mientras que el derecho privado relaciona sujetos equivalentes con el mismo valor jurídico, el derecho público establece una relación entre dos sujetos, entre los cuales uno tiene frente al otro un valor jurídico superior. La típica relación de derecho público es la que se da entre Estado y súbdito. Se suelen denominar también las relaciones de derecho privado como relaciones jurídicas propiamente dichas, como relaciones de “derecho” en el sentido auténtico y estricto de la palabra, para contraponerlas a las relaciones de derecho público, como “poder” o “dominación”. Así como, en general, la distinción entre derecho privado y público tiende a dar por supuesta una contraposición entre el derecho y la fuerza no jurídica, o sólo medio jurídica y especialmente se suele establecer entre derecho y Estado. Si se miran las cosas más de cerca para establecer dónde se encuentra el *plus* de valor atribuido a ciertos objetos, y en qué consiste su superioridad frente a los otros, se observa que se trata de una distinción entre hechos productores de derecho. Y la diferencia que sirve de patrón es la misma que aquella que aparece como fundamento de la división entre las formas del Estado. El *plus* valorativo que corresponde al Estado —es decir, a sus órganos— en relación con los súbditos, consiste en que el orden jurídico otorga a los hombres calificados como órganos del Estado, o a ciertos de entre ellos —las llamadas “autoridades”—, la facultad de obligar a los súbditos mediante una manifestación unilateral de voluntad (una orden). Típico ejemplo de una relación de derecho público es la orden administrativa, una norma individual implantada por el órgano administrativo, mediante la cual el sujeto al cual la norma se dirige queda jurídicamente obligado a comportarse conforme a lo ordenado. En cambio, como relación típicamente de derecho

privado tenemos el negocio jurídico, especialmente: el contrato, es decir, la norma individual producida por contrato, mediante la cual las partes contratantes quedan obligadas jurídicamente a un comportamiento recíproco. Mientras que en este último ejemplo los sujetos obligados participan en la producción de la norma que los obliga —y en ello reside la esencia de la producción contractual de derecho—, en la orden administrativa de derecho público, el sujeto obligado no tiene participación alguna en la producción de la norma que lo obliga. Se trata del caso típico de una producción autocrática de normas, mientras que el contrato privado significa un notorio método democrático de producción de derecho. De ahí que ya la teoría más antigua designara la esfera de los negocios privados, como el dominio de la autonomía privada.

### 38. *Carácter ideológico del dualismo entre derecho público y privado*

Si se comprende la decisiva distinción entre derecho privado y público, como una distinción entre dos métodos de producción de derecho, se reconocerá en los llamados actos públicos del Estado los mismos actos jurídicos que aparecen en los negocios jurídicos privados, sobre todo si se advierte que los actos que configuran el hecho productor de derecho sólo son, en ambos casos, la continuación del proceso de formación de la denominada “voluntad estatal”; que así como en la orden de una autoridad, también en el negocio jurídico privado sólo se cumple la individualización de una norma general —en aquel caso de una ley administrativa, en el otro, del código civil—, dejará de parecer tan paradójico que la teoría pura del derecho, desde su enfoque universalista dirigido siempre a la totalidad del orden jurídico, la así llamada voluntad del Estado, vea también en el negocio jurídico privado, al igual que en la orden de esta autoridad, un acto del Estado, es decir, un hecho productor de derecho atribuible a la unidad del orden jurídico. De ese modo la teoría pura del derecho relativiza la contraposición, convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional, entre derecho privado y público, convirtiéndola de una distinción extrasistemática —es decir, una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado—, en una distinción intrasistemática, conservándose justamente así como una ciencia que no se disuelve en la ideología ligada a la absolutización de esa cuestionable oposición; puesto que si se representa justamente la oposición entre derecho público y privado como la oposición absoluta entre poder y derecho, o por lo menos, entre poder del Estado y derecho, se suscita la idea de que, en el terreno del derecho público —especialmente en el terreno políticamente muy importante del derecho constitucional y del derecho administrativo—, el principio de derecho no tendría el mismo sentido, y no tendría validez con igual intensidad que en el terreno del derecho privado, donde se encontraría, por decirlo así, el dominio propio de lo jurídico. Allá

dominaría, a diferencia de aquí, no tanto el derecho estricto, sino más bien el interés del Estado, el bien público, el cual debe hacerse efectivo en todas las circunstancias. De ahí que la relación entre la norma general y el órgano de ejecución sea, en el terreno del derecho público, diferente a la del derecho privado: no se trata, como en éste, de aplicación de leyes a casos concretos, sino de la libre realización del fin del Estado que en caso de necesidad apenas si respeta el marco legal, y que en el caso del llamado estado de necesidad público, puede cumplirse inclusive contra la ley. Una investigación crítica muestra, con todo, que toda esta distinción carece de base en el derecho positivo, en tanto pretende afirmar otra cosa: que la actividad de los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos, por lo común, están ligadas en grado menor por leyes, que la actividad de los tribunales, a los cuales éstas sólo otorgan, como normas de derecho positivo, una medida menor de libre discrecionalidad que a aquéllos. Esta doctrina, relativa a una diferencia esencial entre el derecho público y privado, se enreda, por añadidura, en la contradicción de afirmar, como una propiedad específica del derecho público, la libertad frente al derecho, como un principio jurídico que supone válido en el terreno del "derecho" público como ámbito vital del Estado. De ahí que, en el mejor de los casos, pudiera hablar de dos terrenos jurídicos conformados en forma técnica diferente, pero no de una contraposición esencial absoluta entre Estado y derecho. Este dualismo, lógicamente insostenible, no tiene carácter teórico alguno, sino sólo ideológico. Desarrollado por la doctrina constitucional, sirve para garantizar el gobierno, y al aparato administrativo subordinado, una libertad deducida de la naturaleza de la cosa; no una libertad frente al derecho, lo cual sería a la postre imposible, pero sí frente a la ley, frente a las normas generales creadas por una representación popular o con participación esencial de ésta; y ello no sólo en el sentido de que una restricción excesiva legal de los órganos gubernamentales y administrativos contradijera la esencia de sus funciones, sino que también, donde aun así aparece, como una restricción que de ser el caso puede ser declarada eliminable. Esta tendencia puede comprobarse —en la contraposición habitual entre gobierno y parlamento— no sólo en las monarquías constitucionales, sino también en las repúblicas democráticas.

Por otra parte, al convertir en absoluta la contraposición entre derecho público y privado, se suscita la representación de que el terreno del derecho público, es decir, sobre todo, el derecho constitucional y administrativo, fuera el dominio del poder político, el cual quedara enteramente excluido del territorio del derecho privado. Ya en un contexto anterior se mostró que toda esta oposición entre lo "político" y lo "privado" en el terreno del derecho subjetivo no se da; que los derechos privados son derechos políticos en el mismo sentido que aquellos que así se suele designar exclusivamente, puesto que ambos, aunque en forma diferente, implican intervenir en la así llamada formación de la voluntad del Estado, lo que implica, sin embargo, apoyar el poder político.

Mediante esta diferenciación de principio entre una esfera jurídica pública, o sea, política, y una esfera privada, es decir, no política, se trata de evitar la evidencia de que el derecho "privado" producido a través de un contrato (negocio jurídico) no es menos escenario del poder político que el derecho público producido por legislación y administración. Sólo aquello que se denomina derecho privado, el complejo de normas en cuyo centro se encuentra la institución jurídica del así llamado derecho de propiedad individual privado, es desde el punto de vista de la función que esa parte del orden jurídico tiene en el contexto de la totalidad del derecho, una forma adecuada de producción de normas jurídicas individuales para el sistema económico-capitalista. Corresponde al principio de la autodeterminación y tiene, en este sentido, un carácter democrático. Los Estados capitalistas más importantes de nuestro tiempo cuentan, por cierto, con constituciones democráticas; pero la institución de la propiedad privada y la producción de normas jurídicas individuales a partir del principio de la autodeterminación, son también posibles en las monarquías absolutas, y, de hecho, han surgido en ellas. Dentro del orden jurídico de un sistema económico socialista, en la medida en que sólo admita la propiedad colectiva, la producción de normas jurídicas individuales puede tener carácter autocrático, en tanto en lugar del contrato de derecho privado aparece el acto administrativo de derecho público. Pero también ese sistema es, como uno democrático, compatible con una producción autocrática de normas jurídicas generales, es decir, compatible con una constitución tanto democrática como autocrática del Estado.<sup>160</sup> La defectuosa visión en la construcción escalonada del derecho ha impedido también reconocer que, en los diversos niveles de un mismo orden jurídico, pueden llegar a aplicarse diversas formas de producción de derecho; que una producción democrática de normas jurídicas generales puede estar ligada con la producción autocrática de normas jurídicas individuales, y, a la inversa, una producción autocrática de normas jurídicas generales, con la producción democrática de normas jurídicas individuales.<sup>161</sup>

### 39. *El dualismo tradicional entre Estado y derecho*

En la oposición que la teoría tradicional del derecho supone entre el derecho público y privado, aparece ya con gran claridad el poderoso dualismo que domina a la ciencia del derecho moderna, y, de consuno, a todo nuestro pensamiento social: el dualismo de Estado y derecho. Cuando la teoría tradicional del derecho y del Estado, contraponen el Estado al derecho, como un ente dis-

<sup>160</sup> Cf. H. Kelsen, "Foundations of Democracy", en *Ethics, an International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, editado por la University of Chicago Press, vol. LXVI, núm. 1, part II, 1955, pp. 1-101.

<sup>161</sup> Cf. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pp. 361 y ss.; y H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945, pp. 283 y ss.

tinto, afirmándolo al mismo tiempo como un ente jurídico, lo hace en cuanto considera al Estado como sujeto de obligaciones jurídicas y facultades, es decir, en cuanto lo considera como una persona, y simultáneamente le atribuye una existencia independiente del orden jurídico.

Así como la teoría del derecho privado originariamente partía de la personalidad jurídica del individuo, afirmando que lógica y temporalmente antecedía al derecho objetivo, es decir, al orden jurídico, de igual modo la teoría del estado de derecho supone que el Estado, como unidad colectiva, como sujeto de una voluntad y de acción, aparece independiente e inclusive como existente antes del derecho. Pero el Estado cumpliría su misión histórica, se enseña, en tanto crea el derecho, *su* derecho, para luego someterse al mismo, es decir, para obligarse y facultarse con su propio derecho. De esta suerte el derecho, como ente metajurídico, como una especie de macroantropos todopoderoso, o como un organismo social, sería un presupuesto del derecho, y simultáneamente, un sujeto de derecho que presupone la existencia del derecho, en cuanto a él sometido y por él obligado y facultado. Es ésta la teoría de las dos caras del Estado y del autosometimiento (autobligación) al derecho, que, pese a las notorias contradicciones que siempre se le imputan, es reiterada contra todos los argumentos contrarios, con tenacidad sin par.

#### 40. *La función ideológica del dualismo de Estado y derecho*

La doctrina tradicional del Estado y el derecho no puede renunciar a esta teoría, no puede renunciar al dualismo que en ella se manifiesta entre el Estado y el derecho. Puesto que desempeña una función ideológica de extraordinario significado, de un significado que no cabe menospreciar. El Estado tiene que ser representado como una persona distinta del derecho para que el derecho —producido por ese Estado, para luego someterse a él— luego pueda justificar al Estado. Y el derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste: el poder, y de ahí, en algún sentido, como un orden correcto o justo. Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un Estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho. En igual medida, y en tanto la legitimación religioso-metafísica del Estado pierde eficacia, esta teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado. Que esta “teoría” haga del Estado, al afirmarlo como una persona jurídica, un objeto del conocimiento jurídico, de la teoría jurídica del Estado, y que, por el otro lado, recalque con el mayor vigor que el Estado, en cuanto poder esencialmente diferente del derecho, no puede ser concebido jurídicamente, es una contradicción que no le hace mella. Puesto que las contradicciones no significan para las teorías ideológicas, donde necesariamente

prosperan, ningún inconveniente serio. Dado que las ideologías no aspiran propiamente a una profundización del conocimiento, sino a una determinación de la voluntad. No se trata, pues, tanto de captar conceptualmente la esencia del Estado, sino más bien de reforzar su autoridad.

#### 41. *La identidad del Estado con el derecho*

a) *El Estado como orden jurídico.* Un conocimiento del Estado libre de ideología y, por ende, liberado de toda metafísica y mística, no puede hacerse cargo de su esencia si no lo capta conceptualmente como una formación social, como un orden de la conducta humana, según ya se ha efectuado en la investigación precedente. Es usual caracterizar al Estado como una organización política. Pero así sólo se expresa que el Estado es un orden coactivo. Puesto que el elemento específicamente “político” de esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden; en los actos coactivos que ese orden estatuye. Se trata justamente de aquellos actos coactivos que el orden jurídico enlaza a las condiciones que determina. Como organización política, el Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es un Estado. Ni los órdenes jurídicos prestatales de las sociedades primitivas ni el orden jurídico supra o interestatal, del derecho internacional, configuran un Estado. Para llegar a ser un Estado, el orden jurídico tiene que tener el carácter de una organización en el sentido estricto y específico de esa palabra, es decir: tiene que instaurar órganos que funcionen con división del trabajo, para la producción y aplicación de las normas que lo constituyen; tiene que exhibir cierto grado de centralización. El Estado es un orden jurídico relativamente centralizado.

Es por esta centralización que el orden jurídico estatal se diferencia del orden primitivo prestatal, y del orden, supra o interestatal, del derecho internacional general. Tanto en el uno como en el otro, las normas jurídicas generales no son producidas por un órgano legislativo central, sino que los son consuetudinariamente, lo que significa que el procedimiento de producción general de derecho está descentralizado. Ni el orden jurídico prestatal ni el orden jurídico supra o interestatal establecen tribunales competentes para aplicar normas generales a casos concretos, sino que facultan a los sujetos mismos sometidos a ese orden jurídico a desempeñar esas funciones y, especialmente, a llevar a cabo, como autodefensa, las sanciones estatuidas por el orden jurídico. Los miembros de la familia del muerto ejercen, conforme al derecho primitivo, la venganza de la sangre sobre el asesino y sus parientes, es decir, que están autorizados a imponer la pena primitiva; es el acreedor mismo el que puede poner mano sobre el deudor moroso para resarcirse mediante la apropiación de una prenda, esta forma primitiva de la ejecución civil. Es el gobierno de un Estado parti-

cular el que tiene derecho, según el derecho internacional general, a emprender la guerra o las represalias, sanciones del derecho internacional, contra el Estado violador del derecho, lo que significa, sin embargo, emprenderlas contra los súbditos del Estado, cuyo gobierno hubiera violado el derecho. Puesto que ciertamente, tanto en el caso del derecho prestatal, como en el del derecho supra o interestatal, los individuos que ejecutan las sanciones estatuidas por el derecho consuetudinariamente producido, dándole así aplicación, son órganos de derecho y, en cuanto tales, órganos de la comunidad jurídica. Sólo que no son órganos centrales que funcionen con división del trabajo, a diferencia del gobierno, el órgano legislativo y los tribunales establecidos por el orden jurídico estatal. El orden jurídico de la sociedad primitiva así como el orden jurídico internacional constituyen órdenes coactivos enteramente descentralizados, y, por lo mismo, no son Estados.

Si el Estado es concebido como una comunidad social, la misma, como anteriormente se expuso,<sup>162</sup> sólo puede constituirse mediante un orden normativo. Dado que una comunidad sólo puede constituirse mediante uno de esos órdenes (al punto de identificarse con él), el orden normativo que constituye el Estado sólo puede ser el orden coactivo relativamente centralizado que hemos reconocido como orden jurídico estatal.

Como comunidad social, el Estado se compone —según la teoría tradicional del Estado— de tres elementos: la población del Estado, el territorio estatal y el llamado poder estatal, ejercido por un gobierno estatal independiente. Estos tres elementos sólo pueden ser determinados jurídicamente, es decir, sólo pueden ser entendidos como la validez y los dominios de validez de un orden jurídico.

La población del Estado está formada por los hombres que pertenecen a un Estado. Si se preguntara por qué un hombre, junto con otros hombres, pertenece a un Estado determinado, no es factible encontrar otro criterio del que, tanto él, como los restantes, están sometidos a un orden coactivo relativamente centralizado. Los demás intentos de buscar otra relación que mantenga unidos a los hombres posiblemente separados por lenguaje, raza, religión y concepción del mundo, así como por oposiciones de clase y otros múltiples conflictos de intereses, ligándolos en una unidad, tienen que fracasar. En especial, es imposible demostrar alguna suerte de interacción espiritual que, con independencia de toda obligación jurídica, comprenda de tal modo a todos los hombres pertenecientes a un Estado, que pueda distinguírseles de otros hombres, pertenecientes a otro Estado, y también unidos por una interacción análoga, como dos grupos separados. No puede negarse la inexistencia de semejante interacción que relacione a todos, y solamente a todos, los hombres pertenecientes a un Estado; ni que, cuando se toma en consideración una interacción real, pueden

<sup>162</sup> Cf. *supra*, pp. 90, 154.

estar ligados entre sí, de manera mucho más intensa, hombres pertenecientes a diferentes Estados, que aquellos que pertenecen al mismo, puesto que sólo pertenecen jurídicamente a ese Estado. Ciertamente es que también, como se suele decir, se encuentren espiritualmente ligados a su Estado, pudiendo amarlo, inclusive idolatrarlo, y estar dispuestos a morir por él. Pero siguen perteneciendo a él aun cuando no hagan tales cosas, sino que lo odien, inclusive lo traicionen, o permanezcan en su respecto enteramente indiferentes. La pregunta de si un hombre pertenece a un Estado no es una cuestión psicológica, sino una pregunta jurídica. La unidad de los hombres que constituyen la población del Estado no puede reconocerse sino en el hecho de que un mismo orden jurídico vale para esos hombres, en que su conducta se encuentra regulada por un mismo orden jurídico. La población del Estado es el dominio de validez personal del orden jurídico estatal.

El territorio del Estado es un determinado espacio delimitado. No se trata de un trozo determinadamente acotado de la superficie terrestre, sino un espacio tridimensional al que pertenecen el subsuelo y el espacio aéreo situados abajo y arriba respectivamente del territorio cerrado por las llamadas fronteras del Estado. Es evidente que la unidad de este espacio no es natural. A un mismo espacio estatal pueden pertenecer territorios que están separados por el mar, que no es territorio de un Estado, o por el territorio de otros Estados. Ningún conocimiento natural, sino sólo un conocimiento jurídico puede dar respuesta a la pregunta referente a cómo se determinen los límites del espacio estatal, a la constitución de su unidad. El llamado territorio del Estado sólo puede ser definido como el dominio territorial de validez de un orden jurídico estatal.<sup>163</sup>

Un caso especial dentro de la cuestión relativa al dominio de validez territorial de las normas constitutivas de un orden estatal lo configura la naturaleza de aquellas conformaciones jurídicas resultantes de la articulación territorial del Estado, los problemas de la centralización y descentralización,<sup>164</sup> así como el de cuál sea el punto de vista de la descentralización administrativa, de la autonomía administrativa de ciertos organismos, provincias, fragmentos territoriales, etcétera, pero, especialmente, cómo hayan de entenderse todas las alianzas entre Estados. Por lo demás, la teoría tradicional del Estado pasa por alto que éste no sólo tiene existencia espacial, sino también temporal, de suerte que si se ve en el espacio, un elemento del Estado, también correspondería verlo en el tiempo, puesto que la existencia del Estado está limitada tanto territorial como temporalmente, dado que los Estados surgen y desaparecen. Y así como la existencia del Estado en el espacio es el dominio territorial de validez, la existencia temporal del Estado es el dominio temporal de validez del orden jurídico estatal. Y, de igual manera que la pregunta por los límites

<sup>163</sup> Cf. H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2ª edición Tübingen, 1928.

<sup>164</sup> Cf. *infra*, pp. 315 y ss.

territoriales del Estado, la pregunta por sus límites temporales consiste en preguntar cuándo el Estado comienza su existencia, y cuándo cesa, pregunta jurídica que no puede ser contestada con un conocimiento dirigido a una realidad natural. Es, como todavía veremos, el derecho internacional general el que determina el dominio de validez espacial y temporal de cada orden jurídico estatal, delimitándolos recíprocamente, y haciendo jurídicamente posible tanto la coexistencia de los Estados en el espacio, como su sucesión en el tiempo.

Se comprende casi de suyo que el llamado poder estatal, ejercido por el gobierno del Estado sobre la población del Estado dentro de su territorio, no es simplemente todo poder que algún hombre tenga efectivamente sobre otro hombre, consistente en ser capaz de constreñir al otro a una conducta deseada por el primero. Hay muchas relaciones de poder efectivas semejantes, sin que aquellos que ejercen ese poder sobre otro sean vistos como un Estado, o un órgano estatal. Lo que diferencia a la relación denominada poder del Estado, de otras relaciones de poder, es la circunstancia de encontrarse jurídicamente regulada, es decir, que los hombres que, como gobierno del Estado, ejercen el poder, están facultados por un orden jurídico a ejercer el poder mediante la producción y aplicación de normas jurídicas; que el poder del Estado tiene carácter normativo. El llamado poder del Estado es la validez de un orden jurídico eficaz. Que el gobierno del Estado que ejerce el poder del Estado tenga que ser independiente, significa que no correspondería que esté jurídicamente obligado por ningún otro orden jurídico estatal; que el orden jurídico estatal, de estar subordinado a otro orden jurídico, sólo lo esté con respecto del orden jurídico internacional.

Se suele ver en el ejercicio del poder del Estado una exteriorización de potencia que se considera un atributo esencial del Estado, al punto de que se designa al Estado como una potencia, hablándose de los Estados como "potencias", cuando no se trata de una "gran potencia". La "potencia" del Estado sólo puede mostrarse en los recursos de fuerza específicos de que disponga el gobierno: en la fortaleza y prisiones, en los cañones y patíbulos, en los hombres con uniforme de policía o militar. Pero esas fortalezas y prisiones, esos cañones y patíbulos son objetos muertos; sólo se convierten en instrumental de la potencia del Estado en cuanto están a disposición de hombres conforme a las órdenes que les imparte el gobierno, en cuanto los policías y los soldados acatan las normas que regulan su comportamiento. La potencia del Estado no es ninguna fuerza o recurso místico, oculto detrás del Estado o de su derecho. No es otra cosa que la eficacia del orden jurídico estatal.

Así el Estado queda definido, en cuanto sus elementos esenciales son la población estatal, el territorio estatal y el poder estatal, como un orden jurídico relativamente centralizado, limitado en su dominio de validez territorial y temporal, soberano o inmediatamente determinado por el derecho internacional, eficaz en términos generales.

b) *El Estado como persona jurídica.* El problema del Estado como una persona jurídica, es decir, como sujeto activo y como sujeto de obligaciones y derechos, es en lo esencial el mismo problema que el del ente colectivo como persona jurídica. También el Estado es una colectividad, es decir, una sociedad constituida por un orden normativo, que funciona con división del trabajo, estableciendo para ello órganos designados mediatamente o inmediatamente para desempeñar sus funciones; el orden constitutivo de esa sociedad es el orden jurídico que, a diferencia del internacional, esto es, del orden jurídico internacional, es designado como orden jurídico nacional o estatal. Así como un ente colectivo constituido mediante un estatuto, se encuentra bajo el orden jurídico estatal que, en cuanto persona jurídica, le impone obligaciones y le otorga derechos, también el Estado puede considerarse como situado bajo el orden jurídico internacional, que, en cuanto persona jurídica, le impone obligaciones y le otorga derechos. Y así se puede, como en el caso de las personas colectivas puestas bajo el orden jurídico estatal, también distinguirse en relación con el Estado, como una colectividad situada bajo el derecho internacional, obligaciones y derechos externos e internos. Unos son estatuidos por el derecho internacional, los otros por el orden jurídico estatal. En lo que sigue, por de pronto, se tratará solamente del problema del Estado como persona jurídica, sin tomar en cuenta el derecho internacional que le impone obligaciones y le otorga derechos.

α) *El Estado como sujeto activo: el órgano estatal.* Si el Estado es representado como un sujeto activo, diciendo que él ha hecho esto o lo otro, surge la pregunta de cuál sea el criterio según el cual se atribuyen al Estado los actos realizados por determinados hombres, calificando esos actos de actos del Estado o de funciones estatales, o, lo que es lo mismo, por qué se considera a determinados hombres, al efectuar determinados actos, órganos del Estado. La respuesta a esta pregunta es la misma que se dio a la pregunta análoga referente a la persona jurídica como ente colectivo situado bajo el orden jurídico estatal. En la atribución de la conducta de determinado individuo a la sociedad estatal constituida por el orden jurídico sólo se expresa que esa conducta está determinada, por el orden jurídico constitutivo de la sociedad estatal, como condición o consecuencia. Como el problema del Estado como persona activa y, especialmente, como persona que cumple obligaciones jurídicas y ejerce derechos subjetivos, es un problema de imputación atributiva, es necesario tener conciencia de la naturaleza de esta operación intelectual para captar el verdadero sentido del problema.

La pregunta de si determinada conducta, en especial, un acto determinado, una determinada función es conducta estatal, un acto estatal o una función estatal, es decir, si es el Estado el que realiza un acto como persona, o ejecuta una función, no es una pregunta dirigida a verificar la existencia de un hecho,

como si se tratara de la pregunta de si determinado hombre ha realizado determinada acción. Si la pregunta tuviera ese sentido, jamás podría recibir respuesta afirmativa. Puesto que, de hecho, nunca es el Estado, sino sólo siempre un hombre determinado, el que actúa. el que realiza determinado acto, el que desempeña determinada función. Sólo cuando el Estado, como persona activa, es representado como una realidad diferente del hombre, como una suerte de superhombre, es decir, cuando la construcción auxiliar de la personificación ha sido hipostasiada, puede la pregunta por la existencia de un acto estatal, de una función estatal, tener el sentido de una pregunta dirigida a averiguar la existencia de un hecho, y sólo entonces la respuesta a esa pregunta puede ser que determinado acto, o determinada función es o no es un acto estatal o una función estatal. En este sentido, por ejemplo, se planteó en la literatura jurídica referente al Estado la pregunta de si la legislación es una función del Estado, contestándose a veces afirmativamente, y a veces, negativamente. Pero como el Estado, como persona activa, no es una realidad, sino una construcción auxiliar del pensamiento jurídico, la pregunta de si una función es una función estatal, no está dirigida a verificar la existencia de un hecho. Si se la formula y responde con ese sentido, estará equivocadamente planteada y erróneamente contestada. Por su sentido sólo puede estar correctamente formulada si se pregunta, si y bajo qué condiciones la función desempeñada por determinado hombre puede ser atribuida al Estado.

Desde el punto de vista de una consideración orientada hacia el derecho, sólo puede concebirse como una función estatal la función determinada en el orden jurídico, es decir, una función jurídica en el sentido estricto o lato de la palabra. Puesto que con la imputación atributiva de una función, determinada en el orden jurídico, desempeñada por un hombre determinado, a la persona del Estado, sólo se expresa la referencia a la unidad del orden jurídico que determina la función; toda función determinada en el orden jurídico puede ser atribuida al Estado, como personificación de ese orden jurídico; es decir, cabe afirmar —para servirse de una metáfora— de toda función determinada en el orden jurídico, que es desempeñada por el Estado como persona. Con ello no se dice otra cosa sino que la función se encuentra determinada por el orden jurídico. Uno puede, pero no necesita, emplear esa metáfora, pues que es posible representar la situación objetiva sin metáfora; pero uno se sirve de ella cuando, por alguna razón, se la considera útil. Dado que el problema del Estado, como persona activa, es un problema de atribución imputativa, y dado que esa atribución se expresa en el uso del lenguaje, cuando se trata de responder a la pregunta de si determinada función es una función del Estado, corresponde primeramente establecer si, en ese uso del lenguaje, esa función puede ser atribuida al Estado. El uso lingüístico, sin embargo, no es uniforme ni consecuente. Por lo general se representa la legislación —para volver a la cuestión de si constituye una función del Estado— como una función del

Estado, es decir, se la atribuye al Estado. Pero hay autores que no lo hacen. Rechazan interpretar la legislación como una función del Estado.<sup>165</sup> Son libres de hacerlo. Pero yerran si pretenden afirmar así que la legislación, a diferencia de otras funciones, no es efectivamente realizada por el Estado; éste podría ciertamente celebrar tratados, castigar delincuentes, explotar ferrocarriles, pero no podría hacer leyes. El verdadero sentido de este rechazo es que, por alguna razón, estos autores no echan mano, en el caso de la legislación, de la posibilidad aquí existente de atribuir imputativamente al Estado, así como se acostumbra no atribuir al Estado un hecho delictuoso determinado por el orden jurídico, aunque ello sería posible en igual sentido con el que se atribuye cualquier función al Estado, es decir, expresando que el hecho en cuestión está determinado por el orden jurídico constitutivo de la sociedad estatal.

Si se investiga el uso lingüístico considerado, es decir, si se intenta establecer bajo qué condiciones el lenguaje jurídico atribuye ciertas funciones determinadas por el orden jurídico nacional al Estado, como cuando se dice que el Estado —a través de determinado hombre como órgano suyo— desempeña determinada función, resulta que, en general, sólo se atribuye al Estado la función determinada por el orden jurídico, sólo se interpreta como función del Estado, cuando es desempeñada por un individuo que trabaja con división del trabajo, designado al efecto, o, lo que es lo mismo, que un individuo sólo es considerado órgano del Estado cuando, conforme a procedimiento determinado por el orden jurídico, es llamado a desempeñar esa función. En tanto la función es referida a la unidad del orden jurídico determinante, atribuyéndosela al Estado, sociedad constituida por ese orden jurídico, la misma es representada como función del Estado y ese orden jurídico es personificado. El Estado, como orden social, es el orden jurídico nacional (a diferencia, del internacional), arriba definido. El Estado, como persona, es la personificación de ese orden. Con todo, como ya se expuso anteriormente, debe advertirse que junto a este concepto del Estado aparece un segundo concepto, diferente pero estrechamente relacionado con el primero, un segundo concepto de Estado incluido en el primero, utilizado cuando es representado como una persona actuante: ya la personificación no del orden jurídico total, que regula la conducta de todos los individuos que viven dentro de su dominio territorial de validez, sino de la de un orden jurídico parcial formado por aquellas normas del orden jurídico nacional (estatal) que regulan el comportamiento de los individuos que tienen carácter de órganos calificados como “funcionarios” y que funcionan con división del trabajo. El orden jurídico parcial constituye un grupo social parcial al que sólo pertenecen aquellos individuos. Las funciones de esos individuos sólo son atributivamente imputadas a ese grupo parcial. Se trata del Estado como aparato burocrático de funcio-

<sup>165</sup> Yo mismo lo hice en mis *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, pp. 465 y ss. donde la legislación es interpretada como una función social y no como función del Estado.

narios, con el gobierno en la punta. Como este problema de la imputación a una persona jurídica ya fue encarado en el análisis precedente de las personas jurídicas constituidas bajo un orden jurídico estatal, no pueden evitarse, al exponer el problema de la personalidad del Estado, ciertas repeticiones. Pueden justificarse, en tanto la comprensión de la naturaleza de esta operación intelectual, que desempeña un papel importante en el pensamiento jurídico, provoca una revisión importante en las formas de ver tradicionales. Como esta tesis destruye la representación enteramente equívoca de la persona del Estado como una sustancia diferente del derecho, es importante hacer conciencia de ella con gran atención.

Las funciones atribuidas al Estado se dividen, según la teoría tradicional del Estado, en tres categorías: legislación, administración (incluyendo al gobierno) y jurisdicción. Las tres son, como se mostró, funciones jurídicas, sea que se trate de funciones jurídicas en sentido estricto, de producción y de aplicación de derecho, o bien de funciones jurídicas en sentido amplio, que abarca la función de cumplimiento del derecho. Si la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales (de un nivel relativamente alto) es interpretada como una función del Estado, ello se debe a que esa función es desempeñada por un parlamento, es decir, mediando división del trabajo, parlamento elegido mediante un procedimiento determinado por el orden jurídico; cabe advertir que los individuos que determinan la función legislativa, los miembros del parlamento, no tienen la calidad de funcionarios estatales, decisiva para la atribución de otras funciones al Estado. Pero los individuos que eligen al parlamento, en ejercicio del derecho de voto que se les otorga, no son designados, según los usos corrientes del lenguaje, como órganos estatales, ni su función es vista como una función del Estado. Se dice, por cierto, que el Estado hace las leyes, pero no se dice, que el Estado elige el parlamento, aunque podría decirse tal cosa con igual acierto que cuando se afirma que el Estado hace las leyes. En lo principal, ese procedimiento se articula en dos gradas: la producción del órgano a través de un proceso electoral, y la producción de normas generales por el órgano según un procedimiento legislativo. Muy característico de las atribuciones imputativas que se manifiestan en los usos lingüísticos dominantes, en los que reposa la representación del Estado como una persona activa, es el hecho de que la producción de normas jurídicas generales por vía de la costumbre no es interpretada como función del Estado. El derecho consuetudinario inclusive es traído como argumento por aquellos que afirman el Estado y el derecho como dos fenómenos entre sí distintos, para sostener que el derecho no es creado por el Estado, o no lo es necesariamente; para sostener que existe un derecho que aparece con total independencia del Estado. Pero como la costumbre, al igual que la legislación, es un hecho, determinado por el orden jurídico, que atañe a la producción general de derecho, podría atribuírsela, tan bien como la legislación, al Estado. Si la producción del derecho consuetudi-

nario no es atribuida al Estado, es porque éste, a diferencia de la legislación, no es función de un órgano, que funcione con división del trabajo, especialmente llamado en un procedimiento específico a cumplir esa función. Pero pasa que la atribución de la función legislativa al Estado se produce, como se destacara, sin que el órgano que funciona con división del trabajo sea calificado como funcionario estatal. Corresponde aquí recordar la circunstancia, ya traída a colación en otro contexto, de que el dictado de la norma jurídica individual en una sentencia judicial es tenida como función del Estado, pero no la presentación de la demanda privada que constituye un elemento esencial del procedimiento en el que se produce esa norma, correspondiendo explicar ahí que el tribunal, pero no el demandante privado, es un órgano que funciona con división del trabajo, habiendo sido designado para esa función. Pero si, como sucede en el procedimiento penal, la sentencia judicial está condicionada por la acusación formulada por un acusador oficial, designado por el gobierno del Estado, esa función, por ser desempeñada por un órgano que funciona con división del trabajo, designado para esa función, es interpretada como una función del Estado. Se dice que el Estado acusa al delincuente, que el Estado condena al delincuente. Con igual fundamento, no se considera función del Estado la producción de normas jurídicas generales e individuales por vía de un negocio jurídico, en tanto no es efectuada por órganos designados al efecto, que trabajan con división del trabajo, y calificados como funcionarios estatales, aunque tanto la realización de negocios jurídicos por "personas privadas", como la legislación y las decisiones judiciales, sean funciones jurídicas, en sentido estricto, determinadas por el orden jurídico.

Como ya se expuso en un contexto anterior,<sup>166</sup> la actividad designada como administración del Estado consiste en dos partes diferentes en su estructura jurídica. La función gubernamental, esto es, la del jefe del Estado y los miembros del gabinete, de los ministros o secretarios de Estado, así como, en buena parte, de los órganos administrativos inferiores del gobierno, es una función jurídica específica, en el sentido estricto de la palabra, a saber: producción y aplicación de normas jurídicas generales e individuales, mediante las cuales se obliga a los individuos sometidos al derecho, los súbditos, a determinada conducta, en tanto se enlaza a la conducta contraria un acto coactivo cuya ejecución, al llevarse a efecto por un órgano que funciona con división del trabajo, es atribuida al Estado. Si se admite que la conducta que constituye el contenido de la obligación jurídica constituida mediante la sanción es finalidad del orden jurídico, puesto que debe ser realizada bajo amenaza de la sanción, y si se representa la finalidad del orden jurídico como un fin del Estado —así como se representa el dominio territorial de validez del orden jurídico como territorio del Estado—, puede decirse que ese fin del Estado es realizado me-

<sup>166</sup> Cf. *supra*, pp. 266 ss.

diatamente, al cumplirse con la conducta obligatoria de los individuos, que no es atribuida al Estado. En parte, sin embargo —parte que, con el transcurso del desarrollo tiende a aumentar—, la actividad interpretada como administración estatal representa una realización inmediata del fin del Estado; puesto que se trata de una conducta atribuida al Estado como contenido de obligaciones jurídicas. La función atribuida al Estado no es una función de producción o de aplicación de derecho, sino la función de dar cumplimiento al derecho. Las obligaciones, cuyo cumplimiento se atribuyen al Estado, interpretadas como funciones estatales, son obligaciones de órganos especialmente calificados en sus posiciones jurídicas, que funcionan con división del trabajo, a saber: calificados como “funcionarios”. Las funciones estatales, en las cuales se hace efectivo en forma inmediata el fin del Estado, la administración directa (inmediata) aparece cuando, como se suele decir, el Estado no se limita a producir una determinada situación en tanto emite las leyes en las cuales se obliga a cierta conducta a los individuos sometidos a ellas, para producir la situación; a aplicar esas leyes a casos concretos, ejecutando la sanción estatuida en las leyes, sino que el Estado mismo suscita la situación buscada, a través de sus órganos, lo que, conforme al uso lingüístico dominante, significa que lo hace de manera que pueda atribuírsele; cuando el Estado construye y explota ferrocarriles, construye escuelas y hospitales, imparte instrucción, atiende enfermos, en suma, cuando desarrolla actividad económica, cultural y humanitaria de igual modo que las personas privadas. La “estatización” de esta actividad significa ponerla a cargo de funcionarios, es decir, hacerla cumplir por órganos calificados como funcionarios, que trabajan con división del trabajo. ¿En qué reside esta calificación?

Por de pronto en que esos individuos son designados por actos administrativos del gobierno o del organismo administrativo facultado para ello, para desempeñar las funciones que se les encomienda, quedando jurídicamente subordinados al gobierno; y, en especial, en que el ejercicio de su función es contenido de una obligación específica, el deber correspondiente al cargo, cuyo cumplimiento se garantiza mediante disposiciones disciplinarias. Cabe observar que la actividad que aparece como administración directa (inmediata) del Estado, puede convertirse en obligación jurídica de un órgano de tal manera que se deje al órgano, con respecto al cumplimiento de esa obligación, un espacio discrecional de juego más o menos extenso. El espacio de juego puede ser tan amplio, y la discrecionalidad del órgano tan poco limitada, que pareciera desvanecerse el elemento de obligatoriedad; pero, con todo y aunque reducido a un mínimo, debe suponerse presente si es que la obligación profesional de desempeñar el cargo es vista como un elemento esencial de la calificación de funcionario. De ahí entonces que estos órganos tengan que ejercer su función, no ocasional y provisionalmente, sino duraderamente, e incluso, hasta alcanzar un límite de edad, y además, profesionalmente, esto es,

con exclusión de otras actividades lucrativas y, por lo tanto, mediante una remuneración. Son remunerados por el Estado, es decir, la contraprestación por sus servicios —que en el Estado moderno consiste en dinero— proviene del patrimonio estatal, el llamado “fisco”, que es un fondo central cuya constitución, utilización, entradas y salidas se encuentran jurídicamente reguladas. En lo esencial es constituido mediante contribuciones de los individuos sujetos al derecho, obligados por ley a cumplir esa contribución, y es administrado por funcionarios estatales. Con ese patrimonio estatal no sólo se remunera a los funcionarios, sino también se cubren los otros gastos de la administración estatal. Si la actividad entendida como administración directa, como la explotación de un ferrocarril estatal, o de un monopolio estatal del tabaco, importa una empresa comercial (o económica), tanto los activos como pasivos de la misma pertenecen al patrimonio estatal. Se da aquí una diferencia significativa entre la actividad de administración directa atribuida al Estado, y la actividad análoga, no atribuida al Estado, de personas privadas. Habrá que investigar más adelante la naturaleza jurídica del patrimonio estatal, del así llamado “fisco”.

Si se designa al Estado limitado, en lo interno, a la legislación y la jurisdicción, así como a la ejecución de sanciones, como un Estado judicial (*Gerichtsstaat*), podría decirse que al establecer una administración estatal directa, el Estado pasa de un Estado judicial, a ser un Estado judicial y administrativo. Este es el resultado de un largo desarrollo, que se encuentra estrechamente relacionado con la progresiva centralización del orden jurídico y, en especial, con la constitución de un órgano centrado de gobierno y la extensión de su competencia. El órgano del Estado administrativo es el tipo, plenamente desarrollado, del funcionario estatal. Pero hay múltiples Estados intermedios que no exhiben todas las características arriba indicadas; órganos estatales que no son designados por el gobierno, sino por el parlamento o electos por el pueblo; órganos estatales que no son designados duraderamente, y que no reciben ninguna remuneración, o ninguna remuneración fija, trabajando como funcionarios honorarios; órganos estatales cuya designación no se efectúa por acto administrativo, sino por vía de un contrato civil.

La burocratización de la función estatal corre paralela con la transición del Estado judicial al Estado administrativo. Abarca primeramente algunas funciones jurídicas en sentido estricto, en especial, la de ejecución del acto coactivo, la función policial interna y, externamente, la función bélica internacional (ejército permanente con oficiales profesionales). Si ese aparato burocrático de funcionarios es establecido, puede transferírsele otras funciones jurídicas en sentido específico y estricto. La administración estatal se convierte en medida creciente en la realización inmediata del fin del Estado. Pero ello sólo como función jurídica en sentido amplio, es decir, como función de cumplimiento del derecho. También como administración estatal directa, el Estado mantiene su carácter jurídico. Dado que el orden jurídico parcial que constituye el

Estado en sentido estrecho, el Estado como aparato burocrático de funcionarios con el gobierno en la punta, es una parte integrante del orden jurídico total, que configura el Estado en sentido amplio, aquel Estado cuyos súbditos son el dominio de validez personal, y cuyo territorio, el dominio de validez territorial del orden jurídico, y cuyo poder es la eficacia de ese orden, resulta que la atribución imputativa al Estado en sentido estricto, como referencia a la unidad del orden jurídico parcial, implica una atribución al Estado en sentido amplio, como referencia a la unidad del orden jurídico total.

Con la transición al Estado administrativo y la aceptación a ello enlazada de la importancia del aparato burocrático, aparece relacionada cierta tendencia a limitar el concepto de órgano estatal al órgano constituido por funcionarios, es decir, en limitar la atribución al Estado de las funciones determinadas por el orden jurídico cuando son desempeñadas por individuos que funcionan con división del trabajo y calificados como funcionarios. A esta tendencia hay que remitirse cuando algunos autores aislados no aceptan considerar a la legislación por vía parlamentaria como una función estatal desempeñada por órganos no compuestos por funcionarios. Pero el parlamento suele exhibir a veces ciertos rasgos análogos a los del funcionario: así, por ejemplo, el hecho de que sus miembros perciban una remuneración de la hacienda estatal. El jefe del Estado, en la monarquía absoluta o constitucional, es considerado órgano del Estado, aun cuando no está sujeto a ningún deber correspondiente al cargo. El jefe del Estado en una república democrática, así como el miembro del gabinete en una monarquía o república, tiene que ejercer sus funciones, que en lo esencial son funciones jurídicas, como obligaciones correspondientes al cargo; pero éstas no resultan de un derecho disciplinario general, sino de disposiciones especiales que estatuyen una responsabilidad específica. Son también órganos del Estado, no como funcionarios estatales, sino en cuanto desempeñan, con una división del trabajo, funciones determinadas por el orden jurídico.

β) *Representación política.* La atribución de la función caracterizada en lo anterior a la persona ficticia del Estado no es, de manera alguna, la única posible. De hecho, se recurre, en los usos corrientes del lenguaje, también a otra que está en estrecha relación como la atribución imputativa a la persona del Estado, si no es que se encuentra comprendida por ella. Se trata de la atribución imputativa que se cumple con el concepto de representación política. A veces, por cierto, se identifica el concepto de órgano estatal, esto es, la atribución a la persona del Estado que se cumple con el concepto de órgano del Estado, con la noción de representación, cuando se dice que el órgano estatal "representa" al Estado. Pero, en un sentido específico, sólo se utiliza el concepto de representación para expresar la atribución de una función, no a la persona del Estado, sino al pueblo. Se dice de ciertos órganos —así, por ejemplo, del parlamento, que representan al pueblo del Estado al ejercer sus fun-

ciones, sin excluir con todo la atribución a la persona del Estado, es decir, sin excluir su caracterización como órgano del Estado. Puesto que se suele hablar de representación del pueblo, en general, cuando la función es desempeñada por un órgano elegido por el pueblo. Pero el uso lingüístico no es consistente. También se denomina representación la atribución de la función desempeñada por un órgano no designado mediante elección, y cuando no media atribución al pueblo, sino a otro órgano. Así, se dice también del monarca absoluto y de un dictador llegado al poder por usurpación, que representan al pueblo; y en una monarquía convertida de absoluta en constitucional, se dice que el juez designado por el monarca, representa al monarca. "Representación" (política) significa aquí lo mismo que la representación civil. Se dice: "El incapaz de hecho no actúa de por sí, pero lo hace a través de su representante legal." Ello significa: "Se atribuye al incapaz de hecho los actos del representante legal, porque éste debe realizar mediante sus actos los intereses del representado."<sup>167</sup> Cuando se dice que un órgano representa, en el ejercicio de su función, al pueblo, esto es: a los individuos que constituyen la sociedad estatal; cuando se atribuye así esa función a esos individuos, se alude a que el individuo, cuya función cabe también atribuir a la persona del Estado, y que, por ello, puede ser tenido como un órgano del Estado, está obligado jurídica o bien también moralmente, a ejercer su función en interés del pueblo, es decir, de los individuos que constituyen la comunidad estatal. Puesto que en los usos lingüísticos jurídicos se identifica, más o menos, interés con voluntad, en tanto se supone que aquello que un hombre "quiere" es su interés, se cree ver la esencia de la representación política en que la voluntad del representante sea la voluntad de los representados, en que el representante no ejecute con sus actos su propia voluntad, sino la voluntad de los representados. Se trata de una ficción, inclusive cuando la voluntad del representante está más o menos ligada por la voluntad del representado, como en el caso del mandato privado para celebrar un negocio jurídico, o de la representación en una constitución corporativa, según cuyas disposiciones los representantes de los sectores sociales están obligados a acatar las instrucciones de sus electores, pudiendo ser exonerados por éstos en todo momento. Ya que, aun en estos casos, la voluntad del mandatario o del representante es una voluntad diferente de la voluntad del mandante o del representado. Más evidente aún es la ficción de la identidad de la voluntad, cuando la voluntad del mandatario o del representante en forma alguna está obligada por la voluntad del mandante o del representado, como en el caso de la representación legal del incapaz de hecho, o de la representación del pueblo en un parlamento moderno, cuyos miembros son jurídicamente independientes en el ejercicio de su función; lo que se suele caracterizar diciendo que tienen un "mandato libre". La misma ficción aparece cuando se dice

<sup>167</sup> *Supra*, p. 166.

que un juez representa al monarca en una monarquía constitucional, llegándose a veces a afirmar que el monarca se encuentra invisiblemente presente en el momento en que el juez falla. La atribución imputativa, como se subrayó en un contexto anterior, por su propia esencia acarrea siempre una ficción, sea que la función, o la voluntad del individuo que efectivamente desempeña la función, o que efectivamente ejerce su voluntad al realizarla, se atribuya a otro individuo o a una persona jurídica. El hecho de que el parlamento haya sido elegido por el pueblo, que el juez haya sido designado por el monarca, no altera el carácter ficticio de la atribución efectuada mediante el concepto de mandato o de representación. De ahí que la forma y manera como se cree un órgano es irrelevante para la posibilidad de la atribución de su función a otro órgano. Sólo es decisivo el supuesto de que la función tiene que ser ejercida en interés del individuo o individuos al cual, o a los cuales, se atribuye la función. De ahí la concepción representada por ciertas doctrinas políticas, de que el monarca absoluto, o el dictador,<sup>168</sup> sea el “verdadero” representante del pueblo, una atribución que no es más ni menos ficticia que la aceptada por la teoría según la cual el parlamento popularmente electo representa al pueblo; según la cual, donde hay parlamento semejante, las leyes son dictadas por el pueblo; de que el derecho, como se dice en las constituciones de algunas repúblicas democráticas, proviene del pueblo.

La pregunta reside solamente en establecer bajo qué condiciones corresponde, en una exposición científica del derecho, recurrir a la ficción que implica atribuir la función desempeñada por determinado individuo a una persona jurídica, o a otro individuo; o, con otras palabras, bajo qué condiciones es científicamente legítimo utilizar conceptos tales como órgano, mandato o representación. Sólo lo es admitiendo que se tenga conciencia de la naturaleza de la atribución imputativa, y que con una atribución a una persona jurídica —es decir, con el concepto de órgano— no se pretende decir más que la referencia de esa función a la unidad del orden jurídico, constituyente de la comunidad, que la determina; que con la atribución a otro individuo, o individuos, especialmente todos los individuos que constituyen la sociedad estatal, la población del Estado, es decir, con la noción de mandato o representación, no se pretenda decir sino que el individuo que ejerce la función, está jurídicamente obligado, o moral y políticamente obligado, a ejercer esa función en interés del individuo, o de los individuos, a los cuales, por eso mismo, se le o se les atribuye la función. El uso de la ficción es acientífico cuando la atribución de una función a una persona jurídica, es decir, la afirmación de que la personalidad jurídica de un ente colectivo, o del Estado, cumple la función a través de un órgano, o satisface una obligación o ejerce un derecho, se quiere

<sup>168</sup> Cf. H. Kelsen, *The Political Theory of Bolshevism*, 3a. edición, 1955, p. 51, y “Foundations of Democracy”, pp. 6 ss.

decir que la persona jurídica, como titular de esa función, como sujeto de la obligación cumplida con la función, como sujeto del derecho ejercido mediante ella, es un ente real, diferente de los miembros del grupo colectivo o del Estado; o cuando en caso de la representación legal de un incapaz de hecho, se finge una capacidad jurídica, o con la representación del parlamento como representación del pueblo, se oscurece la modificación esencial que así sufre el principio democrático de la autorrepresentación popular, al quedar limitada ésta, por la elección parlamentaria, a un grupo más o menos extendido de ciudadanos; o cuando con la afirmación de que un monarca absoluto o un dictador representa al pueblo, se hace de la validez del principio democrático, en realidad enteramente eliminado, algo que debe ser disimulado. De ahí que la ficción arriba señalada de que el juez independiente representa al monarca, de ninguna manera pueda justificarse. Como con ella no puede quererse decir, ni se afirma, que el juez tiene que ejercer su función en el interés del monarca, sólo puede querer afirmarse que esa función corresponde propiamente al monarca que, por alguna razón, la habría delegado en el juez que designa. Esta ficción, empero, está ella misma en contradicción con el derecho positivo, cuando el mismo legislador echa mano de ella, cuando la ley indica al juez que dice su sentencia "en nombre" del monarca. Esta ficción no tiene sino la finalidad política de elevar la autoridad del monarca al atribuirle una función que, en el tránsito de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional, expresamente le fue quitada.

γ) *El Estado como sujeto de obligaciones y de derechos.* Las obligaciones y derechos del Estado, como persona jurídica, cuya estructura se investigará a continuación, no son aquellos impuestos u otorgados al Estado por un orden jurídico superior, el derecho internacional; se trata de las obligaciones y derecho que están estatuidos en el orden jurídico estatal. Las obligaciones y derechos estatuidos por el derecho internacional, análogos a las obligaciones y derechos estatuidos por el orden jurídico nacional a las corporaciones sujetas a ese orden, serán tratadas en la exposición de las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal.

α<sub>1</sub>) *Obligaciones del Estado: Obligación estatal y acto ilícito estatal; responsabilidad del Estado*

En un sentido jurídico no preciso se habla frecuentemente de obligaciones del Estado, sin utilizar, al hacerlo, de un concepto precisamente definido de obligación jurídica. Si se da por presupuesto tal concepto y, en especial, el aquí aceptado, según el cual aparece una obligación jurídica con respecto de determinada conducta cuando el orden jurídico enlaza un acto coactivo, como sanción, a la conducta contraria, por lo común no tendríamos obligaciones

jurídicas atribuibles al Estado, sino sólo una obligación moral y política. Así, por ejemplo, cuando se dice que el Estado está obligado a castigar al delincuente, aunque la ejecución de la pena enlazada al delito en el orden jurídico no sea contenido de una obligación, puesto que el incumplimiento de la pena no es convertida en condición de una sanción, estando el órgano de aplicación solamente facultado a llevar a cabo la sanción, pero no obligado a ello. Si tal obligación consistiera en una obligación del cargo propia del órgano de aplicación, la misma, consecuentemente, podría sólo ser atribuida al Estado si también su violación le pudiera ser atribuida, dado que sujeto de una obligación jurídica es aquel cuya conducta puede violar la obligación, el delincuente potencial. Si la obligación profesional de castigar al delincuente queda constituida mediante una sanción penal y si, como es usual, ningún delito y, por ende, ningún delito punible es atribuido al Estado, resultaría, consecuentemente, que la obligación en cuestión tampoco le podría ser atribuida. Pero en los usos corrientes del lenguaje no se trata en general de estas obligaciones del cargo propias del órgano las que se atribuyen al Estado. Como obligación del cargo es considerada como una obligación del individuo cuya conducta es contenido de esa obligación. De esa manera el requisito de la presencia de un "portador" de la obligación queda satisfecha, y no se necesita, por ende, de ninguna atribución imputativa a la persona jurídica estatal. De ahí que con la obligación sancionatoria del Estado no se alude a esa obligación profesional del órgano, sino que con el deber sancionatorio del Estado se formule sólo un postulado moral y político dirigido al orden jurídico: a la conducta socialmente dañina corresponde enlazar una pena como sanción.

Es corriente contraponer a los llamados derechos y libertades básicas garantizados constitucionalmente a los súbditos del Estado, las obligaciones correspondientes del Estado, consistente en no lesionar legalmente la igualdad o la libertad constituyente del contenido de esos derechos, o, con otras palabras, en no intervenir en la esfera así protegida del individuo por medio de leyes que limiten esa esfera o inclusive, que la supriman. En el análisis precedente de esos derechos y libertades fundamentales,<sup>169</sup> se mostró que ellos, de por sí, no constituyen derechos subjetivos; que la "prohibición" de promulgar leyes que lesionen la igualdad o libertad constitucionalmente protegida, no es una obligación jurídica de los órganos legislativos, sino que sólo introduce la posibilidad de anular la ley inconstitucional en un procedimiento especial. Dado que no existe una obligación jurídica del órgano legislativo de no dictar leyes que lesionen la igualdad o libertad constitucionalmente garantizada, ni tampoco la posible obligación jurídica del jefe del Estado, o de los miembros del gabinete, de dejar de participar, mediante su promulgación, sanción o veto, en la producción de esas leyes, como una obligación que pueda considerarse de

<sup>169</sup> Cf. *supra*, pp. 145 ss.

esos órganos, sin que se requiera, en consecuencia, atribución imputativa alguna a la persona jurídica estatal, la obligación del Estado de respetar la igualdad y libertad de los súbditos sólo significa una exigencia moral y política, dirigida al orden jurídico, de mantener la garantía arriba caracterizada como constitucional.

Si se acepta que sólo se da una obligación jurídica con respecto de determinada conducta cuando el orden jurídico hace de la conducta contraria la condición de una sanción, y que jurídicamente obligado a determinada conducta, por lo tanto, sólo está el individuo que con su conducta no sólo no cumple la obligación, sino especialmente, el que puede violarla, entonces sujeto de la obligación atribuida al Estado es el individuo, esto es, el órgano estatal, que tiene que cumplir la obligación con su propia conducta, y que, por ende, con su comportamiento puede violarla; de ahí que sería coherente —como ya se destacó en el análisis de la personalidad jurídica de las sociedades—, atribuir solamente una obligación jurídica a la persona jurídica en general, y en especial, a la persona jurídica estatal, cuando no sólo puede atribuírsele el cumplimiento, sino también la violación de la obligación efectuada por el órgano, admitiendo que también el Estado puede efectuar un acto ilícito. Pero como la atribución es sólo una operación intelectual posible, que implica una ficción, ya que en el fondo el Estado no es una persona jurídica sino una persona determinada que dentro del ordenamiento jurídico satisface obligaciones, puede, en un uso del lenguaje, imputarse la conducta del Estado que satisface una obligación, sin que se le pueda imputar al Estado el incumplimiento de la obligación; se puede —en interés de la autoridad del Estado, y con ello de su gobierno— sostener la hipótesis, que el Estado pueda actuar jurídicamente —en cumplimiento de una obligación, pero no antijurídicamente— en violación de una obligación. En tanto lo antijurídico es una condición que está determinada dentro del ordenamiento jurídico internacional como ordenamiento jurídico jerárquicamente superior al ordenamiento estatal, y que consiste en una violación de una obligación, y que conceptúa al orden jurídico nacional como persona jurídica, es procedente la imputación del delito al Estado en el lenguaje tradicional sin mayor reflexión, ya que —como veremos más adelante— el orden jurídico estatal puede facultar a un órgano estatal en relación con una conducta prohibida por el orden jurídico internacional y autorizar o permitir esta conducta. Ya que la conducta en cuestión es un delito conforme al derecho internacional y no conforme al derecho estatal. El derecho internacional general une a esta conducta una de las consecuencias del incumplimiento: guerra o represalia del Estado en cuyo favor el derecho internacional estableció la obligación. La frase de que el Estado ha violado sus obligaciones internacionales, no tropieza con la terminología dominante con ninguna resistencia; tampoco la frase de que las sanciones estatuidas por el derecho internacional

están dirigidas en contra del Estado delincente, es decir, que el Estado es responsable de la ejecución del delito.<sup>170</sup>

La situación es diferente cuando hay que contestar la pregunta de si debe imputarse la comisión de un determinado delito al ordenamiento estatal, en tanto personificación de ese ordenamiento estatal y que una sanción prevista en el ordenamiento estatal pueda enderezarse en contra del Estado. Aquí se encuentra la tendencia de que al Estado, como comunidad jurídica, no se le puede imputar un delito por determinada conducta en el orden jurídico estatal, y como órgano del Estado únicamente se puede apreciar la realización de la función de determinado individuo, como su conducta; pero que no implica ningún delito conforme al orden jurídico estatal.

Esta tendencia se expresa en la fórmula: el Estado no puede delinquir. Se suele fundar esta fórmula en que el Estado, que quiere el derecho (puesto que el derecho es su "voluntad"), no puede querer lo ilícito, y, por ende, no puede incurrir en ilicitud de un hombre cometida con un comportamiento suyo, pero no una ilicitud del Estado, como cuyo órgano ese hombre actúa solamente cuando se trata de producción, aplicación y cumplimiento del derecho, pero no tratándose de violación del derecho. La violación del derecho cae fuera de las facultades concedidas a un órgano estatal y, por lo tanto, no es atribuible al Estado. Un Estado que incurriera en delito sería una contradicción en sí misma.

Tal limitación de la atribución imputativa al Estado es enteramente posible. No es necesaria, empero, en el sentido de que la imputación de una ilicitud al Estado significara una contradicción lógica. Que el derecho sea la "voluntad" del Estado, algo "querido" por el Estado, es una metáfora, con la que no se dice más sino que el Estado es la sociedad constituida por el orden jurídico, y que la persona del Estado es la personificación de ese orden jurídico; y que el acto ilícito no es, como se admite al rechazar la representación de un ilícito estatal, la negación del derecho, sino, como se mostró, una condición a la cual el derecho enlaza consecuencias específicas. La afirmación de que una conducta es "contraria" a derecho, no expresa ninguna oposición lógica, sino sólo una oposición teleológica con la conducta "conforme" a derecho, en tanto se acepte que el orden jurídico intenta impedir aquella, pero no ésta, al enlazar una sanción dirigida contra el individuo que así se comporte (o contra el individuo que esté en determinada relación con él). Dado que el delito es un hecho determinado en el orden jurídico, se puede muy bien referírsele a la unidad personificada de ese orden jurídico, es decir, atribuírsele al Estado. De hecho, tal cosa se produce en ciertos casos. El principio de que el Estado no puede incurrir en delito, no se mantiene en los usos lingüísticos corrientes sin significativas excepciones.

<sup>170</sup> Cf. *infra*, pp. 323, 326 s.

Cierto es que no se suele atribuir al Estado el delito constituido por una sanción penal correspondiente. Como sujeto de la obligación, cuya violación implica una sanción penal, se ve al individuo que con su conducta ha violado la obligación. Dado que para efectuar la atribución al Estado, según el uso lingüístico dominante, sólo se consideran las obligaciones que tienen que ser cumplidas por órganos que funcionan con división del trabajo, designados al efecto por el orden jurídico, se supone que cuando ese individuo viola la obligación susceptible de sanción penal, obligación que debía cumplir como órgano del Estado, no actúa como órgano del Estado. Sólo cuando actúa dando cumplimiento a esa obligación, actúa como órgano. Mientras sólo se atribuya al Estado la conducta que produce el cumplimiento de una obligación, pero no la conducta resultante en violación de la obligación, esto es, cuando sólo se considera como delincuente potencial al individuo que realiza la acción, pero no al Estado, se atribuirá al Estado una obligación que puede cumplir, pero que no puede violar. Por qué la tesis contraria, de que tal atribución imputativa no sería compatible con el concepto aquí desarrollado de obligación jurídica, carece de objeto, ya fue explicado anteriormente.<sup>171</sup>

De hecho, sólo se atribuye al Estado la violación de una obligación estatuida por el orden jurídico estatal, y, por ende, también ésta, cuando tiene por contenido una prestación patrimonial, cuyo cumplimiento debe efectuarse con el patrimonio estatal, y la ejecución de la sanción, cuando de ello se trate, también se efectúa sobre el patrimonio estatal. El orden jurídico puede determinar que en caso de que se estableciera en un proceso judicial que se ha impuesto una pena a un inocente, no sólo debe anularse la sentencia que la impuso, dejando de valer la privación coactiva de la libertad o de la vida ya efectuada como una pena, sino también, que el daño ocasionado al individuo afectado (o a sus allegados) sea reparado por una prestación proveniente del patrimonio estatal. Determinado órgano del Estado queda obligado a hacer esa prestación. Si la omitiera, se podría —se suele decir— demandar al Estado y condenar a éste a cumplir la prestación; y si, lo que de hecho casi no sucede, pero es posible, la sentencia no fuera respetada, podría llevarse a cabo una ejecución forzosa sobre el patrimonio del Estado. En ese caso se dice que el Estado ha violado su obligación jurídica de reparar el daño ocasionado a un inocente por la ejecución de la pena. Es decir, se atribuye al Estado tanto la obligación, como su cumplimiento y violación; y presuponiendo que el patrimonio que se considere sea interpretado como patrimonio del Estado, se reputa que el Estado también sufre la sanción. La misma atribución aparece cuando un individuo, en su calidad de órgano estatal, es decir, mediante un acto atribuible al Estado, efectúa

<sup>171</sup> Cf. *supra*, pp. 185 s.

un negocio jurídico por el que se producen obligaciones a cargo del Estado, que tendrán que cumplirse con un patrimonio que es visto como el del Estado. La imputación del delito consistente en el incumplimiento de la obligación, a la persona del Estado, es posible, puesto que el hecho delictuoso está determinado, en el orden jurídico estatal, como condición de la sanción, es decir, como condición de la ejecución forzosa que se cumplirá sobre el patrimonio del Estado. Si, como veremos, cabe considerar al patrimonio en cuestión como un patrimonio colectivo de los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica denominada Estado, cabe también atribuir esa obligación a esos individuos, y hablar de las obligaciones colectivas de los miembros del Estado. La obligación del cargo que el órgano viola cuando no cumple la obligación del Estado o, lo que es lo mismo, la obligación colectiva de los miembros del Estado, tiene que ser distinguida de esta última obligación. Puesto que ésta se constituye con la posible ejecución coactiva sobre el patrimonio estatal, aquélla con una pena disciplinaria dirigida contra el órgano que ha actuado en forma contraria a sus obligaciones del cargo. Aquélla, pero no ésta, es atribuida al Estado (o a los miembros del Estado).

La ejecución forzosa del patrimonio estatal pareciera ser una interpretación absurda de la situación objetiva que posiblemente se presente, cuando el acto coactivo mismo es atribuido al Estado, y por ende, cuando la ejecución forzosa en el patrimonio estatal pareciera significar un acto coactivo que el Estado dirigiera contra sí mismo. Con todo no es posible eliminar esta interpretación. La situación, de hecho, consiste en que la ejecución forzosa tiene que llevarse a cabo contra la voluntad del órgano al que compete administrar la parte del patrimonio que interese. Su negativa a acatar la orden del órgano ejecutivo estatal, se produce violando su obligación de funcionario. El acto coactivo, de deber ser necesario, tendría que dirigirse de hecho contra ese individuo. Como la atribución imputativa es sólo una operación intelectual posible, pero no necesaria, la atribución del padecimiento del mal que representa el acto coactivo al Estado de ninguna manera es necesaria, y no tiene por qué efectuarse si se quiere evitar la representación de un acto coactivo que el Estado dirigiera contra él mismo. La ejecución forzosa se pone por obra, entonces, en el patrimonio del Estado, sin que se la interprete como dirigida contra la persona del Estado. El individuo contra el cual se dirige la ejecución forzosa en un patrimonio, no tiene que ser necesariamente el sujeto de los derechos que configuran ese patrimonio.

Obligaciones patrimoniales de hacer por parte del Estado son también obligaciones del órgano estatal cuya conducta configura el contenido de esas obligaciones, aun cuando se representen sin el recurso auxiliar de una atribución imputativa. Se trata de obligaciones que deben cumplirse sobre un patrimonio que es interpretado como patrimonio estatal. Se constituyen mediante una san-

ción estatuida, a saber: una ejecución forzosa que es entendida como realizada sobre ese patrimonio, pero no dirigida contra la persona del Estado. La ejecución forzosa es dirigida contra la persona del órgano estatal que tiene la administración de ese patrimonio. Si ese patrimonio es atribuido al Estado, como sujeto de los derechos que constituyen ese patrimonio, el Estado será responsable de los actos ilícitos que haya cometido un individuo por incumplimiento de la obligación que debía cumplir en su calidad de órgano del Estado. Mientras que, con respecto de las obligaciones impuestas al Estado por el derecho internacional, se atribuyen a aquél no sólo la obligación, sino también el sufrir el acto coactivo constitutivo de la obligación, con respecto de las obligaciones impuestas al Estado por el orden jurídico estatal se atribuye a la persona del Estado sólo la obligación, pero no el sufrir el acto coactivo constitutivo de la misma. Según el uso lingüístico dominante, el Estado, como persona jurídica, puede cometer un acto ilícito, al no cumplir, y violar por ende la obligación de alguna prestación que le imponga el orden jurídico estatal; pero la ejecución forzosa en el patrimonio del Estado, que el orden jurídico enlaza como sanción a esa ilicitud del Estado, no es interpretada como dirigida contra la persona del Estado. Es decir, el Estado no responde con su persona, sino únicamente con su patrimonio, de los actos ilícitos que se le atribuyan, mientras que el órgano que se hubiere comportado en forma contraria a la obligación, es responsable con su persona de esa ilicitud. Si el patrimonio estatal, como se mostrará más adelante, puede ser visto como el patrimonio colectivo de los miembros del Estado, la responsabilidad estatal es la responsabilidad colectiva de sus miembros.

β<sub>1</sub>) *Derechos del Estado*. Si se entiende por derecho subjetivo un derecho reflejo provisto, como ya se caracterizó en un contexto anterior, del poder jurídico de hacer valer judicialmente el incumplimiento de la obligación idéntica con ese derecho reflejo, y si es sujeto del derecho el individuo al que el orden jurídico concede ese poder jurídico, entonces los derechos interpretados como derechos del Estado son derechos de los individuos que, en su calidad de órganos del Estado, ejercen ese poder jurídico. En la atribución al Estado se expresa la referencia al poder jurídico estatal, que estatuye que el poder jurídico tiene que ser ejercido por determinado individuo. También la obligación, cuyo incumplimiento es reclamado con ese poder jurídico, es vista como una obligación existente frente al Estado, interpretándose el derecho reflejo idéntico a esa obligación, como derecho reflejo del Estado. De hecho la conducta obligatoria de un hombre sólo puede producirse en relación con otro hombre, o varios otros hombres. Pero el ejercicio del derecho reflejo, esto es, la conducta correspondiente codeterminada en la conducta obligatoria, del hombre u hombres en cuyo respecto la obligación existe, puede ser función de un individuo que tiene calidad de órgano estatal; es

decir, esta conducta puede ser atribuida al Estado. Así sucede con ciertas obligaciones de hacer, como, por ejemplo, con respecto de la obligación de prestar servicio militar, o de pagar impuesto. El servicio militar se presta en los órganos militares del Estado, la percepción del impuesto corresponde a los órganos financieros del Estado, y esta contraprestación constituye el contenido de sus obligaciones burocráticas. Pero, como se suele decir, no reciben la prestación para sí, al modo como un individuo toma para sí, como empleador, la prestación del empleado, o un individuo como acreedor toma para sí la prestación pecuniaria del deudor. Los órganos reciben la prestación "para el Estado". Es decir, que la recepción de la prestación es interpretada como una función del Estado, es atribuida al Estado. En el caso de las obligaciones impositivas se agrega que la prestación pecuniaria no entra en el patrimonio de los individuos que actúan como órganos del Estado, sino en un patrimonio que es visto como patrimonio estatal. La obligación de prestar servicio militar, o la obligación de pagar impuestos son consideradas como obligaciones de derecho público. La misma situación se da, sin embargo, en el caso de obligaciones de hacer de derecho privado, creadas mediante un negocio jurídico, en la cual interviene el Estado, es decir, determinado individuo facultado al efecto por el orden jurídico. También el ejercicio del poder jurídico consistente en iniciar los procedimientos que conducen a la ejecución de la sanción, que el orden jurídico estatuye como reacción ante el incumplimiento de las obligaciones tomadas en cuenta, se cumple a través de un individuo calificado como órgano del Estado, y es atribuida al Estado como función suya. Si se toma en cuenta que esas obligaciones no han sido estatuidas en interés de los individuos que reciben las prestaciones y que tienen que reclamar en caso de su incumplimiento, y si se admite que es interés del Estado lo garantizado al establecer esas obligaciones, tendremos que sólo se pudo haber querido decir, ya que sólo hombres vivos tienen intereses, que esas obligaciones están estatuidas en interés de la totalidad, es decir, de todos los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica. Cabe entonces atribuir la recepción de la prestación y al ejercicio del poder jurídico, no a la persona ficticia del Estado, sino a los individuos que reciben la prestación que no son vistos sólo como órganos del Estado, sino también como órganos del pueblo que constituye el Estado, esto es, de los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica. En esa medida es posible interpretar los derechos en cuestión como derechos colectivos de esos individuos.

A veces se interpretan las obligaciones de no hacer (deber de omisión) que constituyen la mayor parte del derecho penal, como obligaciones no sólo contra los hombres directamente afectados por su violación, sino también como obligaciones pendientes mediatamente en relación con el Estado, hablándose, en consecuencia, y, en especial, atendiendo a que la reparaci-

de la violación de esas obligaciones se produce a través de la intervención del acusador público como órgano estatal, de un derecho del Estado a la omisión de esos delitos. Que la no comisión del delito tenga que producirse con respecto del Estado, presupone que se trata de una conducta no sólo perjudicial para el individuo inmediatamente afectado, sino de una conducta colectivamente perjudicial, es decir, lesiva del interés de todos los individuos pertenecientes a la comunidad jurídica, lo que incluso se expresa en el hecho de no ser perseguido por el afectado inmediato, sino por un individuo que actúa como órgano de la comunidad jurídica, defendiendo el interés de esa comunidad, y, por lo tanto, de sus miembros. Fundándose en esta aclaración, puede también en este caso hablarse de derechos colectivos de los miembros del Estado.

A veces se habla también de un derecho del Estado a castigar al malhechor. Semejante derecho —un derecho reflejo— sólo se da cuando aparece la obligación jurídica de soportar la pena, es decir, cuando la conducta por la cual un individuo escapa a la pena que se le ha impuesto, está enlazada a una pena complementaria.

De especial importancia son los derechos reales y, en especial, los derechos de propiedad del Estado, puesto que éstos constituyen el núcleo del patrimonio que es visto como patrimonio estatal, el cual, como se señaló en lo anterior, tiene un papel principal en la atribución al Estado, como aparato burocrático de funcionarios, y, por ende, también en la atribución de toda función considerada como administración estatal directa.

El derecho de propiedad sobre una cosa de un individuo consiste en que todos los restantes individuos están obligados a consentir la disposición que el individuo de hecho haga de la cosa, usándola, no usándola, e inclusive, destruyéndola; y en que el individuo, en cuyo respecto los otros tienen esta obligación de no hacer, cuenta con el poder jurídico tanto de disponer de la cosa mediante un negocio jurídico, como reclamar con una acción por el incumplimiento de la obligación pasiva pendiente sobre los otros. En el caso normal, corresponde a un mismo individuo la disposición de hecho y de derecho (a través de negocio jurídico), y el ejercicio del poder jurídico. Este individuo es el propietario de la cosa. Si se describe la situación objetiva que se interpreta como derecho de propiedad del Estado sobre una cosa, sin recurrir a una atribución imputativa, se dirá que la disposición de hecho y de derecho (por negocio jurídico) de la cosa es retenida por determinados individuos que cumplen sus actos de disposición con un sistema de división del trabajo y cumpliendo sus obligaciones de funcionarios; que todos los restantes individuos están obligados a consentir esos actos, quedando así excluidos de la disposición de la cosa; y que también el poder jurídico, de reclamar mediante una acción por incumplimiento de la obligación pasiva universal, está otorgado a determinados individuos que tienen igual calidad que los que retienen la facultad

de disponer de hecho y de derecho de la cosa. Evidentemente no será el mismo individuo el competente para la disposición de hecho y de derecho (por negocio jurídico) sobre la cosa, y para el ejercicio del poder jurídico, sino que las funciones consideradas están distribuidas entre diferentes individuos. Corresponde advertir que la disposición de hecho de la cosa, que es entendida como propiedad del Estado, y en especial su uso, no corresponde a todos los individuos que son miembros del Estado. Sólo determinados individuos, y en la manera jurídicamente regulada, pueden usar la casa de propiedad del Estado, o el vehículo perteneciente al Estado. Pero aun de encontrarse todas las funciones en consideración unificadas en mano de un individuo con la calidad indicada, lo que en realidad nunca sucede, no se consideraría a ese individuo como propietario, puesto que tendría que suponerse que también en este caso, como en los otros esas funciones no han sido transferidas al individuo que ocasionalmente las ejerce, en su propio interés, sino en interés de la totalidad, es decir, de todos los individuos pertenecientes a la sociedad constituida por el orden jurídico. En otros términos: el derecho en cuestión sirve para proteger los intereses, no del individuo indicado, sino de una comunidad de intereses. Los criterios —sea circunstancias de hecho o ficciones— de semejante comunidad de intereses provee la clave de la atribución imputativa de las funciones en cuestión, desempeñadas por determinados individuos en su carácter de órganos del Estado y, por ende, de los derechos de los miembros de la comunidad considerada. En realidad, esta atribución imputativa a los miembros de la sociedad estatal se encuentra comprendida en la atribución a la persona ficticia del Estado en el caso de la atribución de derechos de propiedad. La estatización de la propiedad siempre es entendida como una socialización, como una colectivización de la propiedad. Ambas expresiones son empleadas como sinónimas. En este sentido, la propiedad estatal es propiedad colectiva; el patrimonio estatal, patrimonio colectivo de los miembros del Estado; es decir, la atribución puede producirse tanto con respecto de la persona estatal como con respecto de los hombres reales que, considerados como un Estado, constituyen la sociedad constituida por el orden jurídico. En ambos casos esa imputación involucra una ficción. En el uso corriente del lenguaje, una está incluida en la otra. Si se hace hincapié en una, se afirmará que los individuos que desempeñan las funciones correspondientes a la propiedad, son órganos del Estado, que la propiedad es propiedad estatal; si se subraya la otra, se dirá que representan o son mandatarios del pueblo, y que la propiedad es propiedad del pueblo.

c) *La así llamada autobligación del Estado: El Estado de derecho*

Sólo fundándose en el análisis arriba efectuado del concepto de Estado puede entenderse correctamente lo que la teoría tradicional designa como “autobligación del Estado”, que describe como un hecho que debiera consistir en que el

Estado, existente independientemente del derecho como una realidad social, primeramente crea el derecho, para luego someterse, por decir así libremente, a ese derecho. Sólo entonces sería un Estado de derecho. Por de pronto debe establecerse que un Estado no sujeto a derecho es impensable. Puesto que el Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres que se atribuyen al Estado como persona jurídica. Y semejante atribución sólo es posible con base en normas jurídicas que determinan esos actos de manera específica. Que el Estado cree el derecho sólo significa que hombres, cuyos actos son atribuidos al Estado fundándose en el derecho, producen el derecho. Esto significa, pues, que el derecho regula su propia producción. No se produce, ni puede producirse, un proceso en el cual un Estado, preexistente a su derecho, cree el derecho, para luego someterse a él. No es el Estado el que se subordina al derecho por él creado, es el derecho el que regula la conducta de los hombres y, especialmente, la conducta orientada a la producción de derecho, sometiéndose así a esos hombres.

De una obligación autoimpuesta del Estado sólo podría hablarse en el sentido de que las obligaciones y derechos que se atribuyen a la persona del Estado, están estatuidos justamente por el orden jurídico, cuya personificación es la persona estatal. Esta atribución al Estado, es decir, la referencia a la unidad de un orden jurídico, y la personificación así cumplida, tiene que ser, como siempre, subrayada nuevamente, caracterizada como una mera operación intelectual, un instrumento auxiliar del conocimiento. Lo que existe como objeto del conocimiento es sólo el derecho.

Si se reconoce en el Estado un orden jurídico, todo Estado es un Estado de derecho, dado que esta expresión es pleonástica. En los hechos, es empleada para designar cierto tipo de Estado, a saber aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica. "Estado de derecho", en este sentido específico, es un orden judicial y la administración está regida por leyes, es decir, por normas generales, dictadas por un parlamento elegido por el pueblo, con o sin participación de un jefe del Estado situado en la cúspide del gobierno, siendo los miembros del gobierno responsables de sus actos, los tribunales independientes y encontrándose garantizados ciertos derechos y libertades de los ciudadanos, en especial, la libertad de creencia y de conciencia y la libertad de expresión.

#### d) *Centralización y descentralización* <sup>172</sup>

Si el Estado es concebido como un orden de la conducta humana, y, por ende, como un sistema de normas que cuentan con una validez tanto temporal como espacial, el problema de la articulación territorial del Estado en provincias, o en así llamados Estados federales, es un problema especial del dominio de validez territorial de las normas que constituyen el orden estatal. La representación nor-

<sup>172</sup> Cf. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, pp. 163 ss.

mal del Estado parte del simple supuesto de que todas las normas que constituyen el orden estatal tienen validez de igual modo para todo el territorio del Estado, o —en tanto uno se refiere a la persona de la autoridad que impone las normas— que provienen de una única instancia, de que una única instancia gobierna desde un centro sobre todo el territorio del Estado. Según esta última imagen —la correspondiente al llamado Estado unitario—, con la imagen del dominio territorial de validez de las normas que constituyen el orden estatal, se entremezcla la idea de la unidad y multiplicidad de los órganos productores de normas. Ambas ideas, sin embargo, tienen que ser nítidamente distinguidas. Y en tanto en el concepto de “Estado unitario” se expresa la contraposición entre centralización y descentralización, contraponiéndose el Estado unitario como comunidad jurídica centralizada al tipo de la comunidad jurídica descentralizada; la contraposición es expuesta primariamente desde el punto de vista de los dominios territoriales de validez de las normas constitutivas del orden estatal —esto es: en forma estática y sin recurrir al momento dinámico de la unidad o multiplicidad de los órganos que implantan las normas.

La imagen de que las normas estatales valen idénticamente para todo el territorio del Estado, es impulsada por el supuesto de que el orden jurídico estatal está formado solamente por normas generales, de que el orden estatal se identifica con las normas implantadas con forma de leyes. Puesto que el caso en que las leyes del Estado tienen validez para todo el territorio del Estado, de modo que no existen leyes estatales válidas para sólo una parte del territorio del Estado, es bastante frecuente. Si se considera como poder del Estado sólo al poder de dictar leyes, la representación del Estado como una comunidad que, por su esencia, es centralizada, no choca demasiado con la realidad jurídica histórica y los órdenes jurídicos positivos. Pero si se toman en cuenta también las normas individuales, impuestas por actos administrativos y sentencias judiciales, mediante las cuales se concretan las normas legales generales, por pertenecer tanto éstas como aquéllas al orden estatal, resulta que casi jamás un Estado positivo ha correspondido a la idea del Estado unitario, como idea de centralización. Puesto que aun donde las normas legales generales son dictadas con validez para todo el territorio estatal, por lo común la concretización de las leyes en normas individuales se produce, en algún sentido, sólo con validez para partes del territorio, dado que las normas individuales son establecidas por órganos cuya competencia para dictar normas está territorialmente limitada a una parte del territorio. Los Estados históricos, es decir, los órdenes jurídicos positivos correspondientes a cada Estado, no son ni enteramente centralizados, ni totalmente descentralizados; siempre están sólo parcialmente centralizados y, correspondientemente, parcialmente descentralizados, aproximándose tanto más a un tipo, o bien al otro tipo ideal.

Idealmente, una comunidad jurídica centralizada es aquella cuyo orden está constituido, única y exclusivamente, por normas jurídicas válidas para todo el

territorio jurídico, mientras que, idealmente también, una comunidad jurídica descentralizada sería aquella compuesta por un orden formado por normas con validez sólo para partes del territorio. Que una comunidad jurídica se articule en territorios parciales significa que las normas, o ciertas normas, de ese orden sólo tienen validez para una parte del territorio; en última instancia, el orden jurídico constitutivo de la comunidad jurídica estaría compuesto por normas con diferente dominio de validez espacial. En una descentralización total, y no sólo parcial, no podría haber, junto a las normas válidas sólo para partes del territorio, normas con validez para el territorio entero. Pero como la unidad del territorio se determina por la unidad de la validez de las normas, parece discutible que, en el caso ideal de una descentralización pura, pueda seguir hablándose de un territorio total y de un orden estatal. La descentralización sólo puede aparecer cuando se trata de la articulación de una misma comunidad jurídica, cuando se trata de la articulación de un mismo territorio. Si la descentralización avanzara tanto que se encontraran lado a lado varias comunidades jurídicas, varios órdenes jurídicos con dominios de validez espaciales independientes (separados entre sí), sin que se pudiera ver, en razón de la falta de alguna comunidad por la que fuera, esos territorios como partes territoriales de un territorio global, pareciera haberse ido más lejos del límite extremo en que aún es posible la descentralización. Sólo que una multiplicidad de comunidades jurídicas, u órdenes jurídicos paralelos, sin un orden total constitutivo de una comunidad total que los abarque y los delimite recíprocamente, es, como se mostrará,<sup>173</sup> impensable. Y así como todos los estados, en tanto son considerados como comunidades jurídicas coordinadas recíprocamente, teniéndose como miembros de una comunidad internacional que los comprende, también los territorios estatales tienen que ser considerados como territorios parciales del dominio de validez espacial del orden jurídico universal.

Cuando, idealmente, apareciera una descentralización plena, en tanto no hubiera ninguna norma válida para todo el territorio, ello tendría que ser entendido, considerando la necesaria unidad del orden, en el sentido de que no se requiere que existan normas promulgadas con validez para todo el territorio; pero que, por lo menos, aparezca la norma fundante básica presupuesta con validez para todo el territorio, el cual, conforme a los órdenes parciales delegados por la norma fundante básica, se articula en territorios parciales. Por lo menos en esa norma básica tiene que constituirse la unidad del territorio total, junto con la unidad del orden jurídico total que abarca a todas las comunidades jurídicas como órdenes parciales. La descentralización es, así, el caso límite para la coexistencia de una multiplicidad de comunidades jurídicas. Si se mantiene firme este conocimiento esencial, entonces se puede pretender hablar de descentralización en un sentido más restringido, cuando la unidad del territorio total está dada por normas positivas implantadas, y no sólo por

<sup>173</sup> Cf. *infra*, pp. 332 s.

la norma fundante básica presupuesta. Pero ello ya tiene menor importancia, por cuanto la realidad jurídica no supera este límite estrecho al punto de que el caso extremo de descentralización jurídico-positiva que corresponde tomar en cuenta, la articulación de la comunidad jurídica internacional en Estados particulares, corresponde también a este concepto de descentralización en sentido restringido.

Si las normas de un orden jurídico tienen diferentes dominios de validez espacial, se da la posibilidad —aunque no la necesidad— de que en diferentes partes del territorio tengan validez normas de diferente contenido. La unidad formal del territorio jurídico no tiene que estar ligada a la unidad material del contenido del derecho. En el caso teórico-límite, cuando la unidad del territorio sólo está configurada por la norma fundante básica presupuesta, y todas las normas positivas dictadas sólo cuentan con validez para partes del territorio, tendríamos un orden jurídico unitario sin que valga para todo el territorio un contenido cualquiera jurídico de índole positivo.

Por diferentes razones puede requerirse una diferenciación por el contenido del orden jurídico en relación con distintas partes del territorio. Las diferencias geográficas, nacionales, religiosas, en el seno del material que tiene que ser jurídicamente regulado, exigen ser tomadas en cuenta mediante una articulación territorial de la comunidad jurídica; y ello tanto más cuanto mayor es la dimensión del territorio sujeto a ese derecho y cuanto mayor posibilidad de diferenciación se dé dentro de las relaciones vitales que hayan de ser reguladas. Esta diferenciación por el contenido del orden jurídico con referencia al territorio, única correspondiente a la esencia de la descentralización, tiene que distinguirse de una diferenciación por el contenido del orden jurídico atendiendo básicamente a la referencia personal. Pueden dictarse normas, con validez para todo el territorio jurídico, de diferente contenido para hombres de diferentes características, como ser diferente lenguaje, religión, raza, sexo, etcétera, o inclusive de diferente profesión. Si también ha de hablarse en este caso de una “articulación” del Estado, la misma se cumple conforme al principio de la personalidad y no es una “articulación” —como cuando se habla de una “división” del Estado en el sentido propio y corriente de la palabra— según el principio de territorialidad. Puede hablarse también de una división en “provincias”, en tanto se denomina provincia el territorio parcial delimitado, en forma puramente territorial, de validez de normas.

Como surge de lo hasta ahora dicho, el problema de la centralización y descentralización, como problema de la articulación territorial de las comunidades jurídicas, es primariamente un problema del dominio de validez espacial de las normas que configuran un orden jurídico. En forma secundaria, a este momento estático del dominio de validez especial de las normas, se agrega un segundo momento dinámico que —aunque sea enteramente distinto del primero, e independiente de él— es utilizado en una confusión poco clara con

el primero toda vez que se habla de centralización y descentralización. Mientras que desde el primer punto de vista se pone la mira exclusivamente en las normas que tienen validez en relación con sus distintos dominios espaciales de validez, la consideración desde el otro punto de vista se orienta al modo de creación de los distintos dominios de validez de esas normas, al acto de implantación de la norma y, por ende, al órgano que implanta la norma. Se distingue si las normas con validez para todo el territorio de ese derecho, o con validez sólo para partes territoriales, han sido instauradas por un órgano único, o por una multiplicidad de órganos. Y si bien es posible tanto una comunidad jurídica descentralizada, como una descentralizada (en sentido estático), tanto con unidad como con multiplicidad de órganos que producen normas, se suele asociar preferentemente al concepto de centralización la representación de normas (con validez para todo el territorio de ese derecho) producidas por un único órgano, que constituye el centro de la comunidad, y que en alguna manera también tiene sede espacial en el centro, mientras que con el concepto de descentralización está asociada la imagen de una multiplicidad de órganos, no situados en el centro, sino distribuidos por todo el territorio jurídico, con competencia para dictar normas solamente válidas en partes del territorio.

Corresponde advertir que, en este sentido dinámico, no sólo puede ser centralizada o descentralizada la producción de normas jurídicas, sino también su aplicación; más aún: pueden serlo todas las funciones estatuidas por un orden jurídico, es decir, que puedan ser desempeñadas por un órgano único, o por una multiplicidad de órganos. La centralización en sentido dinámico alcanza su grado supremo cuando todas las funciones tienen que ser desempeñadas por un único órgano y, en especial, cuando todas las normas de un orden jurídico, tanto las generales como las individuales, son producidas y aplicadas por un mismo individuo. La descentralización, en sentido dinámico, alcanza su grado máximo cuando todas las funciones son desempeñadas por todos los individuos sujetos al orden jurídico. Se trata, en ambos casos, de situaciones límites, que no se presentan en la realidad social. Nunca pueden todos desempeñar las funciones estatuidas por un orden jurídico, ni nunca pueden ser desempeñadas por un único individuo.

#### e) *La disolución del dualismo entre derecho y Estado*

Si se reconoce que el Estado, como orden de la conducta humana, es un orden coactivo relativamente centralizado, y que el Estado, como persona jurídica, es la personificación de ese orden coactivo, el dualismo entre Estado y derecho se disuelve en una de esas duplicaciones surgidas cuando el conocimiento hipostasia la unidad que constituye de su objeto —y expresión unitaria tal es el concepto de persona—. El dualismo entre persona estatal y orden jurídico aparece así, considerado desde un punto de vista epistemológico, como paralelo al dualismo teológi-

co, igualmente pleno de contradicción, entre Dios y mundo.<sup>174</sup> Así como la teología afirma el poder y la voluntad como la esencia de Dios, también la doctrina del Estado y del derecho considera que el poder y la voluntad constituyen la esencia del Estado. Así como la teología afirma la trascendencia de Dios con respecto del mundo, y simultáneamente su inmanencia al mundo, la doctrina dualista del Estado y el derecho afirma la trascendencia del Estado frente al derecho, su existencia metajurídica, y simultáneamente su inmanencia en el derecho. Así como el Dios creador del mundo, en el mito de su conversión en hombre, tiene que venir al mundo, someterse a las leyes del mundo —es decir, al orden natural—, nacer, sufrir y morir, también el Estado, en la doctrina de su autosujeción al derecho, tiene que someterse al derecho por él mismo creado. Y así como la vía a una ciencia auténtica de la naturaleza justamente se abre con el panteísmo, que identifica a Dios con el mundo, es decir, con el orden natural, la identificación del Estado con el derecho, el conocimiento que el Estado es un orden jurídico, es presupuesto de una ciencia jurídica auténtica. Si se contempla la identidad entre el Estado y el derecho, se comprende que el derecho positivo no es identificable con la justicia, sino que es el mismo orden coactivo con que el Estado aparece a un conocimiento que no se estanca en imágenes antropomórficas, sino que atraviesa el velo de la personificación para alcanzar las normas implantadas por actos humanos, y se hace imposible enteramente entonces buscar de justificar al Estado mediante el derecho. Así como es imposible justificar al derecho por el derecho mismo, cuando esta palabra no es empleada en un caso en el sentido de derecho positivo, y en el otro, en el de derecho justo, de justicia. Y entonces la tentativa de legitimar al Estado, como Estado de “derecho” se descubre como enteramente inadecuada, porque, como ya se recalcó, todo Estado, en ese sentido, tiene que ser un Estado de derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico. Ello no representa, sin embargo, ningún juicio de valor político. La limitación ya mencionada del concepto de Estado de derecho a un Estado que corresponda a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica, implica admitir que sólo el orden coactivo así tipificado pueda ser visto como un “verdadero” orden jurídico. Pero tal supuesto es un prejuicio iusnaturalista. También un orden coactivo relativamente centralizado de carácter autocrático, que no ofrezca, por su ilimitada flexibilidad, ninguna seguridad jurídica, es un orden jurídico y —en tanto se diferencie orden y sociedad— la comunidad constituida mediante ese orden coactivo, es una comunidad jurídica que, como tal, es un Estado. Desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente el derecho, de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor moral o de justicia

<sup>174</sup> Cf. al respecto, H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, pp. 205 ss.

nada se dice con ello. Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo.

Esta disolución crítico-metódica del dualismo entre Estado y derecho constituye de consuno la anulación sin consideraciones de una de las ideologías de legitimación más eficaces; de ahí la apasionada oposición que enfrenta, por parte de la teoría tradicional del derecho y del Estado, la tesis fundada por la teoría pura del derecho de la identidad del Estado y el derecho.



## VII. ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL.

### 42. *La esencia del derecho internacional*

#### a) *La naturaleza jurídica del derecho internacional*

El derecho internacional es, según la concepción corriente, un complejo de normas que regulan la conducta recíproca de los Estados, los sujetos específicos del derecho internacional. Qué signifique la afirmación de que los sujetos del derecho internacional son Estados, y si corresponde que sólo los Estados sean sujetos de ese derecho, es decir, que el derecho internacional sólo regule la conducta de Estados, será investigado más adelante. Aquí, por de pronto, se ha de responder a la cuestión de que el complejo de normas denominado derecho internacional —como en lo que antecede fue admitido sin mayor examen— es derecho en el mismo sentido que el derecho estatal, y, por ende, si en general puede ser objeto de una ciencia jurídica.

Conforme a la definición aquí expuesta del concepto de derecho, el llamado derecho internacional es derecho si constituye un orden coactivo de la conducta humana, presupuesto como soberano; cuando enlaza ciertos hechos que él determina, como condiciones de actos coactivos por él determinados, y, por lo tanto, cuando, como el derecho de un Estado, puede ser descrito en enunciados jurídicos.

Que el derecho internacional, en la medida en que regula el comportamiento de los Estados, norma conducta humana, es cosa que más adelante se mostrará. Aquí se pregunta si regula esa conducta de manera tal que, frente a una conducta determinada como delito reacciona con una sanción como consecuencia de lo ilícito. La pregunta decisiva es: ¿estatuye el derecho internacional actos coactivos como sanciones?

Se supuso hasta aquí que las sanciones específicas del derecho internacional son las represalias y la guerra. Que esta suposición se adecua a la reacción nombrada en primer término, es fácil de mostrar. Puesto que es un principio del derecho internacional general que cuando un Estado cree que algunos de sus intereses han sido lesionados por la conducta de otro Estado, queda facultado para adoptar represalias contra el mismo. Por represalias se entiende una intervención, prohibida por el derecho internacional bajo otras circunstancias, en la esfera de intereses de un Estado, intervención que se produce sin, o inclusive, contra la voluntad del Estado, siendo, en este sentido, un acto coactivo, aun cuando, por falta de oposición del Estado afectado, se produzca sin recurrir a la coacción física, es decir, sin utilizar la fuerza de las armas.

Con todo, no se excluye el empleo de coacción física. Las represalias pueden ser llevadas a cabo, cuando sea necesario, con utilización de fuerza armada; pero este acto coactivo conserva el carácter de una represalia sólo en tanto la acción del poder armado no tome, por su amplitud y su intensidad, el carácter de una guerra.

La diferencia entre una represalia efectuada con fuerza de armas y una guerra es sólo cuantitativa. La represalia es una intervención limitada a la lesión de determinados intereses, mientras que la guerra constituye una intervención ilimitada en la esfera de intereses de otro Estado. Por "guerra" ha de entenderse la acción llevada a cabo con poder armado, que un Estado dirige contra otro, sin tomar en consideración si se reacciona en contra suya con acción similar, es decir, con una guerra contraria.<sup>175</sup> Dado que las represalias sólo son admisibles como reacción por la lesión de determinados intereses de un Estado, por otro Estado, revisten el carácter de sanciones, y las lesiones de intereses que las condicionan, son violaciones del derecho internacional, es decir, delitos internacionales. De esa manera, el derecho internacional protege ciertos —no todos los posibles— intereses de los Estados que le están sometidos. Los intereses estatales protegidos por el derecho internacional general son justamente aquellos en cuyo respecto el derecho internacional autoriza al Estado, en caso de lesión, a dirigir represalias contra el Estado que lesione tales intereses. La intervención limitada en la esfera de intereses de un Estado, admisible como reacción contra una violación del derecho, es decir, como represalia, constituye, cuando no se suscita con ese carácter de reacción, un delito internacional ella misma. Esta intervención es, por consecuencia, o bien una sanción, o, cuando no es una sanción como reacción contra un delito, un delito.

¿Vale lo mismo para la intervención ilimitada en la esfera de intereses de un Estado que se designa como guerra? En este respecto, en la teoría se enfrentan dos posiciones diametralmente contrapuestas. Según la primera, la guerra no es ni delito ni sanción. Cualquier Estado puede, según el derecho internacional general, ir por cualquier motivo a la guerra, sin violar por ello el derecho internacional. Para la segunda, también conforme al derecho internacional, la fuerza sólo es admisible como reacción contra una lesión del derecho internacional, es decir, contra una violación de los intereses de un Estado, contra la cual este Estado está facultado por el derecho internacional general a reaccionar con represalia o guerra. Se trata del denominado principio del *bellum iustum*.

La opinión de que este principio es parte integrante del derecho internacional, se encontraba como fundamento ya de los tratados de paz que concluyeron la Primera Guerra Mundial y que sustentaron las normas constitutivas

<sup>175</sup> Cf. H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, 1952, pp. 25 y ss.

de la Sociedad de Naciones. Desde entonces, el principio se ha convertido, por el Pacto Briand-Kellogg y la Carta de las Naciones Unidas, indudablemente en contenido de tratados, entre los cuales uno, el Pacto Briand-Kellogg tuvo prácticamente a todos los Estados como partes, mientras que el otro —la Carta de las Naciones Unidas— pretende, en este respecto, tener validez para todos los Estados del mundo. Dados estos hechos, es hoy casi imposible sostener que, según el derecho internacional válido, un Estado que no se ha obligado convencionalmente a evitar emprender la guerra por el motivo que estime suficiente contra otro Estado, no viola el derecho internacional, es decir, pueda negar la validez general del principio del *bellum iustum*.<sup>176</sup> La tesis de que tanto la guerra como las represalias constituyen sanciones del derecho internacional, pareciera estar bien fundada.

Estas sanciones consisten, como las del derecho estatal, en la privación coactiva de la vida, la libertad y otros bienes de los hombres, en especial bienes económicos. En la guerra se matan hombres, son convertidos en inválidos, son hechos prisioneros, se destruye propiedad estatal y privada; por vía de represalias se confisca propiedad estatal o privada, y se lesionan otros bienes jurídicos. Estas sanciones del derecho internacional no se diferencian, por su contenido, de las del derecho estatal; pero se encuentran, como se dice, dirigidas contra el Estado. Si la guerra y las represalias tienen carácter de sanciones, y si esas sanciones son vistas como dirigidas contra el Estado, aunque en forma inmediata estén dirigidas contra seres humanos, ello quiere decir que el sufrir la sanción es atribuida al Estado, atribución imputativa con la que se expresa que los hombres que de hecho sufren el mal infligido por las sanciones, pertenecen al Estado, es decir, están sometidos al orden jurídico cuya personificación es el Estado como sujeto del derecho internacional, y que en tanto tal es el sujeto del delito internacional que configura la condición de la sanción.

#### b) *El derecho internacional como orden jurídico primitivo*

El derecho internacional exhibe en tanto orden coactivo el mismo carácter que el derecho estatal, distinguiéndose de éste con todo en cuanto muestra cierta semejanza con el derecho de las sociedades primitivas el no establecer, por lo menos como derecho general que obliga a todos los Estados, ningún órgano que funcione con división del trabajo. Se encuentra aún en una etapa de amplia descentralización. Está justamente en el inicio de un desarrollo que el derecho estatal ya ha dejado atrás. La formación de las normas generales se produce por vía de la costumbre o por vía de convención (tratado), es decir, por medio de los miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular. Y lo mismo sucede con respecto de la aplicación de las nor-

<sup>176</sup> Cf. *op. cit.*, pp. 33 y ss.

mas generales al caso concreto. Es el Estado mismo que cree que su derecho ha sido lesionado el que tiene que resolver si efectivamente se ha producido el hecho ilícito del cual otro Estado es responsable. Y si el segundo Estado niega la ilicitud afirmada, y no se logra ningún acuerdo entre las partes interesadas con respecto a la existencia del hecho ilícito, falta una instancia objetiva que tenga que resolver el litigio en un procedimiento jurídicamente regulado. Y por ende es el Estado mismo, lesionado en su derecho, el facultado para reaccionar contra el Estado autor de la lesión con el acto coactivo establecido por el derecho internacional general, con represalias o guerra. Se trata de la técnica de la autodefensa, de la cual también partió el desarrollo del orden jurídico de los Estados particulares.

### c) *La construcción escalonada del derecho internacional*

El derecho internacional está constituido por normas que originariamente fueron producidas mediante actos de los Estados —es decir, de los órganos competentes al respecto, conforme a los órdenes jurídicos de cada Estado—, para regular las relaciones interestatales, y ello, por vía de la costumbre. Son éstas las normas del derecho internacional general, que obliga y faculta a todos los Estados. Entre ellas, tiene especial significación la norma que corrientemente se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*. La misma faculta a los sujetos de la comunidad internacional a regular su comportamiento recíproco, es decir, a regular mediante tratados el comportamiento de sus órganos y de sus súbditos con respecto de los órganos y súbditos de los otros Estados. El procedimiento consiste en que, mediante la expresa conformidad de las voluntades de los órganos competentes al respecto de dos o más Estados, se producen normas mediante las cuales se obligan y facultan los Estados contratantes. El derecho internacional convencional (tratados) hoy vigente, prescindiendo de ciertas excepciones, tiene sólo carácter particular. Sus normas no valen para todos, sino sólo para unos o para un grupo, mayor o menor, de Estados. Constituyen únicamente comunidades parciales. Debe observarse que no debe considerarse al derecho internacional convencional particular y el derecho internacional consuetudinario general como grupos normativos coordinados. Dado que el fundamento del primero se encuentra en una norma perteneciente al segundo, ambos derechos se encuentran en la relación de una grada superior a una grada inferior. Y si se toman en cuenta también las normas jurídicas producidas por los tribunales internacionales y por otros órganos internacionales creados por tratado, aparece en la estructura del derecho internacional también una tercera grada. Puesto que la función de tales órganos productores de derecho internacional reposa a su vez en un tratado internacional, es decir, en una norma que pertenece a la segunda grada del derecho internacional. Como ésta —el derecho internacional producido por vía de tratados internacionales— reposa en una norma del

derecho internacional consuetudinario general, la grada relativamente superior, tiene que valer como norma fundante básica presupuesta del derecho internacional, una norma que, como ya se expuso anteriormente, establezca a la costumbre constituida por el comportamiento recíproco de los Estados como hecho productor de derecho.

d) *Obligación y facultamiento meramente mediato por el derecho internacional*

El derecho internacional obliga y faculta a los Estados. Obliga a los Estados a determinada conducta en tanto enlaza a la conducta contraria las sanciones señaladas anteriormente: represalias o guerra, prohibiendo de ese modo esa conducta como delito, y ordenando la contraria. El enlace del delito con la sanción no se produce de suerte que sólo determinados delitos tienen como consecuencia una de ambas sanciones, mientras otros delitos tienen la otra, sino de manera que el Estado lesionado en su derecho tiene opción entre ambas. Y no sólo ello, sino que, conforme al derecho internacional general, el Estado no está obligado, sino sólo facultado, a reaccionar con una sanción ante una lesión jurídica, es decir, a dirigir los actos coactivos, por lo demás prohibidos, contra el Estado que ha actuado en su respecto contra el derecho internacional violando así sus obligaciones. El derecho reflejo de un Estado, idéntico con la obligación que otro Estado tiene en su respecto, está provisto con el facultamiento del primero para adoptar contra el Estado que viola sus obligaciones las sanciones estatuidas por el derecho internacional. En ello reside su derecho subjetivo.

Se diferencia de un derecho subjetivo privado en que la sanción no tiene que ser primeramente ordenada por una sentencia judicial, y ejecutada luego por un órgano que funciona con división del trabajo, puesto que el Estado, en cuyo respecto la obligación fue violada, no tiene ningún poder jurídico, sino que tiene el poder jurídico de resolver por sí si corresponde dirigir, en el caso dado, una sanción contra un Estado que ha violado, en su respecto, su obligación, y el poder de ejecutar por sí esa sanción.

Ello no significa —como se supone comúnmente— que el derecho internacional no obligue ni faculte a seres humanos individuales. Dado que todo derecho es, esencialmente, regulación de conducta humana, ningún deber jurídico, ni ningún derecho subjetivo, puede tener otro contenido que conducta humana (estando otros hechos regulados sólo en conexión con conducta humana); ésta no puede ser otra cosa sino el comportamiento de seres humanos individuales. Que el derecho internacional obligue y faculte a los Estados significa a la postre que los seres humanos individuales sólo son obligados y facultados, no en forma inmediata como pasa en los órdenes jurídicos estatales particulares, sino sólo mediatamente, por intermedio del orden jurídico de cada

Estado (cuya expresión personificadora sólo es el "Estado"). La obligación y facultamiento del Estado por el derecho internacional tiene el mismo carácter que la obligación y facultamiento de una corporación como persona jurídica por el orden jurídico de un Estado en particular. El Estado es una persona jurídica y las normas del derecho internacional, mediante las cuales los Estados, en tanto tales, son obligados y facultados, son normas incompletas, normas que requieren ser completadas. Determinan sólo el elemento material, pero no el personal, de la conducta humana que necesariamente tienen como contenido. Determinan solamente aquello que debe hacerse u omitirse, pero no quién (es decir, qué ser humano individual) tiene que llevar a cabo la acción u omisión prescritas. La determinación de ese individuo es delegada por el derecho internacional en los órdenes jurídicos de cada Estado. La conducta de ese individuo, ordenada o prohibida por el derecho internacional, que representa el cumplimiento o incumplimiento de la obligación, y por ende, la obligación misma, es atribuida al Estado, es decir, referida a la unidad del orden jurídico estatal, en tanto esa conducta se encuentra determinada por el orden jurídico estatal como una función que el individuo desempeña en razón de la división del trabajo, actuando así como órgano del Estado. Lo mismo vale para la conducta consistente en el ejercicio del derecho reflejo y el uso de una autorización: reaccionar con una sanción (represalias o guerra) a la violación de la obligación que se identifica con el derecho reflejo. La atribución de una conducta prohibida por el derecho internacional al Estado, es decir, la admisión de una responsabilidad delictual internacional del Estado, no provoca dificultad alguna. El orden jurídico estatal puede perfectamente facultar a un órgano estatal, y hasta obligarlo, a producir una conducta a la cual el orden jurídico internacional enlaza una sanción. En un contexto anterior,<sup>177</sup> ya se apuntó la diferencia que se da al delito estatuido en este respecto, sea por el orden jurídico internacional, sea por un orden jurídico estatal.

Como se indicó, afirmar que la guerra y las represalias son sanciones del derecho internacional dirigidas contra el Estado, significa que el padecer los males de esas sanciones, que de hecho son sufridas por los hombres pertenecientes al Estado, es atribuido a la persona del Estado. La situación objetiva que se presenta puede ser expuesta en forma más realista sin recurrir a esta atribución ficticia. En tanto y en cuanto los delitos internacionales, que son condiciones de las sanciones, son cometidos por hombres que actúan como gobierno de los Estados, pero en tanto las sanciones no son dirigidas contra esos hombres, sino contra otros hombres, el significado del enunciado que dice que las sanciones se dirigen contra el Estado, puede ser reconocido como que las sanciones estatuidas por el derecho internacional general (guerra y repre-

<sup>177</sup> Cf. *supra*, pp. 305 y ss.

salias) constituyen una responsabilidad colectiva de los miembros del Estado por los delitos internacionales cometidos por el gobierno.<sup>178</sup>

Esta responsabilidad objetiva es una responsabilidad por el resultado, dado que el hecho ilícito en forma alguna es ejecutado por los individuos contra los cuales se dirige el acto coactivo de la sanción, y, por lo tanto, la lesión de intereses causada por ese hecho ilícito tampoco ha sido producida intencional o negligentemente por esos individuos.

También en lo que hace a esta responsabilidad colectiva se asemeja el derecho internacional general al derecho de una comunidad primitiva.

Las acciones bélicas constitutivas del hecho mismo de la guerra deberían estar dirigidas, según el derecho internacional general, sólo contra los miembros de las fuerzas armadas que son un órgano del Estado. Atribuir sus padecimientos al Estado sirve para expresar, pues, que están dirigidas contra un órgano del Estado; pero no está excluido que, en los hechos, esos actos afecten a seres humanos que no son miembros de las fuerzas armadas, lo que hoy, con la técnica actual bélica, no puede ya evitarse.

El sentido jurídico de esa peculiaridad del derecho internacional, según la cual éste sólo "obligaría y facultaría a Estados", o según la cual, sólo "los Estados son sujetos del derecho internacional", se agota en que el derecho internacional delega en los órdenes jurídicos estatales el determinar los individuos cuya conducta cumple o lesiona las obligaciones estatuidas por el derecho internacional, o ejercen los derechos estatuidos por el mismo. Lo que así se expresa es finalmente la obligación y facultamiento meramente mediatos, a saber: efectuado por intermedio de los órdenes jurídicos estatales particulares, de seres humanos individuales por el derecho internacional.

Por lo demás, cabe señalar que esta captación meramente mediata del comportamiento humano individual por el derecho internacional, es sólo la regla general. En este respecto, tanto en el terreno del derecho internacional consuetudinario general, como en el del derecho internacional particular convencional, hay muy notables excepciones, casos en que la norma internacional obliga inmediatamente a un individuo, en cuanto la norma internacional no sólo expone inmediatamente lo que debe hacerse u omitirse, sino también quién sea el individuo humano que tenga que llevar a cabo la conducta ordenada por el derecho internacional; casos, pues, en los cuales aparecen inmediatamente como sujetos del derecho internacional, seres humanos individuales.

<sup>178</sup> Muy característico es el recurso a esta atribución en una guerra civil. Los rebeldes no dicen que sus acciones, análogas a las bélicas, estén dirigidas contra el Estado, sino solamente que están dirigidas contra el gobierno contrario; es decir, no atribuyen el padecimiento del mal que sus actos ocasionan a hombres, al Estado. Pero el gobierno contra el cual, según lo dicho por los rebeldes, se dirige la acción revolucionaria, gobierno que, mientras se encuentre en control efectivo, es el gobierno legítimo, representante del Estado, calificará esa acción de acuerdo con los usos lingüísticos de algunas leyes penales, como "hostiles al Estado", es decir, como dirigidas contra el Estado.

Una obligación inmediata de individuos por el derecho internacional no se produce en los hechos de manera que se enlacen a determinada conducta de ese individuo las sanciones específicas del derecho internacional: represalia y guerra. Las obligaciones que el derecho internacional impone inmediatamente a individuos se constituyen a través de las sanciones específicas del derecho estatal: sanciones penales y ejecución civil. El derecho internacional puede dejar a un orden jurídico estatal el estatuir y ejecutar esas sanciones, como en el caso del delito internacional de piratería. Esas sanciones pueden estatuirse también en una norma producida mediante un tratado internacional, dejándose su aplicación al caso particular a un tribunal internacional creado por un tratado internacional, como en el caso del procesamiento penal de los delinquentes de guerra, conforme al acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945.

En la misma medida en que el derecho internacional penetra con sus regulaciones en materias que hasta ahora sólo se encontraban normadas por los órdenes jurídicos estatales particulares, tiene que reforzarse la tendencia al facultamiento y obligación inmediatas de los individuos. Con ello, y en igual medida, aparecerá, en lugar de la responsabilidad colectiva y por el resultado, una responsabilidad individual por la intención. Junto a ello se produce —lo que, presentemente, sólo se observa dentro de comunidades particulares de derecho internacional— la constitución de órganos centrales destinados a la producción y ejecución de normas de derecho. Esta centralización se refiere por de pronto —en entera semejanza con la evolución del orden jurídico de los Estados particulares— a la actividad jurisdiccional: tiende a la formación de una justicia (tribunales) internacional.

#### 43. *Derecho internacional y derecho estatal*

##### a) *La unidad del derecho internacional y del derecho estatal*

Todo el movimiento técnico-jurídico aquí señalado tiene, a la postre, la tendencia a borrar la línea divisoria entre el derecho internacional y el orden jurídico de cada Estado, de suerte que, como última finalidad de la efectiva evolución del derecho, orientada hacia una progresiva centralización, aparece la unidad organizadora de una comunidad universal dotada de un derecho mundial, es decir, la constitución de un Estado mundial. Por el momento, sin embargo, no cabe hablar de tal cosa. Sólo contamos con una unidad epistemológica de todo el derecho; es decir, cabe concebir al derecho internacional, junto con los órdenes jurídicos particulares de cada Estado, como un sistema unitario de normas, de igual modo que se acostumbra ver en los órdenes jurídicos estatales particulares una unidad.

A ello se contraponen la tesis tradicional que quisiera ver en el derecho internacional y en los derechos estatales particulares dos sistemas normativos dis-

tintos, entre sí independientes, aislados recíprocamente en tanto se funden en dos normas básicas diferentes. Esta construcción dualista —que quizás, habría que denominar “pluralista”, atendiendo a la multiplicidad de los órdenes jurídicos estatales particulares— es, sin embargo, insostenible por razones puramente lógicas, si es que ha de verse tanto en las normas del derecho internacional, como en los órdenes jurídicos estatales particulares normas simultáneamente válidas, a saber, como normas jurídicas. En esta concepción, también compartida por la doctrina dualista, aparece ya la exigencia epistemológica: concebir todo el derecho en un sistema, es decir, en un todo en sí encerrado desde un mismo punto de vista. En tanto el conocimiento jurídico pretende captar el derecho caracterizado como derecho internacional, así como también al material que se ofrece como derecho de un Estado particular, como derecho, tiene que hacerse cargo de la tarea —igualmente que la ciencia natural— de exponer su objeto como una unidad. El criterio negativo de esa unidad es la falta de contradicción. Este principio lógico también vale para el conocimiento en el dominio de las normas. No cabe describir un orden normativo de manera de afirmar que vale tanto la norma “A es debido”, como “A no es debido”. Lo que sobre todo interesa en la determinación de la relación entre derecho estatal y derecho internacional, es la cuestión de si entre ambos sistemas normativos pueden darse conflictos insolubles. Sólo si esta cuestión tiene una respuesta afirmativa, quedará excluida la unidad del derecho estatal y el derecho internacional. Sólo será posible entonces, en la práctica, una construcción dualista o pluralista de las relaciones entre derecho estatal y derecho internacional; pero entonces no cabría hablar de la simultánea validez de ambos. Tal cosa muestra la relación entre derecho y moral. Aquí de hecho son posibles tales conflictos, como cuando, por ejemplo, un determinado orden moral prohíbe en todas las circunstancias el dar muerte a un hombre, mientras que el orden jurídico positivo estatuye la pena de muerte, facultando al gobierno, bajo las condiciones determinadas por el derecho internacional, para iniciar la guerra. Entonces, quien considere al derecho como un sistema de normas válidas, tendrá que prescindir de la moral, y quien considere a la moral como un sistema de normas válidas, del derecho. Se expresa esto de alguna manera diciendo que, desde el punto de vista de la moral, la pena de muerte y la guerra están prohibidas, mientras que desde el punto de vista del derecho ambas son obligatorias o por lo menos permitidas. Así no se dice sino que no existe ningún punto de vista común desde el cual puedan verse la moral y el derecho como órdenes normativos válidos simultáneamente. “Nadie puede servir a dos señores.”<sup>179</sup> Si aparecieran conflictos insolubles entre el derecho internacional y el derecho estatal, y si fuera por ende inevitable una construcción dualista, toda vez que se considere al derecho estatal como un sistema de normas válidas, no podría tenerse por derecho al derecho internacional, no podría considerár-

<sup>179</sup> Mateo VI, 24.

sele un orden normativo obligatorio que tuviera validez simultáneamente con el derecho estatal. Las relaciones que tengan que examinarse sólo podrían ser interpretadas sea desde el punto de vista del orden jurídico estatal, sea desde el punto de vista del orden jurídico internacional. Mientras sea esto lo que la teoría supone que cree tener que admitir conflictos insolubles entre el derecho internacional y el derecho estatal, viendo en el derecho internacional no un derecho, sino una especie de moral internacional, nada habría que argüir lógicamente contra la misma. Pero la mayoría de los representantes de la teoría dualista se ven constreñidos a considerar tanto al derecho internacional como al derecho estatal, como órdenes jurídicos simultáneamente válidos, independientes entre sí en su validez y que pueden entrar recíprocamente en conflicto. Esta teoría es insostenible.

b) *Ningún conflicto entre el derecho internacional y el derecho estatal*

La concepción de que el derecho estatal y el derecho internacional son dos órdenes jurídicos entre sí distintos, independientes recíprocamente en su validez, encuentra justificación en lo esencial en la existencia de conflictos insolubles entre ambos. Una investigación más detallada muestra, sin embargo, que lo que se considera un conflicto entre normas del derecho internacional y las normas de un derecho estatal, no constituye un conflicto normativo, dado que la situación puede ser descrita en enunciados jurídicos que de ninguna manera se contradicen lógicamente.

Se ve, sobre todo, un conflicto semejante en el hecho de que una ley estatal puede oponerse a un tratado internacional, como, poniendo por caso, cuando un Estado está obligado por tratado a otorgar a los pertenecientes a una minoría los mismos derechos políticos que a los miembros de la mayoría, mientras que por ley de ese Estado se priva a los miembros de la minoría de todo derecho político, sin que esta oposición afecte la validez de la ley o la validez del tratado. Sólo que este hecho encuentra su analogía plena dentro del orden jurídico particular del Estado, sin que por ello se ponga en duda en forma alguna su unidad. También la denominada ley inconstitucional es una ley válida, permaneciendo así, sin que por ello la constitución sea suprimida o tenga que considerarse que ha sido enmendada. También la llamada sentencia *contra legem* es una norma válida, guardando validez en tanto y en cuanto no sea revocada por otra sentencia. Que la "contrariedad normativa" de una norma no significa un conflicto entre una norma inferior y una norma superior, sino sólo la anulabilidad de la norma inferior, o la punibilidad del órgano responsable, es cosa que ya fue puesta en claro anteriormente. Debe advertirse especialmente que el establecimiento de una norma "contraria a norma" puede ser un hecho delictivo al cual el orden jurídico enlace sus actos coactivos específicos como sanciones. También surge de lo anteriormente expuesto que el delito no es una

negación del derecho —como lo expresa la palabra “antijurídico”— sino que sólo constituye una condición específica a la que el derecho enlaza consecuencias específicas, sin que se dé, por lo tanto, contradicción entre lo llamado “antijurídico” y el derecho. De ahí que no aparezca ninguna dificultad lógica en que mediante un acto, calificado como delito, puedan producirse normas jurídicas válidas. La promulgación de la norma puede llevar a sanciones, pero la norma así establecida mantiene validez; es válida, no sólo en el sentido de que guarda validez hasta su eliminación mediante un acto jurídico cumplido en un procedimiento especial previsto por el orden jurídico para ese fin, sino también en el sentido de que aun en procedimiento semejante puede que de ninguna manera sea posible eliminarla, en cuanto el orden jurídico no prevé un procedimiento tal. Ése es el caso en la relación entre derecho internacional y derecho particular de un Estado. El sentido con el cual el derecho internacional obliga al Estado a cierto acto y, especialmente, a la promulgación de normas de determinado contenido, es simplemente que el acto contrario, o la promulgación de una norma estatal de contenido contrario, constituye condición a la cual el derecho internacional enlaza una sanción específica: la consecuencia de la ilicitud consistente en represalias o en la guerra. La norma dictada en el orden jurídico particular de un Estado, en “violación” del derecho internacional, permanece válida; y ello inclusive desde el punto de vista del derecho internacional. Puesto que éste no prevé procedimiento alguno mediante el cual se pueda anular la norma “contraria al derecho internacional” del orden jurídico particular de un Estado. Semejante posibilidad sólo se da en el terreno del derecho internacional particular. La relación del derecho internacional con la norma considerada contraria al derecho internacional es la misma que se da cuando entre una constitución estatal que —por ejemplo, en el catálogo de los derechos fundamentales— determine el contenido de las leyes futuras, y la ley que afecte esos derechos fundamentales, siendo así contraria a la constitución, siempre y cuando esa constitución no prevea ningún procedimiento mediante el cual se pueda eliminar, fundándose en su inconstitucionalidad, la ley en cuestión, limitándose a la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos por la producción de la denominada ley inconstitucional. La determinación del contenido de los órdenes jurídicos estatales particulares por el derecho internacional se produce en un sentido alternativo, de igual modo que la determinación del contenido de leyes futuras por una constitución que no establece ninguna jurisdicción de control de constitucionalidad. No queda excluida, pues, la posibilidad de un contenido distinto del prescrito, contenido distinto que es posible, justamente por ello, aun cuando sólo en una segunda línea, instaurar por delegación. Su descalificación se produce únicamente en tanto la promulgación de tales normas, pese a su validez, es caracterizada como un delito internacional. Ni éste, ni la norma por él creada, designada como “contraria al derecho internacional” se encuentran en contradicción lógica con

el derecho internacional. El supuesto de la unidad del derecho internacional y el derecho particular de cada Estado no encuentra, por lo tanto, obstáculos por esta vía.

c) *La relación recíproca de dos sistemas normativos*

La unidad entre el derecho internacional y el derecho estatal puede ser plau-teada, con todo, en el terreno epistemológico, de dos maneras distintas; y si se considera a ambos como órdenes de normas obligatorias simultáneamente válidas, ello sólo puede resultar de que se concibe a ambos, de una u otra manera, como un sistema describible en enunciados jurídicos no contradictorios.

Dos complejos normativos de tipo dinámico, como el orden jurídico internacional y un orden jurídico estatal, pueden configurar un sistema unitario en tanto se pone un orden como subordinado al otro, en cuanto uno de ellos contiene una norma que determina la producción de las normas del otro, encontrando éste en aquél su fundamento de validez. La norma fundante básica del orden superior constituye así el fundamento de validez del orden inferior, pero dos complejos normativos pueden configurar también un sistema normativo unitario en tanto ambos órdenes están entre sí coordinados, es decir, en cuanto aparecen recíprocamente delimitados en sus dominios de validez. Ello supone, con todo, un tercer orden superior que determine la producción de los otros dos, los delimite recíprocamente en sus dominios de validez y, de ese modo, los coordine. La determinación del dominio de validez es, como surge de lo anteriormente dicho, la determinación de un elemento del contenido del orden inferior por el superior. La determinación del procedimiento de producción puede efectuarse directa o indirectamente, sea que la norma superior determine ella misma el procedimiento mediante al cual se produce la inferior, sea que se limite a establecer una instancia facultada a producir normas con validez para un determinado dominio según su propia apreciación. En ese caso se habla de una delegación, y la unidad en que se encuentran ligados el orden inferior con el superior, constituye una relación de delegación. De ello ya deriva que la relación de un orden superior a varios órdenes inferiores por él delegados, tiene que ser de consuno la relación de un orden total con los órdenes parciales que él abarque. Puesto que si la norma que constituye el fundamento de validez del orden inferior es parte integrante del superior, cabe pensar entonces a aquél como un orden parcial contenido en éste, como orden total. La norma fundante básica del orden superior —como grada suprema del orden conjunto— constituye al fundamento de validez supremo de todas las normas, inclusive de las de los órdenes inferiores.

Si el derecho internacional y el derecho particular de los Estados configuran un sistema unitario, entonces sus relaciones recíprocas tienen que darse en una de las dos formas aquí desarrolladas. El derecho internacional tiene que ser

concebido como un orden jurídico delegado por un orden jurídico estatal, y por ende, encadenado a éste, o como un orden jurídico supraordinado a los órdenes estatales, que son su delegación, como un orden jurídico total que abarque a todos los órdenes estatales como órdenes jurídicos parciales. Ambas interpretaciones de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal constituyen una construcción monista. Una significa dar primacía al orden jurídico particular de los Estados, la otra, la primacía del orden jurídico internacional.

d) *La inevitabilidad de la construcción monista*

a) *El reconocimiento del derecho internacional por el Estado particular: la primacía del orden jurídico estatal.* Como ya se destacó, los representantes de una construcción dualista consideran al derecho internacional como un sistema de normas jurídicas obligatorias que poseen validez junto a las normas del derecho estatal. Por ello tienen que dar respuesta a la pregunta de por qué las normas del derecho internacional obligan a cada Estado, de cuál sea el fundamento de su validez. Para responder a ese interrogante, parten de la validez, presupuesta por ello como cosa evidente, del propio orden estatal. Pero si se parte de la validez de un orden jurídico estatal, se plantea la cuestión cómo pueda fundarse, con ese punto de partida, la validez del derecho internacional, debiendo entonces encontrarse ese fundamento de validez del derecho internacional en el orden jurídico estatal. Ello resulta suponiendo que el derecho internacional general sólo vale para un Estado cuando ese Estado lo ha reconocido como obligatorio para él, reconociéndolo tal como se encuentre configurado, por la costumbre, en el momento del reconocimiento. Ese reconocimiento puede producirse expresamente mediante un acto legislativo, o gubernamental, o bien tácitamente mediante la aplicación de hecho de las normas del derecho internacional, la concertación de tratados internacionales, el respeto de las inmunidades estatuidas por el derecho internacional, etcétera. Como ello, en los hechos, es efectuado por los Estados, el derecho internacional de hecho tiene validez para todos los Estados; pero sería sólo a través de este reconocimiento expreso o tácito como el derecho internacional adquiriría validez para el Estado. Esta concepción es la dominante en la ciencia jurídica anglonorteamericana, recibiendo expresión en las constituciones modernas que contienen disposiciones según las cuales el derecho internacional general adquiere validez como parte integrante del orden jurídico estatal, con lo cual el derecho internacional es reconocido y convertido en parte integrante del orden jurídico estatal de los Estados cuyas constituciones contienen semejante disposición. Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento del derecho internacional por un Estado particular no es una condición, que el derecho internacional de por sí esta-

blezca, que condicione su validez para el Estado particular. Ninguna norma del derecho internacional puede estatuir semejante condición, puesto que la validez de esa norma misma no puede depender de semejante condición; pero nada impide que los tribunales, y otros órganos de aplicación de derecho, sólo consideren al derecho internacional obligatorio para sus Estados cuando el Estado en cuestión lo ha reconocido como obligatorio. La consecuencia de esa concepción es que cuando un Estado no reconoce al derecho internacional como obligatorio para sí, el derecho internacional no tendría validez para ese Estado. La idea de que el derecho internacional no valga para un Estado, de que sus relaciones con otros Estados no estén sujetas al derecho internacional, no es irrealizable.

Según el derecho internacional válido, sólo es éste aplicable a la relación de un Estado con otra comunidad bajo la condición de que esa comunidad sea reconocida por el Estado como un Estado, en el sentido que le da el derecho internacional; debiendo observarse que no debe confundirse este reconocimiento de una comunidad como Estado, postulado por el derecho internacional —es decir, la comprobación de que una comunidad satisface las condiciones determinadas por el derecho internacional para que una comunidad pueda ser considerada como Estado en el sentido que tiene en el derecho internacional—, con el reconocimiento del derecho internacional por un Estado. Si para dar respuesta a la pregunta por el fundamento de validez del derecho internacional se parte de la validez del orden jurídico del propio Estado, al preguntarse por qué el derecho internacional vale para el orden jurídico válido considerado ya como Estado, no podría arribarse a otra respuesta sino a que el derecho internacional tiene que estar reconocido por ese Estado, para valer para él. En la pregunta misma se encuentra ya el supuesto de que el fundamento de validez del derecho internacional tiene que ser encontrado en el orden jurídico estatal; esto es, se supone la primacía del orden jurídico del propio Estado, lo que significa que se da por supuesta su soberanía, o, lo que significa lo mismo, se da por supuesta la soberanía del Estado en cuyo respecto se plantea la pregunta de la validez del derecho internacional.

Esta soberanía del Estado es el factor decisivo para la tesis de la primacía del orden jurídico estatal. La soberanía no es una propiedad perceptible, o reconocible objetivamente de otra manera, de un objeto real, sino un presupuesto: el presupuesto de un orden normativo como orden supremo no derivable, en su validez, de ningún orden superior. La pregunta de si el Estado es soberano no puede contestarse mediante una investigación de la realidad natural. La soberanía no es un máximo de poder real. Los Estados que, en comparación con las llamadas grandes potencias, no cuentan con ningún poder real digno de consideración, son tenidos como tan soberanos como esas grandes potencias. La pregunta de si un Estado es soberano es la pregunta de si se presupone al orden jurídico estatal como supremo. Ello se cumple cuando no

se considera al derecho internacional como un orden situado por encima del orden jurídico estatal, sino como un orden jurídico delegado por el orden jurídico estatal, es decir, cuando se considera que el derecho internacional sólo tiene validez para el Estado cuando es reconocido por éste. Ello es tan posible como es posible —aunque hoy ya no sea usual— considerar como válido para el ser humano individual sólo al orden jurídico estatal que sea reconocido por ese ser humano. Si se ve en el reconocimiento de ese orden por parte del individuo, para el cual ese orden estatal vale, el fundamento de validez del orden jurídico estatal, se está partiendo de la soberanía del individuo, de su libertad; así como, si se ve en el reconocimiento por el Estado particular el fundamento de validez del derecho internacional, se parte de la soberanía del Estado. Que el Estado sea soberano no significa sino que se da por supuesto que la promulgación de la primera constitución histórica es un hecho productor de derecho, sin que se efectúe referencia a una norma del derecho internacional que establezca a ese hecho como un hecho productor de derecho.

El derecho internacional que, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico estatal —o de la soberanía del Estado—, sólo vale en tanto un Estado lo ha reconocido como obligatorio para sí, no aparece por lo tanto como un orden jurídico supraestatal, ni tampoco como un orden jurídico independiente del orden jurídico estatal propio, como un orden jurídico aislado frente a éste, sino, en tanto es en general derecho, como una parte integrante del orden jurídico del propio Estado. Se le ha designado como “derecho externo”, partiendo del supuesto de que regula las relaciones del Estado hacia el “exterior”, de que regula sus relaciones con otros Estados. Pero el derecho internacional no puede ser definido por el objeto que sus normas regulan. Como ya se expuso, regula el derecho internacional no sólo el comportamiento de los Estados, y por ende, mediatamente, el comportamiento de los individuos, sino también lo hace inmediatamente. El derecho internacional sólo puede ser definido por el modo y manera en que se producen sus normas. Se trata de un sistema de normas jurídicas, producido por la costumbre entre los Estados, por tratados entre Estados y por órganos internacionales constituidos por tratados entre Estados. Si las normas así producidas sólo son consideradas válidas cuando, mediante su reconocimiento, se han convertido en parte integrante de un orden jurídico estatal, tendremos que su último fundamento de validez está dado por la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico, y, por lo tanto, la unidad del derecho internacional y del derecho estatal no proviene de la primacía del orden jurídico internacional, sino que se funda en la primacía del orden jurídico del Estado particular.

La necesidad de concebir al derecho internacional como un complejo de normas jurídicas válidas lleva a la construcción dualista al supuesto inevitable de que la validez del derecho internacional, con respecto de un Estado, de-

pende de su reconocimiento por ese Estado, supuesto que amenaza con la eliminación del derecho internacional. Puesto que si el derecho internacional sólo vale como parte integrante de un orden jurídico estatal, no puede ser un orden jurídico distinto, independiente en su validez de ese orden jurídico; y entonces no pueden suscitarse conflictos entre ambos, puesto que ambos reposan —para expresarlo en el lenguaje de la jurisprudencia tradicional— en la “voluntad” de un mismo Estado.

β) *La primacía del orden jurídico internacional.* El segundo camino por el que se alcanza el conocimiento de la unidad del derecho internacional y del derecho estatal, parte del derecho internacional como un orden jurídico válido. Si se parte, como se indicó en lo anterior, de la validez de un orden jurídico estatal, surge la cuestión de cómo fundar, en tal punto de partida, la validez del derecho internacional, lo que sólo puede efectuarse en cuanto se la funda en el reconocimiento por parte del Estado para el cual el derecho internacional tiene validez. Ello implica la primacía del orden jurídico estatal. Si se parte de la validez del derecho internacional, la cuestión que se plantea es cómo pueda fundarse, partiendo de ese punto, la validez del orden jurídico estatal; tendría que encontrarse el fundamento de validez en el orden jurídico internacional. Ello es posible porque, como ya se indicó en otro contexto,<sup>180</sup> el principio de efectividad, que es una norma del derecho positivo internacional, determina tanto el fundamento de validez, como los dominios de validez territorial, personal y temporal de los órdenes jurídicos estatales particulares, pudiendo concebirse a éstos como órdenes jurídicos parciales delegados por el derecho internacional, y, por ende, subordinados a éste y comprendidos por él en cuanto orden jurídico mundial universal, órdenes parciales cuya coexistencia en el espacio, su sucesión en el tiempo, justamente es jurídicamente posible a través del derecho internacional. Ello significa la primacía del orden jurídico internacional. La misma es compatible con el hecho de que la constitución de un Estado contenga una disposición según la cual el derecho internacional general debe valer como parte integrante del orden jurídico estatal. Si se parte de la validez del derecho internacional, que no exige ningún reconocimiento por parte del Estado, la mencionada disposición constitucional no significa que el derecho internacional adquiera validez para el Estado en cuestión, sino que, mediante una cláusula genérica, se le transforma en derecho estatal. Esa transformación es necesaria cuando los órganos del Estado, en especial sus tribunales, sólo están facultados por la constitución para aplicar derecho estatal, pudiendo solamente aplicar el derecho internacional cuando su contenido ha adquirido forma de derecho estatal —forma de ley, forma de ordenanza—, es decir, cuando se ha transformado

<sup>180</sup> Cf. *supra*, pp. 221 y s.

en derecho estatal. Si, por falta de semejante transformación, no pudiera aplicarse en un caso concreto la norma del derecho internacional que se refiere a ese caso, ello significaría, si se parte de la validez del derecho internacional, no que esa norma del derecho internacional no tuviera validez para el Estado, sino solamente que, si no la aplica y, por ende, si el comportamiento de ese Estado viola el derecho internacional, que ese Estado se hace susceptible de la sanción que el derecho internacional estatuye como consecuencia.

Dado que el derecho internacional regula el comportamiento de los Estados, es decir, que regula la conducta de los hombres que actúan, en mérito al orden jurídico estatal, como gobierno del Estado, el derecho internacional tiene que determinar qué sea un Estado para el derecho internacional; es decir, tiene que determinar bajo qué condiciones se considerará a ciertos hombres como gobierno del Estado, y, también, al orden coactivo en mérito al cual actúan, como un orden jurídico válido, y a sus actos, como actos del Estado, lo que implica considerarlos como actos jurídicos en el sentido del derecho internacional. El derecho internacional positivo determina que ciertos hombres tienen que ser considerados gobierno de un Estado cuando son independientes de otros gobiernos del mismo tipo y son capaces de establecer una obediencia duradera al orden coactivo, en mérito al cual actúan, por parte de los hombres cuya conducta ese orden coactivo regula; es decir, cuando ese orden coactivo relativamente centralizado, subordinado únicamente al derecho internacional, tiene eficacia en términos generales, siendo indiferente las maneras en que los hombres que, en mérito a ese orden, actúan como órganos gubernamentales, hayan llegado a sus puestos. Ello significa que la comunidad constituida por ese orden coactivo es un Estado, que el orden coactivo que la constituye es un orden jurídico válido en el sentido del derecho internacional. El derecho internacional estatuye además que el territorio de ese Estado, o el dominio territorial de validez del orden jurídico estatal, alcanza hasta donde ese orden es duraderamente eficaz; que todos los hombres que viven en ese territorio, con ciertas excepciones determinadas por el derecho internacional, están sujetos a ese orden estatal y a ningún otro. Ello significa que, según el derecho internacional, todo Estado puede presentarse en su aspecto de aparato represivo fundamentalmente sólo en su propio territorio, es decir, en el territorio que le concede el derecho internacional; o para decirlo sin metáforas: que el orden jurídico estatal de cada Estado sólo puede estatuir sus actos coactivos específicos con respecto del dominio de validez que le delimita el derecho internacional, y que esos actos coactivos sólo pueden ejecutarse, sin violación del derecho internacional, dentro de ese espacio. De esa manera se hace jurídicamente posible la coexistencia espacial de una multitud de Estados, es decir, la multiplicidad de órdenes coactivos; pero no sólo se trata de la coexistencia en el espacio, sino también de la sucesión en el tiempo, es decir, que también el dominio temporal de validez de los órdenes jurídicos particulares estatales

es determinado por el derecho internacional. El principio jurídico de la efectividad rige el comienzo y el fin de la validez jurídica del orden estatal. Comienzo y desaparición del Estado constituyen así, vistos desde este punto de vista, fenómenos jurídicos como los de la constitución y disolución de una sociedad con personalidad jurídica en el marco del derecho interno de un Estado. Pero también tiene importancia el derecho internacional en relación con el dominio material de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares. Dado que sus normas y, en especial, las producidas mediante tratados internacionales, pueden abarcar todo objeto posible y, por ende, también aquellos que hasta ahora fueron regulados por los órdenes jurídicos particulares de los Estados, el derecho internacional limita el dominio material de validez de éstos. Los Estados particulares guardan competencia, también conforme al derecho internacional, de normar básicamente todo; pero conservan esa competencia sólo en la medida en que el derecho internacional no se apodera de un objeto, sacándolo así de la esfera de la libre regulación por el orden jurídico particular del Estado. Éste no tendría ya, si se pone al derecho internacional como un orden jurídico supraestatal, ninguna competencia suprema. Sólo cuenta entonces con una pretensión de totalidad limitada por el derecho internacional; es decir, no está limitado de antemano por el derecho internacional a determinados objetos, como sucede con otros órdenes jurídicos o comunidades jurídicas inmediatamente reguladas por el derecho internacional y constituidas por tratados internacionales. El Estado aparece así determinado en todas las direcciones en su existencia jurídica por el derecho internacional, esto es, como un orden jurídico delegado por el orden jurídico internacional tanto en su validez, como en su dominio de validez. Sólo el orden jurídico internacional es soberano, y no algún orden jurídico estatal. Si se designa como "soberanos" a los órdenes jurídicos estatales, o a las comunidades por ellos constituidas, ello significa a la postre que sólo están subordinados al orden jurídico internacional; que dependen inmediatamente del derecho internacional.

Cabe esperar aquí el reproche de que no cabe concebir a un Estado particular como un orden delegado por el derecho internacional, dado que los Estados históricos, es decir, órdenes coactivos estatales particulares, tienen que haber precedido al surgimiento del derecho internacional general producido mediante la costumbre de los Estados. Sólo que este reproche reposa en la equivocada distinción entre la relación histórica de hechos y la relación lógica entre normas. También la familia es, en cuanto comunidad jurídica, más antigua que el Estado centralizado que comprende muchas familias; y sin embargo, la validez de los sistemas jurídicos familiares reposa hoy en el orden jurídico estatal. De igual modo, la validez de un orden jurídico provincial reposa en la constitución federal, aunque su existencia sea posterior temporalmente a la

de los Estados federales particulares, anteriormente independientes, que sólo posteriormente se constituyeron en un Estado federal. No debe mezclarse la relación histórica con la relación lógica normativa.

Si se parte del derecho internacional como un orden jurídico válido, entonces el concepto de Estado no puede ser definido sin referencia al derecho internacional. Visto desde ese ángulo, el Estado es un orden jurídico parcial, relacionado inmediatamente con el derecho internacional, relativamente centralizado, con dominios de validez territorial y temporal delimitados por el derecho internacional y, en lo referente al dominio material de validez, con una pretensión de totalidad sólo restringida por la ingerencia del derecho internacional.

γ) *La diferencia entre ambas construcciones monistas.* El derecho internacional, cuyo reconocimiento por el Estado, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico estatal, es la condición para su validez para ese Estado, y que, por lo tanto, sólo vale como parte integrante de un orden jurídico estatal, es, en cuanto a su contenido, el mismo derecho internacional que, desde el punto de vista de la primacía del orden jurídico internacional vale como un orden jurídico supraordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, que son sus delegaciones. La diferencia entre ambas construcciones monistas de la relación entre derecho internacional y derecho estatal concierne solamente al fundamento de validez del derecho internacional, y no a su contenido. Según la primera de ellas, que parte de la validez de un orden jurídico estatal, el fundamento de validez del derecho internacional está dado por la norma fundante básica presupuesta, según la cual la instauración de la primera constitución histórica del Estado, cuyo orden constituye el punto de partida de la construcción, es un hecho productor de derecho. Según la segunda, que no arranca de un orden jurídico estatal, sino del derecho internacional, el fundamento de validez de éste es la norma fundante presupuesta, según la cual la costumbre de los Estados constituye un hecho productor de derecho. La costumbre de los Estados es también hecho productor de derecho en el marco de un derecho internacional válido solamente como parte integrante de un orden jurídico estatal. Pero aquí no lo sería sólo en razón de una norma presupuesta, según la cual la costumbre de los Estados es un hecho productor de derecho, sino en mérito a un acto de reconocimiento establecido con una norma positiva cuyo fundamento de validez, en última instancia, está dado por la norma fundante básica presupuesta del orden jurídico estatal, que constituye el punto de partida de la construcción y en cuyo respecto el derecho internacional vale como una parte integrante.

Como en ambos casos el derecho internacional tiene el mismo contenido, también en ambos casos tiene las mismas funciones: determina a través de su principio de efectividad el fundamento de validez y el dominio de validez de los órdenes jurídicos estatales. Uno de esos órdenes estatales es el que sir-

ve de punto de partida para la construcción que presupone la primacía de ese orden jurídico estatal; aquel orden que, conforme a esta construcción, contiene como parte integrante al derecho internacional. Sólo puede tratarse de un orden jurídico estatal, sea él cual fuere. Si se considera al derecho internacional como parte integrante de un orden jurídico estatal, es menester distinguir entre el orden jurídico estatal en sentido estricto, y el orden jurídico estatal en sentido lato. El orden jurídico estatal en sentido estricto son las normas de la constitución del Estado y las normas establecidas, conforme a esa constitución, por actos legislativos, actos jurisdiccionales y por administración. El orden jurídico estatal en sentido lato es el orden jurídico que configura el punto de partida de la construcción, en tanto comprende también al derecho internacional reconocido, esto es, las normas producidas por la costumbre de los Estados y mediante tratados entre Estados. El derecho internacional que constituye parte integrante de este orden jurídico estatal, determina mediante su principio de efectividad el fundamento de validez de todo orden jurídico estatal, tanto los de aquellos que no son punto de partida de la construcción, como el de aquel que desempeña esa función y que tiene como parte integrante al derecho internacional. Pero en el último caso, el derecho internacional —como parte integrante del orden jurídico estatal en sentido lato— cumple su función sólo en relación con el orden jurídico estatal en sentido estricto. En consecuencia, la relación de ambas parte integrantes de este orden jurídico estatal en sentido lato, no puede ser vista como una relación de coordinación, sino como una relación de supra y subordinación. La parte de ese orden jurídico estatal que representa el derecho internacional se encuentra por encima de la parte que representa al orden jurídico estatal en sentido estricto. Metafóricamente ello se expresa diciendo que el Estado, que reconoce al derecho internacional, se somete de ese modo al mismo. Pero el principio de efectividad de la parte integrante del orden jurídico estatal que configura el derecho internacional, no es el último fundamento de validez de ese orden jurídico estatal en sentido estricto. Ese fundamento está dado por la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico, que simultáneamente es el último fundamento de validez del derecho internacional convertido en una parte integrante suya. Sólo entre ese orden jurídico estatal en sentido lato y el orden jurídico internacional incluido en él aparece la relación entre derecho internacional y derecho estatal, que aquí se designa como primacía del orden jurídico estatal.

Y también la otra función que el derecho internacional cumple mediante su principio de efectividad —la delimitación de los dominios de validez de los órdenes jurídicos estatales—, la cumple el derecho internacional como parte integrante de un orden jurídico estatal particular, pero sólo en relación con las otras partes integrantes de ese orden jurídico, un orden jurídico estatal en sentido estricto. El derecho internacional, como parte integrante de un orden jurídico estatal en sentido lato, sólo limita el dominio de validez del orden jurídico esta-

tal en sentido estricto. Y nuevamente aquí, tenemos que el principio de efectividad de este derecho internacional no es el último fundamento de validez de esa delimitación. Ese fundamento está dado por la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico estatal, que contiene como parte integrante al derecho internacional.

En la medida en que se tome en consideración a los restantes órdenes jurídicos estatales, desde el punto de vista del orden jurídico estatal que abarca al derecho internacional y que constituye el punto de partida de la construcción, corresponde distinguir su relación con el derecho internacional de aquella que se daría según la primacía del orden jurídico internacional, en tanto el principio de efectividad del derecho internacional no sería el fundamento último de su validez y de la limitación de su dominio de validez; el fundamento último, visto desde el ángulo del orden jurídico estatal, que constituye el punto de partida de la construcción, es la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico estatal. Este orden jurídico estatal —tomado en su sentido más amplio, que comprende al derecho internacional reconocido— sería, por ende, el único soberano en el sentido de un orden jurídico supremo sobre el cual ningún otro es presupuesto. Pero como, sin embargo, dentro de ese orden jurídico estatal en sentido lato, una parte integrante, a saber: el orden jurídico estatal en sentido estricto, está subordinada a la otra parte integrante, a saber: al orden jurídico internacional, resulta que el orden jurídico estatal en sentido estricto no es soberano, sino —al igual que los otros órdenes jurídicos estatales que no constituyen punto de partida de la construcción— un orden inmediatamente relacionado con el derecho internacional. Es mediante el derecho internacional, que es parte suya, que el orden jurídico estatal que constituye el punto de partida de la construcción, se convierte en un orden jurídico universal del cual todos los restantes órdenes jurídicos estatales, que él abarca, son sus delegaciones. El resultado final es el mismo que al que conduce la primacía del orden jurídico internacional: la unidad gnoseológica de todo derecho válido. Pero mientras que el punto de partida de la construcción, en el caso de la primacía del derecho internacional, sólo puede ser este mismo, el punto de partida de la construcción en el caso de la primacía del orden jurídico estatal puede ser —como ya se indicó— cualquier orden estatal, aunque sólo uno por vez. Y si la construcción de la relación entre derecho internacional y derecho estatal parte de un orden jurídico estatal, tiene que llegar a suponer la primacía de ese orden jurídico estatal; más, tiene que haber presupuesto ya esa primacía.

Como se subrayó, la elección de una u otra de ambas construcciones, referentes a la relación entre derecho internacional y derecho estatal, no tiene influencia alguna con respecto al contenido del derecho internacional. El derecho internacional, válido como parte integrante de un orden jurídico estatal, es idéntico por su contenido al derecho internacional que vale como un orden jurídico supraordinado a los órdenes jurídicos estatales. También el contenido

del derecho estatal permanece incólume, sea cual fuere la construcción de su relación con el derecho internacional. Se trata, pues, de un abuso de una u otra construcción cuando, como siempre pasa, se pretende deducir de ellas decisiones que sólo pueden alcanzarse con fundamento en el derecho internacional positivo o en el derecho estatal positivo. Así afirman los representantes de la primacía del orden jurídico internacional que el derecho internacional está por encima del derecho estatal, que constituye en su respecto un orden jurídico superior, lo que tendría como consecuencia que, en caso de conflicto entre ambos, el derecho internacional tendría prelación, es decir, que el derecho estatal que lo contradijera sería nulo. Como se ve de lo anteriormente expuesto, un conflicto normativo semejante entre el derecho internacional y el derecho estatal no puede presentarse. Una norma del derecho estatal no puede ser nula, sino solamente anulable, pudiendo ser anulada, por ser contraria al derecho internacional, sólo cuando el derecho internacional o el orden jurídico estatal prevén un procedimiento que conduzca a su anulación. El derecho internacional general no prevé procedimiento tal. El hecho de que se represente al derecho internacional como situado por encima del derecho estatal, no puede compensar la falta de la norma correspondiente. De que el derecho internacional esté por encima de los Estados se cree poder concluir que la soberanía del Estado se encuentra esencialmente limitada, pudiendo ser posible una organización jurídica mundial eficaz. La primacía del derecho internacional desempeña un papel decisivo en la ideología política del pacifismo. La soberanía del Estado —que excluye enteramente la primacía del derecho internacional— es algo enteramente diferente de la soberanía del Estado que el derecho internacional limitaría. La primera significa: autoridad jurídica suprema; la segunda: libertad de acción por parte del Estado. Esta segunda limitación se produce, a través del derecho internacional, tanto cuando éste es pensado como un orden jurídico supraestatal, como cuando es visto como un orden jurídico imbricado en el orden jurídico estatal. Una organización jurídica mundial eficaz es tan posible bajo el supuesto de una construcción, como bajo el de la otra.

Más aún que la primacía del derecho internacional, el supuesto de la soberanía del Estado fundada en la primacía del orden jurídico estatal es susceptible de tales abusos. De que el derecho internacional sólo valga por su reconocimiento por el Estado, y, por lo tanto, sólo como una parte integrante del orden jurídico estatal, o —lo que es lo mismo—, de que el Estado sea soberano, se infiere que el Estado no está necesariamente obligado a los tratados que ha celebrado; o que sería incompatible con su naturaleza someterse —incluso en tratado que hubiera celebrado— a la jurisdicción obligatoria de un tribunal internacional, o estar obligado por la decisión mayoritaria de un órgano colectivo, aun cuando ese órgano y sus procedimientos hayan sido establecidos mediante un tratado celebrado por el Estado. Así como la primacía del derecho

internacional desempeña un papel decisivo en la ideología pacifista, la primacía del derecho estatal, la soberanía del Estado lo tiene en la ideología imperialista. Y tanto aquí como allá la ambigüedad del concepto de soberanía favorece la situación. Si el Estado ha reconocido al derecho internacional y éste, por ende, vale para ese Estado, tenemos entonces que vale como si se tratara de un orden jurídico supraestatal. Tiene validez entonces la norma internacional que obliga a los Estados a cumplir los tratados concertados, sea cual fuere el contenido que hayan dado a las normas contractualmente producidas. No hay contenido que, según el derecho internacional, tenga que ser excluido de la norma producida por vía de tratado entre Estados, fundándose en su incompatibilidad con la naturaleza del Estado contratante, y especialmente, con su soberanía. El hecho de que la soberanía del Estado no esté limitada por ningún derecho internacional situado por encima suyo, es plenamente compatible con el hecho de que el Estado, que soberanamente ha reconocido al derecho internacional, convirtiéndolo en parte integrante del orden jurídico estatal, limite él mismo su soberanía, es decir ahora: su libertad de acción, al tomar a su cargo las obligaciones que estatuye el derecho internacional general y los tratados celebrados. La pregunta de hasta dónde puede limitar esta soberanía del Estado soberano el derecho internacional que él mismo reconoce, sólo puede contestarse fundándose en el contenido del derecho internacional, pero no deduciéndola del concepto de soberanía. La limitación de la soberanía estatal, como libertad de acción del Estado, no pone límite alguno al derecho internacional positivo. Mediante un tratado internacional puede crearse una organización internacional que sea tan centralizada que tenga ella misma carácter de Estado, de suerte que los Estados-partes en el tratado, que son miembros de la organización, pierden su carácter de Estados. Hasta dónde el gobierno de un Estado deba o pueda limitar la libertad de acción de su Estado mediante tratados internacionales, es asunto político. La respuesta no puede deducirse ni de la primacía del derecho internacional, ni de la primacía del derecho estatal.

#### *44. Iusvisión y concepción del mundo*

La oposición de ambas construcciones monistas de la relación del derecho internacional y del derecho estatal, es decir, los dos caminos mediante los cuales se intenta alcanzar la unidad gnoseológica de todo derecho válido, se encuentra en evidente paralelismo con la oposición existente entre una concepción del mundo subjetivista y una objetivista. Así como la concepción subjetivista parte del propio yo soberano, para concebir a partir de él al mundo externo, de suerte que éste no puede ser entendido como mundo externo, sino solamente como mundo interno, como representación y voluntad del yo, de igual modo la construcción denominada "primacía del orden jurídico estatal" parte del propio Estado soberano para concebir desde ahí al mundo

jurídico externo, el derecho internacional y los restantes órdenes jurídicos estatales, concibiendo así ese derecho externo sólo como un derecho interno, como parte integrante del orden jurídico del propio Estado. Así como la interpretación subjetivista, egocéntrica del mundo conduce al solipsismo, es decir, a la concepción de que sólo existe el propio yo como ente soberano, existiendo todo lo demás únicamente en él y a partir de él, también la primacía del orden jurídico del propio Estado lleva a que sólo se pueda concebir al propio Estado como soberano, puesto que la soberanía de un solo Estado, el propio, excluye la soberanía de todos los restantes Estados. En ese sentido, puede designarse la primacía del orden jurídico del propio Estado como un subjetivismo estatal, más, como un solipsismo estatal. Así como la concepción objetivista del mundo parte del mundo real exterior, para poder concebir al yo, no sólo al yo propio del observador, sino a todo yo, admitiendo al hacerlo a ese yo, no como un ente soberano, centro del mundo, sino como parte integrante del mundo, también la construcción designada como "primacía del orden jurídico internacional" parte del mundo jurídico externo, del derecho internacional en tanto orden jurídico válido, para concebir desde allí la existencia jurídica de los Estados particulares, admitiéndolos solamente, no como autoridades soberanas, sino como órdenes jurídicos parciales imbricados en el derecho internacional. Y así como el conocimiento científico del mundo de ningún modo es afectado por esta oposición, siendo el mundo, como objeto de ese conocimiento, el mismo, permaneciendo las mismas leyes naturales que lo describen, sea este mundo el mundo interior del yo, sea que el yo sea pensado como situado dentro del mundo, también la oposición entre ambas construcciones jurídicas no tiene influencia alguna sobre el contenido del derecho, ni en el del derecho internacional, ni tampoco en el del derecho estatal, permaneciendo idénticos los enunciados jurídicos con los cuales se describe su contenido, sea que el derecho internacional sea pensado como incluido en el derecho estatal, sea que el derecho estatal está incluido en el internacional.

También cabe comparar la oposición entre ambas construcciones jurídicas con la oposición que se da entre la imagen del mundo tolemeico, una imagen geocéntrica, y la imagen copernicana, heliocéntrica, del mundo. Así como, según una de las construcciones, el propio Estado se encuentra en el punto central del mundo jurídico, en la imagen tolemeica del mundo la tierra ocupa el punto central, alrededor del cual gira el sol. Así como según la otra construcción, es el derecho internacional el situado en el punto central del mundo jurídico, en la imagen copernicana del mundo, es el sol el punto central alrededor del cual gira nuestra tierra. Pero esta oposición entre dos imágenes astronómicas del mundo es sólo una oposición entre dos sistemas distintos de referencia. Max Planck<sup>181</sup> señala al respecto: "Si se adopta, por ejemplo, un

<sup>181</sup> Max Planck, *Vorträge und Erinnerungen*. Stuttgart, 1949, p. 311.

sistema de referencia firmemente ligado a nuestra tierra, entonces es menester afirmar que el sol se mueve en el firmamento; si se relega el sistema de referencia a una estrella fija, tendremos que el sol está en reposo. En la oposición entre estas dos formulaciones no tenemos ni una contradicción ni una oscuridad; se trata de dos formas distintas de ver las cosas. Según la teoría física de la relatividad, que actualmente bien puede considerarse posesión segura de la ciencia, ambos sistemas de referencia, y sus formas correspondientes de considerar las cosas, son igualmente correctos e igualmente justificados, siendo básicamente imposible encontrar, sin recurrir a una arbitrariedad, una medida o un cálculo que permita tomar una decisión a favor de uno de ellos." Lo mismo vale con respecto de las dos construcciones jurídicas referentes a la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal. Su oposición reposa en la diferencia entre dos sistemas de referencia distintos. Uno de ellos está fuertemente ligado al orden jurídico del propio Estado, el otro, al orden jurídico internacional. Ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos. La ciencia del derecho sólo puede exponerlos y establecer que, si ha de determinarse la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal, es necesario aceptar uno y otro de esos sistemas de referencia. La decisión a favor o en contra de uno u otro escapa a la ciencia del derecho. Sólo puede alcanzársela por consideraciones que no son científicas, sino que son políticas. Aquel que considere valiosa la representación de la soberanía de su Estado, porque se identifica con su Estado en un acto de autoconciencia exaltado, pondrá por delante la primacía del orden jurídico estatal a la del orden jurídico internacional. Quien valore más la idea de una organización jurídica mundial, preferirá la primacía del derecho internacional sobre la primacía del derecho estatal. Ello no significa, como ya se subrayó, que la teoría de la primacía del orden jurídico estatal sea menos favorable al ideal de una organización jurídica internacional, que la de la primacía del orden jurídico internacional. Pero parece ofrecer una justificación de una política que rechaza toda limitación amplia de la libertad de acción del Estado. Esta justificación reposa en una falacia, en la que juega, de manera subrepticia, un papel la ambigüedad del concepto de soberanía —una vez, como suprema autoridad jurídica, la otra, como libertad ilimitada de acción. Esta falacia —como se mostró— se ha convertido ya en una parte integrante ineludible de la ideología política del imperialismo, ideología que opera con el dogma de la soberanía del Estado. Lo mismo puede decirse —*mutatis mutandis*— con respecto de la preeminencia de la primacía del orden jurídico internacional. No es menos favorable que la primacía del orden jurídico particular del Estado al ideal de una soberanía ilimitada en lo posible, en el sentido de libertad de acción del Estado; pero parece más bien justificar una limitación amplia de esa libertad de acción estatal, que la tesis de la primacía

del orden jurídico estatal. También aquí tenemos una falacia, y también aquí esta falacia desempeña de hecho un papel decisivo en la ideología política del pacifismo.

Al descubrir la teoría pura del derecho esas falacias, al quitarles la apariencia de demostraciones lógicas que, en cuanto tales, serían irrefutables, reduciéndolas a argumentos políticos, que pueden enfrentarse con contraargumentos similares, deja la vía libre para uno u otro desarrollo político, sin postular o justificar ni al uno ni al otro. Puesto que, como teoría, frente a ellos es totalmente indiferente.

## VIII. LA INTERPRETACIÓN

### 45. *La esencia de la interpretación. Interpretación auténtica y no auténtica*

Quando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso en que más se piensa cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación al hecho concreto. Pero también tenemos una interpretación de la constitución en tanto corresponda aplicarla, mediante el procedimiento legislativo, al promulgar normas de emergencia o producir otros actos inmediatamente determinados por la constitución, en una grada inferior; y también tenemos una interpretación de los tratados internacionales o de las normas del derecho internacional general consuetudinario, cuando éste o aquél tienen que ser aplicados por un gobierno, por un tribunal u órgano administrativo internacional o nacional. Y hay también una interpretación de normas individuales, sentencias judiciales, decisiones administrativas, negocios jurídicos, etcétera, en suma: una interpretación de todas las normas jurídicas, en tanto deben recibir aplicación.

Pero también los individuos, que no tienen que aplicar el derecho, sino acatarlo al llevar a cabo la conducta que evita las sanciones, tienen que comprender las normas jurídicas que deben acatar, estableciendo para ello su sentido. Y, por fin, también la ciencia jurídica, cuando describe un derecho positivo, tiene que interpretar sus normas.

Tenemos así dos tipos de interpretación, que deben ser nítidamente distinguidas entre sí: la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente, por la ciencia del derecho. Aquí, por de pronto, sólo deberá tomarse en consideración la interpretación efectuada por el órgano de aplicación del derecho.

#### a) *Indeterminación relativa del acto de aplicación de derecho*

La relación entre una grada superior y una inferior del orden jurídico, como se da entre constitución y ley, o entre ley y sentencia judicial, es una relación de determinación o de obligación: la norma de grada superior regula —como ya se

expuso— el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de éste; determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaurará o del acto de ejecución que se cumplirá.

Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto. Hasta la orden más minuciosa tiene que dejar al ejecutor una cantidad de determinaciones. Si el órgano A dispone que el órgano B ponga en prisión al súbdito C, el órgano B tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, tampoco pudo prever.

b) *Indeterminación intencional del acto de aplicación de derecho*

Resulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada. La indeterminación puede ser justamente intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse. Así, la promulgación de una norma meramente general se efectúa siempre, conforme a su naturaleza, bajo el supuesto de que la norma individual que surgirá en su aplicación continuará el proceso de determinación que configura el sentido mismo de la secuencia graduada de normas jurídicas. Una ley sanitaria determina que, al estallar una epidemia, los habitantes de una ciudad tienen que adoptar, bajo ciertas penas, algunas medidas para evitar la expansión de la enfermedad. El órgano administrativo queda facultado para determinar esas medidas en forma distinta según se trate de enfermedades diferentes. La ley penal prevé para el caso de determinado delito, una pena pecuniaria o una pena de prisión, dejando al juez decidirse, en un caso concreto, por la una o la otra, fijando su medida; para esa determinación, la ley misma puede estatuir un límite superior y uno inferior.

c) *Indeterminación no intencional del acto de aplicación de derecho*

Pero la indeterminación del acto jurídico puede ser la consecuencia no buscada de la forma de ser de la norma jurídica que debe ser aplicada mediante el acto en cuestión. Tenemos aquí, en primer lugar, la ambigüedad de una palabra o de

una secuencia de palabras, mediante las cuales la norma se expresa: el sentido lingüístico de la norma no es unívoco; el órgano que tiene que aplicar la norma se encuentra ante varios significados posibles. La misma situación se presenta cuando quien tiene que aplicar la norma cree poder suponer una discrepancia entre la expresión lingüística de la norma y la voluntad a través de ella expresada de la autoridad que dictó la norma, aunque así permanezca indecisa la manera en que esa voluntad podría verificarse. En todo caso tiene que aceptarse la posibilidad de que se la investigue partiendo de otras fuentes distintas a la expresión lingüística de la norma, en tanto ésta puede considerarse que no corresponde a la voluntad del autor de la norma. La jurisprudencia tradicional reconoce en forma general la posibilidad de que la llamada voluntad del legislador, o la intención de las partes en un negocio jurídico no correspondan a las palabras utilizadas en la ley o en el negocio jurídico. La discrepancia entre voluntad y expresión puede ser completa, o bien sólo una discrepancia parcial. Esto último se produce cuando la voluntad del legislador o la intención de las partes corresponde por lo menos a uno de los varios significados que la expresión lingüística de la norma lleva consigo. La indeterminación del acto jurídico que haya de efectuarse puede resultar, por fin, como consecuencia del hecho de que dos normas, con pretensión simultánea de validez —por estar contenidas, por ejemplo, en una misma ley—, se contradicen total o parcialmente.

d) *El derecho aplicable como un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación*

En todo estos casos de indeterminación intencional o no de la grada normativa inferior, se ofrecen a la aplicación del derecho varias posibilidades. El acto jurídico que haya de cumplirse puede configurarse de tal suerte que corresponda a unos u otros de los diferentes significados lingüísticos de la norma jurídica; que corresponde a la voluntad establecida de alguna forma del legislador, o bien a la expresión que éste escogiera; que corresponda a una u otra de las normas que recíprocamente se contradicen, o bien, que se efectúe de tal suerte como si ambas normas contradictorias se hubieran recíprocamente eliminado. En todos estos casos el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación, con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible.

Si por "interpretación" se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a

varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal. Que una sentencia judicial esté fundada en ley no significa, en verdad, sino que se mantiene dentro del marco que la ley despliega; sino que es *una* de las normas individuales —y no *la* norma individual— que pueden ser producidas dentro del marco ofrecido por la norma general.

Con todo, cree la jurisprudencia tradicional que la interpretación no debe limitarse a determinar el marco del acto jurídico que haya de cumplirse, sino que puede esperarse de ella el satisfacer otra función más, inclusive se inclina a ver en ello su función principal. La interpretación debería desarrollar un método que posibilite completar correctamente el marco establecido. La teoría usual de la interpretación quiere hacer creer que la ley, aplicada al caso concreto, siempre podría librar sólo *una* decisión correcta, y que la “corrección” jurídico-positiva de esa decisión tiene su fundamento en la ley misma. Plantea el proceso de interpretación como si sólo se tratara en él de un acto intelectual de esclarecimiento o de comprensión, como si el órgano de aplicación de derecho sólo tuviera que poner en movimiento su entendimiento, y no su voluntad; y como si mediante una pura actividad del entendimiento pudiera encontrarse, entre las posibilidades dadas, una opción correcta según el derecho positivo, que correspondiera al derecho positivo.

#### e) *Los llamados métodos de interpretación*

Sólo que, desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable. No existe genéricamente ningún método —caracterizable jurídicopositivamente— según el cual uno entre los varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el “correcto”; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos interpretativos desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto. Inclinarsé a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad —por lo general, problemática— del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero. Si se presentara el caso de que dos normas de la misma ley se contradijeran, las posibilidades lógicas, antes recordadas, de aplicación del derecho se encontraría, desde el punto de vista del derecho positivo, en un pie de

igualdad. Es un esfuerzo inútil pretender fundar "jurídicamente" una de esas posibilidades con exclusión de las otras. Que el recurso interpretativo usual del argumento *a contrario* y a la analogía son enteramente carentes de valor ya surge suficientemente de la circunstancia de que ambos conducen a resultados contrapuestos, no existiendo criterio alguno para resolver cuándo deba recurrirse al uno o al otro. También el principio de la estimación de los intereses sólo es una fórmula, pero no una solución del problema que aquí se presenta. No da una patrón objetivo que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, y según el cual puedan resolverse los conflictos de intereses. En especial, ese patrón no puede extraerse de la norma interpretada, o de la ley que la contiene, o de la totalidad del orden jurídico, como afirma la doctrina del cotejo de intereses. Puesto que la necesidad de una "interpretación" resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa, por lo tanto, que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente al acto que se efectúe de producción de normas, por ejemplo, a la sentencia judicial.

#### 46. *La interpretación como acto de conocimiento o de voluntad*

La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación. La pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta", en el marco del derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la constitución, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación, la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre estos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad, consistiendo exclusivamente en que la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley, es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero éste también es creador de derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función. Por ello el alcanzar una norma individual a través del proceso de aplicación de la ley, es, en tanto se cumple dentro del marco de la norma general, una

función volitiva. En tanto en la aplicación de la ley, por añadidura de la determinación necesaria del marco dentro del cual debe cumplirse el acto que se efectuará, puede tener lugar una actividad cognoscitiva del órgano de aplicación, no se trataría de un conocimiento del derecho positivo, sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: "bien común", "interés del Estado", "progreso", etcétera. Desde el punto de vista del derecho positivo nada cabe decir sobre su validez y verificabilidad. Desde ese punto de vista, tales especies de determinación sólo pueden ser caracterizadas negativamente: son determinaciones que no provienen del derecho positivo mismo. En relación con ellas, la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etcétera; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas.

Si hubiera que caracterizar no sólo la interpretación de la ley por parte de los tribunales u órganos administrativos, sino en forma enteramente general, la interpretación del derecho por los órganos de aplicación del derecho, habría que decir: en la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra. Con ese acto o bien se produce una norma jurídica de nivel inferior, o se lleva a cabo el acto coactivo estatuido por la norma jurídica aplicable.

Es por ese acto volitivo que la interpretación del derecho efectuada por el órgano de aplicación se distingue de toda otra interpretación, en especial, de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica.

La interpretación que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica. Crea derecho. Por cierto que se habla sólo de interpretación auténtica cuando la misma adopta la forma de una ley, o de un tratado internacional, teniendo carácter general, es decir, creando derecho no sólo para un caso concreto, sino para todos los casos iguales, y ello, cuando el acto considerado como interpretación auténtica constituye la producción de una norma general. Pero también es auténtica, es decir, creadora de derecho, la interpretación realizada por un órgano de aplicación de derecho cuando crea derecho para un caso concreto, es decir, cuando el órgano produce sólo una norma individual o ejecuta una sanción. Debe tenerse en cuenta que por vía de interpretación auténtica, es decir, de interpretación de una norma por el órgano jurídico que tiene que aplicarla, no sólo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma

aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable.

Mediante una interpretación auténtica semejante puede crearse derecho no sólo en el caso en que la interpretación tenga carácter general, es decir, cuando se da una interpretación auténtica en el sentido usual de la palabra, sino también en el caso en que el órgano de aplicación de derecho produce una norma jurídica individual; tan pronto el acto del órgano de aplicación de derecho no puede ser dejado sin efecto, por haber adquirido fuerza de cosa juzgada. Que muchas veces se cree nuevo derecho por vía de semejante interpretación auténtica —especialmente por tribunales de última instancia— es un hecho bien conocido.

De la interpretación efectuada por un órgano de aplicación del derecho, se distingue aquella otra interpretación que no es auténtica, es decir, que no crea ningún derecho.

Cuando un individuo acata una norma jurídica que regula su comportamiento, es decir, cuando quiere cumplir la obligación jurídica que una norma le impone, haciendo efectiva la conducta a cuya contraria la norma jurídica enlaza una sanción, también ese individuo, cuando su conducta no se encuentra determinada unívocamente en la norma que tiene que acatar, tiene que optar entre distintas posibilidades, pero esa opción no es auténtica. No tiene fuerza obligatoria para el órgano que aplique esa norma jurídica, corriendo por ende peligro de ser vista como errónea por ese órgano, de suerte que la conducta así llevada al cabo por el individuo puede ser juzgada como un delito.

#### 47. *La interpretación en la ciencia del derecho*

Pero, sobre todo, corresponde distinguir de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica de la interpretación realizada por órganos jurídicos. Es aquella pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas. No es, a diferencia de la interpretación de los órganos jurídicos, una producción de derecho. La tesis de que es posible, mediante una mera interpretación intelectual cognoscitiva del derecho válido, lograr derecho nuevo, es el fundamento de la llamada jurisprudencia de conceptos, rechazada por la teoría pura del derecho. De ahí que la pura interpretación cognoscitiva que realiza la ciencia jurídica es también incapaz de colmar las lagunas que se afirma existen en el derecho. El colmar una de las llamadas lagunas del derecho es una función de producción de derecho, que sólo puede ser cumplida por un órgano de aplicación de derecho<sup>182</sup> y esta función no se cumple por vía de la interpretación del derecho válido.

<sup>182</sup> Cf. *supra*. pp. 251 y ss.

La interpretación jurídico-científica no puede sino exponer los significados posibles de una norma jurídica. Como conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas, teniendo que dejar esa decisión al órgano jurídico competente, según el orden jurídico, para aplicar derecho. El abogado que, en interés de su parte, sólo invoca ante el tribunal una de las varias interpretaciones posibles de la norma jurídica aplicable al caso; el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única "correcta", no cumplen una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política. Tratan de ganar influencia sobre la producción del derecho. Naturalmente ello no les puede ser negado. Sólo que no deben hacerlo en nombre de la ciencia del derecho, como suele suceder con harta frecuencia. La interpretación científico-jurídica tiene que evitar con el mayor cuidado la ficción de que una norma jurídica siempre admite sólo un sentido, el sentido "correcto". Se trata de una ficción de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica. Dada la multiplicidad de sentidos de la mayoría de las normas jurídicas, este ideal sólo puede cumplirse aproximadamente. No se negará que esta ficción del sentido unívoco de las normas jurídicas puede tener grandes ventajas desde algún punto de vista político. Pero ningún prejuicio político puede justificar que se haga uso de esa ficción en una exposición científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación científica del derecho positivo, al proclamarse una interpretación, que desde un punto de vista subjetivo-político es más deseable que otra interpretación, lógicamente igualmente posible, como la única correcta desde un punto de vista científico-objetivo. Puesto que así se presenta lo que sólo es un juicio de valor político, falsamente como una verdad científica. Por lo demás, la estricta interpretación científica de una ley estatal, o de un tratado internacional, que exhiba, fundándose en un análisis crítico, todos los significados posibles, inclusive los políticamente indeseados, y quizás ni siquiera previstos por el legislador y por las partes contratantes, pero incluidos en el tenor literal de las normas que ellos escogieran, puede tener un efecto práctico que exceda en mucho a la ventaja política de la ficción de univocidad: semejante interpretación científica puede mostrar a la autoridad que establece el derecho, hasta qué punto su labor se mantiene por detrás de las exigencias técnico-jurídicas de formular las normas de derecho en la forma más unívoca posible, o de formularlas de tal suerte que la multiplicidad de sentidos inevitable se restrinja a un mínimo, intentándose así el grado posible mayor de seguridad jurídica.

## NOTA DEL TRADUCTOR:

Existe en castellano una tradición bastante asentada con respecto de la forma de traducir el léxico y los giros del lenguaje kelseniano. Esa tradición se remonta, quizás, a las primeras traducciones, en la década del 30, de Luis Recaséns Siches y Luis Legaz y Lacambra. Con respecto a las primeras versiones de este libro, esa tradición confluye en la traducción de la primera versión, realizada por Jorge G. Tejerina, publicada en Buenos Aires en 1941. La traducción posterior de la segunda versión, también publicada en Buenos Aires, tiene el inconveniente, como la traducción de Eduardo García Máynez de la *General Theory of Law and State*, de ser traducciones indirectas, del francés y el inglés respectivamente, dado que los originales no son conocidos. Entiendo que esta respetable tradición ha ocasionado, sin embargo, algunos problemas, inevitables quizás, derivados de la selección de cierta terminología o de las connotaciones diferentes que los términos tienen en alemán y en castellano.

Baste señalar la innumerable literatura producida alrededor de la distinción entre el “ser” y el “deber ser”, traducciones usuales de los verbos *sein* y *sollen* que Kelsen utiliza sistemáticamente. Parece evidente hoy que el giro, gramaticalmente dudoso, “deber ser” no corresponde al simple verbo auxiliar *sollen*. En esta traducción se evita utilizar tal “deber ser”, recurriéndose, en lo posible, al verbo modal castellano “deber”. Ha de entenderse, pues, que cuando Kelsen habla de *das Sollen* no está refiriéndose a una misteriosa entidad: “el Deber Ser”, de alguna suerte contrapuesta a otra entidad metafísicamente muy prestigiosa: “el Ser”, sino que está utilizando simplemente el infinitivo del verbo auxiliar “deber” como un sustantivo verbal. Lo mismo es posible, sin mayúsculas ni hipótesis, en castellano. Giros hay, por cierto, donde las dificultades de traducción se agravan, como cuando Kelsen habla de *Soll-normen*, como si las hubiera sin ese sentido modal. He recurrido libremente, para traducir tales términos, al adjetivo “deóntico” que desde los escritos de G. von Wright se ha hecho común.

He evitado también —salvo cuando expresamente Kelsen recurre a términos como *schöpfen*— hablar de “creación de derecho”. Entiendo más adecuada, y, sobre todo, menos susceptible de interminables discusiones ideológicas y lingüísticas, la traducción: “producción de derecho”, que inclusive etimológicamente se atiende a la terminología kelseniana. En otros casos, en cambio, como en los capítulos referentes a la personalidad jurídica de entidades individuales o colectivas, no he creído necesario uniformar el variado vocabulario

que Kelsen emplea sin mayor rigor: ¿quién podría decir cuáles son los matices diferenciales entre *Gemeinschaft*, *Verein*, *Körperchaft*, etcétera? *Grundnorm* es traducido como “norma fundante”, para evitar la connotación de importante que “fundamental” tiene en castellano y disminuir la tentación de confundir la *Grundnorm* con la constitución positiva. *Zurechnen* por su parte, es traducido, generalmente, por “atribuir”.

Otro ejemplo al canto es la palabra *bestimmt*, seguramente la más utilizada por Kelsen. “Determina”, “especifica”, “define”, y otras son todas traducciones posibles. Para Kelsen, las normas “determinan” la conducta humana, la sanción “determina” el acto antijurídico, la norma superior “determina” la producción de la inferior, la eficacia “determina” la validez, la norma fundante básica “determina” la validez de ciertas normas positivas, el conocimiento teórico “determina” la existencia epistemológica de su objeto. Nadie podría decir qué haya de entenderse estrictamente con esta palabrita mágica: *bestimmt* . . . Quizás uno de los secretos de la teoría pura del derecho esté en que aún no se ha revelado cuál sea su idea de determinación.

Algo más me interesa señalar, aunque más no fuera que como excusa. El texto kelseniano se caracteriza por una excesiva, machacona redundancia. No hay página donde no se diga una y otra vez, por ejemplo, que una “norma jurídica enlaza una sanción, como acto coactivo, a un hecho también determinado por el orden jurídico”. No he creído bueno eliminar ese rasgo estilístico que el castellano reproduce difícilmente. La prosa de Kelsen, por cierto, no exhibe, en sus últimas obras, una ligereza estilística que no he intentado introducir en la versión castellana, tercamente literal. No se busque, pues, en castellano, lo que no está tampoco en el original alemán. Además deseo señalar que el lenguaje que utilizo es el usual en los medios académicos de mi patria y, sin duda, exhibirá regionalismos no usuales en otros países de la lengua. Pero creo preferible ello —como el propio Kelsen lo hace con sus regionalismos austriacos—, a recurrir a una especie de *koiné* neutral que nadie habla. No creo que los eventuales localismos dificulten gravemente la comprensión del texto.

He traducido, por fin, el nombre oficial de la teoría, *Reine Rechtslehre*, conforme a la tradición: *Teoría Pura del Derecho*. Pero quizás no sea ocioso señalar que en la primera línea misma del texto, Kelsen distingue terminológicamente entre su doctrina (*Lehre*) y la teoría (*Theorie*) del derecho positivo. El matiz se pierde con la traducción recibida, a la cual me atengo.

Buenos Aires, octubre de 1975