

HANS Kelsen

TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO
Y DEL ESTADO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

HANS KELSEN

TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO
Y DEL ESTADO

Traducción

EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
México 1995

Primera edición: 1949
Segunda edición: 1958
Primera reimpresión: 1969
Segunda reimpresión: 1979
Tercera reimpresión: 1983
Cuarta reimpresión: 1988
Quinta reimpresión: 1995

DR © 1995, Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México
ISBN 968-58-0541-5

PROLOGO

El presente libro tiene por objeto formular nuevamente, más bien que volver a publicar, pensamientos e ideas anteriormente expuestos en alemán y en francés.¹ El propósito ha sido doble: en primer término, presentar los elementos esenciales de lo que el autor ha denominado la "teoría pura del derecho", en forma tal que esos elementos resulten más accesibles a quienes se han educado en las tradiciones y atmósfera del Common Law; en segundo lugar, dar a tal teoría una formulación que la haga capaz de abarcar tanto los problemas e instituciones de los derechos inglés y norteamericano, como los de los países de derecho escrito, para los que fue originariamente formulada. El autor confía en que esta nueva formulación haya podido traducirse en un perfeccionamiento.

La doctrina que será expuesta en la parte principal de esta obra es una teoría general del derecho positivo. El derecho positivo es siempre el derecho de una comunidad determinada: el derecho de los Estados Unidos, el de Francia, el mexicano, el internacional. Realizar una exposición científica de estos órdenes jurídicos particulares constitutivos de las correspondientes comunidades jurídicas, es el propósito de la teoría general del derecho contenida en este tratado. Dicha teoría, resultado de un análisis comparativo de los distintos ordenamientos jurídicos positivos, ofrece los conceptos fundamentales que permiten describir el derecho positivo de una comunidad jurídica determinada. El objeto de estudio de una teoría general del derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos.

Como el objeto de esta teoría general del derecho es permitir al jurista que se ocupa de un orden jurídico particular —ya se trate del abogado, del

¹ *Allgemeine Staatslehre* (1925); *Théorie Générale du Droit International Public* (1928); *Reine Rechtslehre* (1934).

juez, del legislador o del profesor de derecho— entender y describir en la forma más exacta posible su propio derecho positivo, tal teoría tiene que derivar sus conceptos exclusivamente del contenido de las normas jurídicas positivas. No debe hallarse influida por los motivos o intenciones del legislador o por los deseos o intereses de los individuos con respecto a la formación del derecho a que se encuentran sujetos, excepto en la medida en que esos motivos o intenciones, esos deseos o intereses, se manifiestan en el material producido por el proceso de la legislación. Lo que no logre encontrarse en el contenido de las normas jurídicas positivas, no puede formar parte de un concepto jurídico. La teoría general, tal como es presentada en este libro, se dirige a un análisis estructural del derecho positivo, más que a una explicación psicológica o económica de sus condiciones, o a una estimación moral o política de sus fines.

Cuando esta doctrina es denominada "teoría pura del derecho", se quiere expresar con ello que se la ha mantenido libre de todos los elementos extraños al método específico de una ciencia cuyo exclusivo propósito es el conocimiento del derecho, no la formación del mismo.²

La ciencia tiene que describir su objeto tal como realmente es, y no prescribir cómo debiera o no debiera ser desde el punto de vista de determinados juicios estimativos. Este último es un problema político y, como tal, concierne al arte del gobierno, que es una actividad dirigida hacia valores, no un objeto de la ciencia, ya que ésta estudia realidades.

Sin embargo, la realidad a que la ciencia del derecho se refiere, no es la realidad que constituye el objeto de la ciencia natural. Si es necesario separar la ciencia jurídica de la política, no es menos necesario separarla de la ciencia natural. Una de las tareas más difíciles de una teoría general del derecho es determinar la realidad específica de su objeto, mostrando la diferencia que existe entre la realidad jurídica y la realidad natural. La realidad específica del derecho no se manifiesta en la conducta real de los individuos sometidos al orden jurídico. Tal conducta puede hallarse o no de acuerdo con el orden cuya existencia constituye la realidad en cuestión. El orden jurídico determina cómo debe ser la conducta de los hombres. Es un sistema de normas, un orden normativo. El comportamiento de los individuos, tal como realmente es, se encuentra determinado por leyes de la naturaleza, de acuerdo con el principio de causalidad. Este comportamiento es una rea-

2 Cf. mi estudio *The Function of the Pure Theory of Law*, en *Law, A Century of Progress, 1835-1935; Contributions in Celebration of the 10th. Anniversary of the Founding of the School of Law of the New York University* (1937), 231-241.

lidad natural. Y en la medida en que la sociología trata esta realidad en cuanto determinada por leyes causales, tal disciplina es una rama de la ciencia natural. La realidad jurídica, la existencia específica del derecho, se manifiesta a sí misma en un fenómeno que suele designarse con el nombre de positividad del derecho. El objeto específico de la ciencia jurídica es el derecho real o positivo, en oposición a un derecho ideal, meta de la política. Así como la conducta real de los individuos puede corresponder o no a las normas del derecho positivo que la regulan, el derecho positivo puede corresponder o no a un derecho ideal, que se presenta como encarnación de la justicia o derecho "natural". La realidad del derecho positivo aparece precisamente en esta su relación con el derecho ideal, llamado "natural" o justo.

La teoría pura del derecho no considera su objeto como una copia más o menos imperfecta de una idea trascendente. No pretende concebir el derecho como creación de la justicia, o como criatura humana de un progenitor divino. La teoría pura del derecho insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendente, excluyendo a esta última de su objeto específico. No ve en el derecho la manifestación de una autoridad sobrehumana, sino una técnica social específica basada en la humana experiencia; la teoría pura del derecho se niega a ser una metafísica jurídica. Consecuentemente, no busca la base del derecho —esto es, la razón de su validez— en un principio metajurídico, sino en una hipótesis jurídica— es decir, en una norma básica que debe establecerse por medio de un análisis lógico del pensamiento jurídico real.

Casi toda la ciencia jurídica tradicional se caracteriza por su tendencia a confundir la teoría del derecho positivo con ideologías políticas, disfrazadas unas veces con el ropaje de la especulación metafísica acerca de la justicia, otras con el de la doctrina del derecho natural. La ciencia jurídica tradicional confunde el problema de la esencia del derecho —esto es, la cuestión acerca de lo que el derecho realmente sea— con la cuestión acerca de lo que debiera ser. Esa teoría se inclina más o menos a identificar el derecho con la justicia. Por otra parte, algunas teorías jurídicas tienden a ignorar la línea divisoria que separa la teoría de las normas jurídicas que regulan la conducta humana, de la ciencia que explica en forma causal el comportamiento real de los hombres, y esa tendencia implica la confusión del problema de cómo deben los hombres conducirse jurídicamente con el de cómo se conducen en realidad y habrán probablemente de conducirse en lo futuro. Si la última cuestión es soluble, solamente podrá serlo sobre la base de una

sociología general. Fundirse con esta última disciplina parece ser la ambición de la ciencia jurídica moderna. Pero únicamente separando la teoría del derecho de la filosofía de la justicia y de la sociología, será posible establecer una ciencia jurídica específica.

La orientación de la teoría jurídica pura es, en principio, la misma de la llamada jurisprudencia analítica. A semejanza de lo que hace John Austin en su famoso libro *Lectures on Jurisprudence*, la teoría pura del derecho trata de obtener sus resultados exclusivamente a través de un análisis del derecho positivo. Toda afirmación sostenida por la ciencia jurídica tiene que hallarse fundada en un orden jurídico positivo o en la comparación del contenido de ordenamientos diversos. La ciencia jurídica se distingue de la filosofía de la justicia y de la sociología jurídica, en cuanto se ciñe a un análisis estructural del derecho positivo, única forma en que puede lograr la pureza de su método. En este respecto no hay diferencia esencial entre la jurisprudencia analítica y la teoría pura del derecho. Las divergencias se deben a que la teoría jurídica pura trata de desenvolver el método de la jurisprudencia analítica en una forma más consistente que la seguida por Austin y sus partidarios. Lo dicho resulta especialmente verdadero en relación con conceptos fundamentales como los de norma jurídica, por una parte, y derecho subjetivo y deber jurídico, por la otra, que en la ciencia jurídica francesa y alemana se presentan como un contraste entre el derecho en sentido objetivo y en sentido subjetivo; y, por último, en lo que respecta a la relación entre derecho y Estado.

Austin comparte la opinión tradicional de que el derecho y el Estado son dos entidades diferentes, aun cuando no va tan lejos como la mayoría de los juristas, que conciben al Estado como creador del derecho, como el poder y autoridad moral detrás de éste, como el dios del mundo jurídico. La teoría pura del derecho muestra el verdadero significado de estas figuras de lenguaje. Enseña que el Estado, como orden social, tiene que identificarse necesariamente con el derecho o, cuando menos, con un orden jurídico específico, relativamente centralizado, es decir, con el orden jurídico nacional, en oposición al internacional, que es un orden altamente descentralizado. La teoría pura del derecho no sólo elimina el dualismo de derecho y justicia y el de derecho objetivo y derecho subjetivo, sino que suprime también el que suele establecerse entre derecho y Estado. Al proceder de este modo hace de la teoría del Estado una parte integrante de la teoría del derecho, y postula la unidad del derecho nacional y el derecho internacional dentro de un sistema jurídico que abarca todos los ordenamientos jurídicos positivos.

La teoría pura del derecho es una teoría monista. Pone al descubierto que el Estado, concebido como ser personal, no es, en el mejor de los casos, sino la personificación del orden jurídico nacional y, de manera más frecuente, una simple hipóstasis de ciertos postulados morales y políticos. Al abolir tal dualismo, mediante la disolución de la hipóstasis que suele conectarse con el ambiguo término "Estado", la teoría jurídica pura descubre las ideologías políticas que anidan en la ciencia jurídica tradicional.

Precisamente en virtud de su carácter anti-ideológico, la teoría pura del derecho se revela como una verdadera ciencia jurídica. La ciencia, como conocimiento, tiene siempre la tendencia inmanente a poner su objeto al descubierto. Pero la ideología política vela la realidad, ya sea transfigurándola, a fin de conservarla y defenderla, ya desfigurándola, a fin de atacarla, destruirla o reemplazarla por otra realidad. Toda ideología política tiene sus raíces en la voluntad, no en el conocimiento; en el elemento emocional de nuestra conciencia, no en el elemento racional. Brota de ciertos intereses o, más bien, de intereses distintos del interés por la verdad. Naturalmente que esta observación no implica un juicio de valor acerca de los intereses. No existe la posibilidad de adoptar una decisión racional relativamente a valores opuestos. Es precisamente de esta situación de donde surge un conflicto realmente trágico: el conflicto entre la verdad, como principio fundamental de la ciencia, y la justicia, como supremo desiderátum de la política.

La autoridad política que crea el derecho y, por tanto, que desea conservarlo, puede dudar de que sea deseable un conocimiento puramente científico de tal derecho, al margen de toda ideología política. De manera semejante, las fuerzas que tienden a destruir el orden actual y a reemplazarlo por otro que consideran mejor, es seguro que no harán gran uso del conocimiento científico del derecho. Pero a la ciencia jurídica no le interesa ni una cosa ni la otra. Este es el tipo de ciencia que trata de ser la teoría pura del derecho.

El postulado de la completa separación de la jurisprudencia y la política no puede ser sinceramente puesto en tela de juicio, si ha de existir una ciencia jurídica auténtica. Lo único dudoso es el grado que en este campo pueda alcanzar dicha separación. En tal respecto no hay realmente una diferencia muy marcada entre la ciencia natural y la social. Por supuesto que nadie sostendrá que la ciencia natural no corre el peligro de que los intereses políticos traten de influir en ella. La historia demuestra lo contrario, y revela con suficiente claridad cómo algunas veces un poder terreno se ha sentido amenazado por verdades concernientes al curso de los astros.

Pero el hecho de que en épocas pretéritas la ciencia natural haya sido capaz de alcanzar una completa independencia frente a la política, se debe al poderoso interés social en esta victoria: el interés en el progreso de la técnica, que sólo una ciencia libre puede garantizar. Pero la teoría social no conduce a una ventaja directamente derivada de la técnica social, del tipo de la que producen la física y la química en la adquisición de los conocimientos de ingeniería y de terapia médica. En la ciencia social y, especialmente, en la jurídica, no hay todavía una influencia capaz de contrarrestar el interés arrollador que quienes detentan el poder, lo mismo que aquellos que tratan de alcanzarlo, ponen en una teoría que favorece sus deseos, esto es, en una ideología política.

Lo dicho resulta verdadero especialmente en nuestra época, época de desquiciamiento en que los cimientos de la vida social se han visto estremecidos hasta lo más hondo por dos guerras mundiales. El ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado, libre de todas las ideologías políticas, tiene mayores probabilidades de ser aceptada en un período de equilibrio social.

Parece, pues, que una teoría pura del derecho es inoportuna en la actualidad, cuando hemos visto cómo, en países poderosos e importantes, sometidos a una dictadura de partido, algunos de los más destacados representantes de la ciencia jurídica parecen no tener tarea más alta que la de servir —“con su ciencia”— al poder político del momento. Si, a pesar de ello, el autor se aventura a publicar esta teoría general del derecho y del Estado, lo hace en la creencia de que en el mundo angloamericano, en donde la libertad científica sigue siendo respetada y el poder político se encuentra más estabilizado que en cualquiera otra parte, las ideas gozan de una estimación mayor que el poder; y, también, con la esperanza de que en el Continente Europeo, una vez consumada su liberación de la tiranía política, la nueva generación será orientada hacia el ideal de una ciencia jurídica independiente, ya que el fruto de una ciencia tal no se pierde nunca.

El autor sólo pudo hallarse en condiciones de preparar este libro porque tuvo el privilegio de venir a los Estados Unidos y de trabajar durante dos años en la Universidad de Harvard. La oportunidad la debe principalmente a la generosa ayuda de la Fundación Rockefeller, a quien desea expresar su sincera gratitud.

Reconoce igualmente agradecido la considerable ayuda que le fue prestada por el Bureau of International Research, cuya beca le permitió elaborar la parte del libro relativa a la teoría del derecho internacional.

Expresa, además, su reconocimiento al Comité de la Asociación de las Escuelas Norteamericanas de Derecho, encargado de la traducción y la publicación de la 20th Century Legal Philosophy Series, que procuró los fondos para la traducción.

El autor está grandemente obligado con el profesor Jerome Hall por las múltiples y valiosas sugerencias que le hizo, así como por el trabajo que se tomó al leer las pruebas.

Por último, quiere dar las gracias al doctor Anders Wedberg por la valiosa ayuda que prestó al hacer la traducción inglesa de la mayor parte de la obra, traducción que fue posteriormente revisada por el autor, así como al doctor Wolfgang Kraus, por la traducción de la monografía Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (1929) que aparece en el apéndice con el título de La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismismo Jurídico.³

Berkeley, California, abril de 1944.

³ El mencionado apéndice no figura en esta traducción castellana.

PRIMERA PARTE

EL DERECHO

NOMOESTATICA

I. EL CONCEPTO DEL DERECHO

A) DERECHO Y JUSTICIA

a) *La conducta humana como objeto de regulación normativa*

El derecho es un orden de la conducta humana. Un "orden" es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho.

El aserto de que éste es un orden de la conducta humana no significa que se refiera exclusivamente a la conducta de los individuos, o que sólo la conducta humana constituya el contenido de las normas jurídicas. Una norma que da al homicidio el carácter de hecho punible se refiere a la conducta que tiene como consecuencia la muerte de un hombre. La muerte misma, sin embargo, no es conducta humana, sino un proceso fisiológico. Cada norma jurídica obliga a determinados seres humanos a observar, en ciertas circunstancias, una conducta determinada. Tales circunstancias no se refieren necesariamente a la conducta humana, sino que pueden consistir, por ejemplo, en lo que llamamos acontecimientos naturales. Una norma de derecho puede obligar a los vecinos a prestar ayuda a las víctimas de una inundación. La inundación no es conducta humana, sino condición de un proceder prescrito por el orden jurídico. En este sentido, hechos que no

representan un comportamiento humano pueden entrar en el contenido de una norma de derecho. Pero sólo pertenecen a tal contenido en cuanto se refieren a la conducta humana, ya como condición, ya como efecto de la misma.

Podría parecer que lo anterior sólo es aplicable al derecho de los pueblos civilizados. En el derecho primitivo, animales e incluso plantas y otros objetos inanimados son a menudo considerados en la misma forma que los seres humanos, y a veces se les impone un castigo.¹ Sin embargo, este hecho debe ser estudiado en su conexión con el animismo del hombre primitivo. Considera éste a los animales, las plantas y los objetos inanimados, como dotados de un "alma", en cuanto les atribuye facultades mentales humanas e incluso, algunas veces, sobrehumanas. La diferencia fundamental entre los seres humanos y los demás seres, que constituye una parte de la actitud del hombre civilizado, no existe para el primitivo. Y el segundo aplica su derecho a seres no humanos porque para él son humanos o, al menos, semejantes al hombre. En este sentido, el derecho primitivo es, igualmente, un orden de la conducta humana.

Pero al lado del derecho hay otros órdenes de la conducta del hombre, como la moral y la religión. Una definición del derecho debe especificar en qué respectos difiere el derecho de esos otros ordenamientos de la conducta humana.

b) *Definición científica y definición política del derecho*

Cualquier intento de definición de un concepto debe tomar como punto de partida el uso común de la palabra que designa el concepto en cuestión. Al definir la noción del derecho, debemos empezar por examinar los

¹ En la antigüedad había en Atenas un tribunal especial cuya función consistía en condenar a objetos inanimados, por ejemplo, una lanza con la cual un hombre había sido muerto. En su *Oración contra Aristócrates*, 76 (Trad. inglesa por J. H. Vince, 1935, pág. 267), dice Demóstenes: "Hay también un cuarto tribunal, el del Pritáneo. Su función consiste en que si un hombre es herido por una piedra, o por una pieza de madera o de hierro o por cualquier otro objeto de la misma especie que cae sobre él, y alguien, sin saber quién lo arrojó, conoce y posee el instrumento homicida, el tribunal debe proceder contra dicho instrumento". Cf. también Platón, *Las leyes*, 873, y Aristóteles, *Athenensium Res Publica*, cap. 57. En la Edad Media era todavía posible seguir un proceso contra un animal, por ejemplo, un perro o un toro que había matado a un hombre, o langostas que causaban un daño al destruir la cosecha; y el tribunal condenaba a muerte al animal acusado, después de lo cual era ejecutado, exactamente en la misma forma que un ser humano. Cf. Karl Von Amira, *Thierstrafen und Thierprocesse* (1892).

siguientes problemas: ¿presentan los fenómenos sociales generalmente denominados "derecho" una característica común que los distinga de otros fenómenos sociales de naturaleza semejante? ¿Tiene esa característica tal importancia en la vida social del hombre que podamos hacer de ella la base de un concepto capaz de servir para el conocimiento de esa misma vida? Por razones de economía de pensamiento, cabe partir del uso más amplio de la palabra "derecho". Tal vez no sea posible encontrar una característica del tipo de la que estamos buscando. Acaso el uso actual es tan vago que el fenómeno llamado "derecho" no presenta ninguna característica común verdaderamente importante. Pero si tal característica puede ser descubierta, la inclusión de la misma en la definición se justificará plenamente.

Ello no significa que sea ilegítimo acuñar un concepto más estricto del derecho, que no abarque todos los fenómenos usualmente designados por la misma palabra. Podemos definir a nuestro arbitrio aquellos términos que deseamos emplear como instrumentos de nuestro trabajo intelectual. El único problema es saber si podrán servir para el fin teórico que les hemos asignado. Un concepto del derecho cuya extensión coincide de manera aproximada con el uso común, es obviamente —en circunstancias iguales— preferible a otro sólo aplicable a una clase de fenómenos mucho más pequeña. Pongamos un ejemplo: desde el advenimiento del bolcheviquismo, del nacional-socialismo y del fascismo, se habla de "derecho" ruso, alemán e italiano. Sin embargo, nada podría impedirnos incluir en nuestra definición del orden jurídico cierto *mínimum* de libertad personal, así como la posibilidad de la propiedad privada. La consecuencia de adoptar semejante definición sería que los ordenamientos sociales que existen en Rusia, Italia y Alemania no podrían ser ya considerados como jurídicos, a pesar de tener en común con el orden social de los Estados democrático-capitalistas, elementos muy importantes.

El concepto mencionado anteriormente —defendido en obras recientes de filosofía del derecho— revela también hasta qué punto una tendencia política puede influir sobre la definición del derecho. El concepto del derecho se hace entonces coincidir con un ideal específico de justicia, a saber, el de la democracia y el liberalismo. Desde el punto de vista de la ciencia, libre de toda clase de juicios de valor morales o políticos, la democracia y el liberalismo son únicamente dos principios posibles de organización social, lo mismo que la autocracia y el socialismo. No hay ninguna razón científica por la que el concepto del derecho tuviera que definirse de tal modo que excluyese las dos últimas clases de organización de la sociedad. Tal como

lo empleamos en estas investigaciones, no tiene connotación moral ninguna. Designa una técnica específica de organización social. En cuanto problema científico, el del derecho es un problema de técnica social, no un problema ético. El aserto "un cierto orden social tiene el carácter de derecho o es un orden jurídico", no implica ningún juicio moral, en el sentido de que tal orden sea bueno o justo. Hay ordenamientos jurídicos que, desde cierto punto de vista, son injustos. Derecho y justicia son conceptos diferentes. En cuanto lo distinguimos de la justicia, el orden jurídico aparece como derecho positivo. Este libro se limita a estudiar el concepto del derecho positivo y, por tanto, debe distinguir claramente la ciencia del derecho positivo y la filosofía de la justicia.

c) *El concepto del derecho y la idea de la justicia*

Liberar el concepto del derecho de la idea de la justicia es difícil, porque ambos se confunden constantemente en el pensamiento político no científico, así como en el lenguaje cotidiano, y porque esta confusión corresponde a la tendencia ideológica que trata de hacer aparecer el derecho positivo como justo. Si el derecho y la justicia son identificados y sólo un orden justo es llamado derecho, un orden social presentado como jurídico aparece —al mismo tiempo— como justo, esto es, como moralmente justificado. La tendencia a identificar derecho y justicia es la tendencia a justificar un orden social dado. No se trata de una tendencia científica, sino política. De acuerdo con ella, el esfuerzo de tratar el derecho y la justicia como problemas diferentes despierta la sospecha de que se trata de repudiar, al mismo tiempo, la exigencia de que el derecho positivo sea justo. Tal exigencia es evidente por sí misma; pero lo que en realidad significa es una cuestión diversa. Una teoría pura del derecho de ningún modo se opone a la exigencia de un derecho justo cuando se declara a sí misma incompetente para resolver la cuestión de si un determinado derecho es justo o no, o el problema acerca de cuál sea el elemento esencial a la justicia. Una teoría pura del derecho —en cuanto ciencia— no puede contestar esa pregunta, en virtud de que es imposible en absoluto responder a ella científicamente.

¿Qué es lo que realmente significa la afirmación de que un orden social es justo? Significa que ese orden regula la conducta de los hombres en una forma satisfactoria para todos, es decir, de tal modo que todos en-

cuentren en él su felicidad. La aspiración a la justicia es el eterno anhelo humano de felicidad. El individuo aislado no puede, en cuanto tal, encontrar la felicidad, y por ello la busca en la sociedad. Justicia es felicidad social.

1. La justicia como juicio subjetivo de valor.

Es obvio que no puede existir un orden justo, esto es, capaz de procurar la felicidad de cada uno, si el concepto de felicidad se define en su sentido originario y estricto de felicidad individual, y se entiende por felicidad de un hombre lo que éste considera como tal. Porque entonces resulta inevitable que en cierto momento la felicidad de una voluntad individual entre directamente en conflicto con la de otra voluntad. Tampoco es posible un orden justo en el supuesto de que lo que se trate de realizar no sea la felicidad de cada uno, sino la mayor felicidad del mayor número posible de individuos. La felicidad que un orden social es capaz de asegurar puede ser únicamente felicidad en sentido colectivo, esto es, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social, el legislador, como dignas de ser satisfechas, tales como la necesidad de alimentos, vestidos y habitación. Pero ¿qué necesidades humanas son dignas de ser satisfechas y, sobre todo, cuál es el orden jerárquico que les corresponde? Estos problemas no pueden ser resueltos por medio de un conocimiento racional. La solución de los mismos implica un juicio de valor determinado por factores emocionales y tiene, por ende, carácter subjetivo, válido únicamente para el sujeto que juzga y, por tanto, relativo sólo a él. La respuesta sería diferente según que proviniese de un creyente cristiano que considera el bien de su alma en el otro mundo más importante que los bienes terrenos, o de un materialista que no cree en otra vida; y sería también diferente si proviniese de quien considera la libertad personal como el bien más alto, en el caso del liberalismo, por ejemplo, o de quien piensa que la seguridad social y la igualdad de todos los hombres es superior a la libertad, como ocurre en el socialismo.

La cuestión que consiste en saber si los bienes espirituales o materiales, si la libertad o la igualdad representan el valor supremo, no puede ser resuelta racionalmente. Sin embargo, el juicio de valor subjetivo y, por tanto, relativo, mediante el cual la cuestión es decidida, suele ser presentado como un aserto que tiene valor objetivo y absoluto, es decir, como norma dotada de validez general. Constituye una peculiaridad del ser humano la de tener una profunda necesidad de justificar su conducta, la expresión

de sus emociones, sus anhelos y deseos, a través de la función de su intelecto, su pensamiento y su facultad cognoscitiva. Esto es posible, al menos en principio, en la medida en que los anhelos y deseos se refieren a medios por los cuales alguna finalidad puede alcanzarse; pues la relación entre medios y fines es una relación de causa a efecto, y puede determinarse sobre la base de la experiencia, esto es, racionalmente. De acuerdo con el estado actual de la ciencia social muchas veces ello no es posible, ya que en gran número de casos no tenemos una experiencia adecuada que nos capacite para determinar en qué forma ciertas finalidades sociales puedan ser realizadas con mayor eficacia. En consecuencia, este problema de los medios adecuados es a menudo resuelto de acuerdo con juicios subjetivos de valor, más bien que por un conocimiento objetivo de la conexión entre medios y fines, esto es, entre causas y efectos; de aquí que, al menos por el momento, el problema de la justicia, incluso como determinación de los medios adecuados para alcanzar un fin generalmente reconocido, no siempre pueda ser resuelto en una forma racional. La pugna entre liberalismo y socialismo, por ejemplo, en gran parte versa no sobre el objeto de la sociedad, sino más bien sobre el procedimiento correcto para conseguir una meta en la cual los hombres se hallan en gran medida de acuerdo; y, al menos por ahora, esta pugna no puede ser científicamente liquidada.

El juicio por el cual se declara que algo es un medio eficaz para un fin postulado de antemano, no es un verdadero juicio de valor; es —según se ha dicho— relativo a la conexión entre causa y efecto y, como tal, un juicio sobre la realidad. Juicio de valor es un aserto por el cual se declara que algo es un fin, un último fin que no puede servir como medio para el logro de otro fin ulterior. Semejante juicio se halla siempre determinado por factores emocionales.

La justificación de la función emocional por otra racional se halla, sin embargo, excluída en principio cuando se trata de últimos fines que ya no pueden ser medios para finalidades más elevadas.

Si la afirmación de los últimos fines aparece en la forma de postulados o normas de justicia, éstos descansan siempre en juicios de valor puramente subjetivos y, por ende, relativos. Por sabido se calla que gran número de esos juicios subjetivos son muy diferentes y, a veces, irreconciliables entre sí. Lo anterior no significa, por supuesto, que cada individuo tenga un sistema propio de valores. De hecho, gran número de individuos coincide en sus juicios de valor. Un sistema positivo de valores no es creación arbitraria del individuo aislado, sino siempre resultado de la influencia recí-

proca que los individuos ejercen unos sobre otros, dentro de un determinado grupo, familia, tribu, clase, casta o profesión. Los sistemas de valores, especialmente el moral y su idea central de la justicia, son fenómenos colectivos, productos sociales y, por consiguiente, difieren en cada caso de acuerdo con la naturaleza de la sociedad en cuyo seno surgen. El hecho de que en una determinada sociedad haya ciertos valores generalmente aceptados, en modo alguno contradice el carácter subjetivo y relativo de esos juicios de valor. La circunstancia de que muchos individuos coincidan en sus juicios estimativos no prueba que tales juicios sean correctos. Del mismo modo, la circunstancia de que un gran número de gente crea o haya creído que el sol gira alrededor de la tierra, no es ni era prueba de la verdad de dicha idea. El criterio de la justicia, como el de la verdad, no depende de la frecuencia con la cual se hagan determinados juicios sobre la realidad o determinados juicios valorativos.

Como la humanidad está dividida en muchas naciones, clases, religiones, profesiones, etc., a menudo en desacuerdo recíproco, hay una gran multiplicidad de ideas sobre lo justo; tantas, que resulta imposible hablar simplemente de "justicia".

2. Derecho natural.

Todo individuo se siente inclinado a postular su propia idea de la justicia como la única correcta o absolutamente válida. La necesidad de una justificación racional de nuestros actos emocionales es tan grande, que tratamos de satisfacerla aun a riesgo de engañarnos a nosotros mismos. Y la justificación racional de un postulado que se basa en un juicio subjetivo de valor, esto es, en un deseo, en el que todos los hombres sean libres, por ejemplo, o en el de que sean tratados igualmente, es un autoengaño o —lo que equivale a lo mismo— una ideología. Ideologías típicas de esta clase son las afirmaciones de que determinada especie de último fin y, por tanto, determinada regulación de la conducta humana, derivan de la "naturaleza", esto es, de la de las cosas o de la del hombre, de la razón humana o de la voluntad divina. En este punto radica la esencia de la doctrina del llamado derecho natural. Sostiene esta doctrina que hay una ordenación de las relaciones humanas diferente del derecho positivo, superior a éste y absolutamente válida y justa, en cuanto oriunda de la naturaleza, de la razón humana o de la voluntad de Dios.

La voluntad divina —en la doctrina del derecho natural— es idéntica a la naturaleza, en la medida en que la segunda es concebida como creada por Dios, y las leyes de la misma como expresión de su voluntad. Consecuentemente, las leyes de la naturaleza poseen, de acuerdo con tal teoría, el mismo carácter que se atribuye a las normas jurídicas promulgadas por un legislador: son mandatos dirigidos a la naturaleza, que obedece esos mandatos o leyes en la misma forma en que el individuo acata las dictadas por un legislador.² El derecho creado por un legislador, es decir, por un acto de voluntad de autoridad humana, es derecho positivo. El natural, de acuerdo con su doctrina específica, no es creado por el acto de la voluntad humana; no es producto artificial o arbitrario del hombre. Puede ser y ha sido deducido de la naturaleza por una operación mental. Examinando cuidadosamente a ésta, especialmente la del hombre en sus relaciones con

2 Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, párrafos 36 y 39: "Ley en su sentido más general y comprensivo, significa una regla de acción; y se aplica indistintamente a todas las clases de acción, animadas e inanimadas, racionales e irracionales. Por ello hablamos de las leyes del movimiento, de la gravitación, de la óptica o de la mecánica, lo mismo que de leyes de la naturaleza y de las naciones. Se trata de esa regla de acción prescrita por un superior y que el inferior está obligado a obedecer. Así, cuando el Ser Supremo formó el universo y creó la materia de la nada, dejó impresos en esa materia ciertos principios, de los que nunca puede apartarse, y en ausencia de los cuales dejaría de ser. Cuando puso la materia en movimiento, estableció ciertas leyes de tal movimiento a las que todos los cuerpos que se mueven tienen que conformarse... Esta, en consecuencia, es la significación general de la ley: una regla de acción dictada por un ser superior; y, en aquellas criaturas que no tienen el poder de pensar ni el de querer, las leyes que las rigen tienen que ser invariablemente obedecidas, en tanto la criatura subsiste, puesto que su existencia depende de tal sometimiento. Pero las leyes, en su sentido más estricto, en el cual se trata ahora de considerarlas, no son reglas de acción en general, sino de la humana o conducta: esto es, los preceptos por los cuales el hombre, el más noble de todos los seres sublunares, criatura dotada a la vez de razón y libre arbitrio, recibe la orden de hacer uso de tales facultades en la regulación general de su comportamiento." — "Como el hombre depende absolutamente de su Creador en todas las cosas, es necesario que en todas ellas se sujete a la voluntad de éste. Tal voluntad de su Creador es llamada ley de la naturaleza, pues así como Dios, cuando creó la materia, sometiéndola al principio de la movilidad, estableció ciertas reglas para la dirección perpetua del movimiento, del mismo modo, al crear al hombre y dotarlo de una voluntad libre para conducirse a sí mismo en todos los momentos de su vida, estableció ciertas leyes inmutables de la humana naturaleza, por las cuales esa libre voluntad se encuentra en cierto grado regida y limitada, y le dio también la facultad de razonar para descubrir el significado de tales leyes... El ha establecido únicamente aquellas leyes fundadas en las relaciones de justicia que existían en la naturaleza de las cosas antes del establecimiento de cualquier precepto positivo. Son éstas las eternas e inmutables leyes del bien y del mal, a las cuales el mismo Creador se conforma en todas sus dispensaciones; leyes que de acuerdo con la voluntad de éste la razón humana es capaz de descubrir, hasta donde son necesarias para la dirección de las acciones del hombre."

*image
not
available*

Entre los llamados derechos naturales, innatos y sagrados del hombre, la propiedad privada desempeña un papel importante, si no el de mayor importancia. Casi todos los escritores que encabezan el movimiento afirmador del derecho natural sostienen que la institución de la propiedad privada corresponde a la naturaleza intrínseca del hombre. Consecuentemente, un orden jurídico que no la garantiza y protege es declarado contrario a la naturaleza y, por tanto, no se le concede larga duración. "Desde el momento en que en la sociedad se admite la idea de que la propiedad no es tan sagrada como las leyes de Dios y de que no hay un poder legal y una justicia pública para protegerla, comienzan la anarquía y la tiranía. Si las normas 'no debes codiciar' y 'no debes robar' (que presuponen la institución de la propiedad privada), no fuesen mandamientos del cielo, tendrían que ser convertidas en preceptos inviolables en cada sociedad, antes de que ésta pudiera ser civilizada o hecha libre."³ John Adams fue quien escribió estas frases, expresando con ellas una convicción generalmente admitida en su época. De acuerdo con tal teoría, una organización comunista que suprime la propiedad privada y reconoce únicamente la pública, un orden que reserva la propiedad de la tierra y de otros medios de producción a la comunidad, especialmente al Estado, no sólo es contrario a la naturaleza y, por tanto, injusto, sino también prácticamente insostenible.

Resulta, sin embargo, casi imposible probar esta doctrina; al lado de ordenamientos jurídicos que instituyen la propiedad privada, la historia revela otros que sólo la reconocen en forma muy restringida. Sabemos de sociedades agrícolas relativamente primitivas en donde el bien más importante, la tierra, no es propiedad de los particulares, sino de la comunidad; y las experiencias de los últimos 25 años demuestran que incluso dentro de un Estado poderoso y fuertemente industrializado, una organización comunista es perfectamente posible. Otra cuestión es la de decidir cuál sistema es mejor, el capitalista basado en el principio de la propiedad privada, o el comunista, que se basa en el de la propiedad pública. En cualquier caso, la propiedad privada no es históricamente el único principio en que pueda basarse un orden jurídico. Declarar que aquélla es un derecho natural por ser la única que corresponde a la naturaleza, es un ensayo que tiende a dar carácter absoluto a un principio especial que históricamente sólo se ha convertido en derecho positivo en una cierta época y en determinadas condiciones políticas y económicas.

3 *Works of John Adams* (1851), 9.

*image
not
available*

físico de la realidad y la idea platónica. El centro de la filosofía de Platón es la doctrina de las ideas. De acuerdo con dicha doctrina —que tiene un carácter totalmente dualista— hállese el mundo dividido en dos esferas diferentes: una es el mundo visible que sólo podemos percibir a través de nuestros sentidos y al cual damos el nombre de realidad; la otra está constituida por el mundo invisible de las ideas. Cada objeto del mundo visible tiene su patrón ideal o arquetipo en el invisible. Las cosas en el orden de la sensibilidad son sólo copias imperfectas, sombras, por decirlo así, de las ideas que existen en el mundo invisible. El dualismo entre realidad e idea, entre el mundo imperfecto de nuestros sentidos y otro mundo perfecto, inaccesible a la experiencia de los mismos sentidos, es decir, el dualismo entre naturaleza y supernaturaleza, entre lo natural y lo sobrenatural, lo empírico y lo trascendente, el más acá y el más allá, esta reduplicación del universo,⁶ no es sólo un elemento de la filosofía platónica, sino ingrediente típico de toda interpretación metafísica o, lo que es lo mismo, religiosa, de lo existente. Tal dualismo tiene a veces un carácter optimista y conservador, a veces pesimista y revolucionario, según que se pretenda que hay conformidad o contradicción entre la realidad empírica y las ideas trascendentes. El propósito de semejante metafísica no es, como el de la ciencia, explicar racionalmente la realidad, sino más bien aceptarla o rechazarla en actitud emocional. Y el sujeto es libre para elegir la primera o la segunda de esas interpretaciones de la relación entre la realidad y las ideas, porque el conocimiento objetivo de estas últimas no es posible, a causa del carácter trascendente implicado en su misma definición. Si el hombre tuviese un conocimiento cabal del reino de las ideas, estaría en condiciones de adaptar su mundo, especialmente su mundo social, su conducta, a ese arquetipo; y como se convertiría en un ser perfectamente feliz si su conducta correspondiese a dicho ideal, seguro es que se conduciría de tal manera. Tanto él como su mundo empírico devendrían enteramente buenos. No habría ya, en consecuencia, un mundo real empírico diferente del mundo ideal trascendente. El dualismo entre este mundo y el otro, resultado de la imperfección del hombre, desaparecería. Lo ideal sería lo real. Si se pudiera conocer el orden absolutamente justo cuya existencia es afirmada

6 En su crítica de la doctrina platónica de las Ideas (*Metaphysica*, 900 b.) dice Aristóteles: "Aquellos que ponen las ideas como causas, tratando de descubrir las de las cosas que nos rodean, introdujeron otras iguales en número a éstas, como si un hombre que quisiera contar las cosas pensara que no podría hacerlo mientras fueran pocas y tratara de contarlas después de haber añadido otras a su número. Pues las formas son prácticamente tantas como las cosas o no menos que ellas..."

por la doctrina del derecho natural, el derecho positivo resultaría superfluo, es más, no tendría ningún sentido. Frente a la existencia de un ordenamiento justo de la sociedad, fundado en la naturaleza, en la razón o en la voluntad divina, la actividad de los legisladores positivos sería comparable al esfuerzo de quienes pretendiesen realizar una iluminación artificial a la luz del sol. Si fuera posible resolver el problema de la justicia en la forma en que somos capaces de resolver los de la técnica de la ciencia natural o de la medicina, apenas se pensaría en regular las relaciones entre los hombres por medio de medidas autoritarias de coacción, así como en la actualidad a nadie se le ocurre prescribir coactivamente, a través del derecho positivo, en qué forma deba construirse una máquina de vapor o curarse determinada enfermedad. Si existiera una justicia objetivamente cognoscible, no habría derecho positivo y, por tanto, no existiría el Estado; pues ninguna necesidad habría de constreñir a la gente a ser feliz. La usual afirmación de que existe realmente un orden natural absolutamente bueno, pero trascendente y por tanto no inteligible, o la de que hay un objeto que se llama justicia, pero que no puede ser claramente definido, encierra una contradicción flagrante. De hecho no es sino una frase eufemística para expresar la lamentable circunstancia de que la justicia es un ideal inaccesible al conocimiento humano.

4. Justicia y paz.

La justicia es un ideal irracional. Por indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos humanos, no es accesible al conocimiento. Considerada la cuestión desde el punto de vista del conocimiento racional, sólo existen intereses y, por ende, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer una transacción entre los opuestos. El que sólo uno de esos dos ordenes sea "justo" es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional. El conocimiento sólo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de actos objetivamente determinables. Tal orden es el derecho positivo. Sólo éste puede ser objeto de la ciencia; y sólo él constituye el objeto de una teoría pura del derecho que no sea metafísica, sino ciencia jurídica. La teoría jurídica pura presenta al derecho como es, sin defenderlo llamándolo justo, ni condenarlo llamándolo injusto. Inves-

tiga el derecho real y posible, no el derecho perfecto. En este sentido es una teoría radicalmente realista y empírica. Se rehusa a hacer una valoración del derecho positivo.

Hay, sin embargo, una afirmación que en el orden de la experiencia puede ser hecha por la teoría, a saber: únicamente un orden jurídico que no satisface los intereses de uno en perjuicio de los de otro, sino que establece entre los intereses contrapuestos un compromiso, a fin de reducir al mínimo las fricciones posibles, puede aspirar a una existencia relativamente larga. Sólo un orden de este tipo se hallaría en condiciones de asegurar a los sometidos a él una paz social sobre bases relativamente permanentes. Y aun cuando el ideal de justicia en el sentido originario aquí desenvuelto es algo enteramente distinto del ideal de paz, existe una clara tendencia a identificar los dos ideales o, cuando menos, a substituir el de paz por el de justicia.

5. Justicia y legalidad.

Este cambio de significación del concepto de la justicia corre paralelamente a la tendencia a sustraer el problema de la justicia del inseguro reino de los juicios subjetivos de valor, para establecerlo sobre la firme base de un orden social dado. "Justicia" en este sentido significa legalidad; "justo" es que una regla general sea efectivamente aplicada en aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse. "Injusto" sería que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar. Y esto parece "injusto" independientemente de cuál sea el valor intrínseco de la regla general cuya aplicación es examinada. Justicia, en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo, sino a su aplicación. En este sentido, la justicia es compatible con un orden jurídico positivo y exigida por él, ya se trate de un sistema capitalista o comunista, democrático o autocrático. "Justicia" significa subsistencia de un orden jurídico a través de una consciente aplicación del mismo. Se trata de la justicia "bajo el derecho". La afirmación de que la conducta de un individuo es "justa" o "injusta" en el sentido de "legal" o "ilegal", significa que su comportamiento corresponde o no a una norma jurídica que el sujeto que juzga presupone como válida, en cuanto pertenece a un orden jurídico positivo. Tal aserto tiene lógicamente el mismo carácter que aquel por el cual subsumimos un fenómeno concreto bajo un concepto abstracto. Si la afirmación de que cierta conducta corresponde o no a una

norma jurídica es llamada juicio de valor, entonces este será un juicio objetivo de valor que tendrá que ser claramente distinguido del juicio subjetivo mediante el cual expresa un deseo o un sentimiento el sujeto que juzga. La afirmación de que determinada conducta es legal o ilegal es independiente de los sentimientos y deseos del que juzga, y puede ser verificada en una forma objetiva. Sólo en el sentido de legalidad puede el concepto de la justicia entrar en el ámbito de la ciencia jurídica.⁷

B) EL CRITERIO DEL DERECHO. (EL DERECHO COMO UNA TECNICA SOCIAL ESPECIFICA)

Si limitamos nuestra investigación al derecho positivo y comparamos todos los ordenamientos sociales, pasados y presentes, a los que generalmente se da el nombre de "derecho", descubriremos que tienen una característica común, que los órdenes sociales de otra clase nunca presentan. Esta característica constituye un hecho de importancia suprema para la vida social y su estudio científico. Y tal característica es el único criterio por el cual podemos distinguir claramente el derecho de otros fenómenos sociales, como la moral y la religión. ¿Cuál es ese criterio?

a) *Motivación directa e indirecta*

Es función de todo orden social, de toda sociedad —ya que la sociedad no es sino un orden social— provocar cierta conducta recíproca de los seres humanos: hacer que se abstengan de determinados actos que por alguna razón se consideran perjudiciales a la sociedad, y que realicen otros que por alguna razón repútanse útiles a la misma.

De acuerdo con la forma en la cual se lleva a cabo la conducta social deseada, pueden distinguirse varios tipos de órdenes sociales. Estos tipos —entiéndase que los que aquí queremos presentar son tipos ideales— hallanse caracterizados por la motivación específica utilizada por el orden social para inducir a los individuos a comportarse en la forma que se desea. La motivación puede ser directa o indirecta. El orden puede enlazar ciertas ventajas a su observancia y ciertos perjuicios a su inobservancia y, por tanto, convertir el deseo de las ventajas prometidas o el temor de los perjuicios con que se amenaza, en un motivo determinante del comportamiento. La

⁷ Cf. *infra*, p. 56.

conducta conforme al orden establecido es ejecutada a través de una sanción estipulada por el mismo orden. El principio de la recompensa y el castigo —o principio de retribución—, fundamental para la vida social, consiste en ligar la conducta que se ajusta al orden establecido y la contraria a éste, con la ventaja prometida o con el perjuicio objeto de la amenaza, considerados como sanciones.

El orden social puede, sin embargo, incluso sin prometer una recompensa en caso de obediencia y sin amenazar con un mal en caso de desobediencia, esto es, sin decretar sanciones, exigir la conducta que aparece directamente a los individuos como ventajosa, de tal manera que la simple representación de una norma que decreta tal conducta sea suficiente como motivo para el comportamiento reclamado. Este tipo de motivación directa rara vez se encuentra en la realidad social en toda su pureza.

En primer lugar, apenas hay normas cuyo contenido apele directamente a los individuos cuya conducta regula, en forma tal que la mera representación de este contenido baste para determinar la conducta. Además, la conducta social de los individuos se halla siempre acompañada por un juicio de valor, a saber: la idea de que la conducta en concordancia con el orden es "buena", mientras que la contraria al mismo es "mala". De aquí que la conformidad con el orden se ponga normalmente en conexión con la aprobación de los actos del prójimo y la no conformidad con la censura de tales actos. El efecto de esta reacción del grupo frente a la conducta de los individuos conforme o contraria al orden, es una sanción del mismo orden. Desde un punto de vista realista, la diferencia decisiva no radica entre órdenes sociales cuya eficacia se basa en sanciones y órdenes sociales cuya eficacia no se basa en ellas. Cada orden social se encuentra en alguna forma "sancionado" por la reacción específica de la comunidad frente a la conducta de sus miembros conforme o contraria al orden. Lo anterior vale también para sistemas morales altamente desarrollados que en forma más perfecta se aproximan al tipo de la motivación directa por normas no sancionadas. La única diferencia es que ciertos órdenes sociales establecen sanciones definidas, mientras que, en otros, las sanciones consisten en una reacción automática de la comunidad no señalada expresamente por el orden en cuestión.

b) *Sanciones trascendentes y sanciones socialmente organizadas*

Las sanciones estipuladas por el orden social pueden tener un carácter trascendente, esto es, religioso, o un carácter social inmanente.

En el primer caso las señaladas por el orden consisten en ventajas o desventajas que deben ser aplicadas a los individuos por una autoridad sobrehumana, por un ser caracterizado más o menos como divino. De acuerdo con la idea que los individuos tienen de los seres sobrehumanos, en los comienzos del desenvolvimiento religioso, esos seres no existen en un más allá diferente de este mundo, sino que se encuentran estrechamente ligados con los hombres en la naturaleza circundante. El dualismo del más allá y de este mundo no es conocido todavía para el hombre primitivo.⁸ Sus primeros dioses son probablemente las almas de los muertos, particularmente de sus antepasados, que viven en árboles, ríos, rocas y, especialmente, en ciertos animales. Son ellos quienes garantizan el mantenimiento del orden social primitivo al castigar su violación con la muerte, la enfermedad, la falta de suerte en la cacería y en otras formas semejantes, y al recompensar su observancia con la salud, la longevidad y la fortuna en la caza. La retribución emana de la divinidad pero se realiza en este mundo. El hombre primitivo explica la naturaleza de acuerdo con el principio de retribución. Considera los acontecimientos naturales sólo en relación con las ventajas o desventajas ligadas a esos acontecimientos, o interpreta los hechos ventajosos como recompensa, los desventajosos como castigo que le es impuesto por los seres personales y sobrehumanos a quienes imagina existentes dentro o detrás de los fenómenos naturales. El orden social más primitivo tiene un carácter completamente religioso. Originariamente no conoce más sanciones que las religiosas, es decir, las que emanan de una autoridad sobrenatural. Sólo más tarde, al menos dentro del grupo más restringido, aparecen al lado de las sanciones trascendentes otras que tienen un carácter social inmanente, esto es, organizado, y cuya ejecución se encomienda a un individuo determinado por el orden social y de acuerdo con las normas del mismo. En las relaciones entre grupos diferentes, la venganza de la sangre aparece en época muy remota como una reacción socialmente organizada contra ofensas que se consideran injustificadas y que son imputables a un miembro de un grupo extraño.

El grupo del cual proviene la reacción es una comunidad basada en relaciones de parentesco. La reacción es provocada por temor al alma de la persona asesinada. Se piensa que la víctima no puede vengarse por sí misma de su asesino si éste pertenece a un grupo extraño. Por ello constriñe a sus parientes a ejecutar la venganza. La sanción socialmente organizada en la forma que se acaba de indicar, se halla garantizada, a su vez, por una san-

8 Cf. mi *Society and Nature* (1943), pp. 24 ff.

ción trascendente. Aquellos que dejan de vengar la muerte de su pariente en la persona del asesino extranjero y de su grupo, son amenazados con la enfermedad y con la muerte por el alma del asesinado. Parece que la venganza de la sangre es la más antigua de las sanciones socialmente organizadas. Conviene advertir que originalmente tenía un carácter intertribal. Únicamente cuando la comunidad social comprende varios grupos basados en relaciones de parentesco, la venganza de la sangre se convierte en una institución intra-tribal.

En el desenvolvimiento ulterior del desarrollo religioso, la divinidad es concebida dentro de un reino completamente distinto de este mundo y muy lejano a él, y la realización de la retribución divina es relegada al más allá. Muy a menudo este más allá es dividido —de acuerdo con el doble carácter de la retribución— en un cielo y un infierno. En esta etapa, el orden social ha perdido su carácter religioso. El orden religioso funciona solamente como un suplemento y soporte del social. Las sanciones del último son exclusivamente actos de individuos humanos regulados por el mismo orden social.

c) *Castigo y recompensa*

Es un hecho digno de ser subrayado que, de las dos sanciones que hemos presentado aquí como típicas —la desventaja con que se amenaza para el caso de desobediencia (castigo en el sentido más amplio del término) y la ventaja prometida para el caso de obediencia (recompensa)—, la primera desempeña en la realidad social un papel mucho más importante que la segunda. Que la técnica del castigo es preferida a la de la recompensa se advierte con claridad especial cuando el orden social tiene todavía un carácter esencialmente religioso, es decir, cuando está garantizado por sanciones trascendentes. La conducta de los pueblos primitivos conforme al orden social y, sobre todo, la observancia de las numerosas prohibiciones llamadas "tabús", encuéntrase principalmente determinada por el temor que domina la vida de tales pueblos. Es el temor del grave daño con el cual la autoridad sobrehumana reacciona contra cada violación de las costumbres tradicionales. Si las violaciones de las normas sociales son mucho menos frecuentes en las sociedades primitivas que en las civilizadas, como algunos etnólogos lo afirman, el responsable de este efecto de preservación del orden social es principalmente el temor a la venganza de los espíritus, castigo de origen divino, pero que tiene lugar en el mundo. La esperanza de una recompensa posee sólo un significado secundario. E incluso en religiones

más altamente desarrolladas, donde la retribución divina no se realiza ya o no se realiza únicamente en este mundo sino en el otro, la idea de un castigo para después de la muerte ocupa el primer plano. En las creencias actuales de la humanidad el miedo al infierno se encuentra mucho más vivo, y la imagen de un lugar de expiación es mucho más concreta que la esperanza usualmente muy vaga de un paraíso en donde nuestra virtud encontrará su recompensa. Incluso cuando la fantasía de los individuos no se halla limitada, en relación con la satisfacción de sus deseos, por restricciones de ninguna especie, imaginan aquéllos un orden trascendente cuya técnica no es enteramente distinta de la de la sociedad empírica.

Esto puede deberse al hecho de que la ideología religiosa refleja siempre en forma más o menos intensa la realidad social efectiva. Y por lo que toca a la organización del grupo, únicamente es tomado en cuenta de manera esencial un método para lograr la conducta socialmente deseada: la amenaza y la aplicación de un mal en caso de la conducta contraria; esto es, la técnica del castigo. La de la recompensa desempeña un papel importante sólo en las relaciones privadas entre individuos.

d) *El derecho como orden coactivo*

El daño aplicado al violador del orden cuando la sanción está socialmente organizada, consiste en la privación de ciertas posesiones: vida, salud, libertad o propiedad. Como las posesiones le son quitadas contra su voluntad, esta sanción tiene el carácter de medida coercitiva. Lo anterior no significa que al aplicar la sanción tenga que hacerse uso de la fuerza física. Ello es necesario únicamente en el caso de que al aplicarse la sanción haya resistencia del sujeto sancionado. Si la autoridad que aplica la sanción tiene un poder adecuado, tal cosa ocurre sólo excepcionalmente. Un orden social que trata de provocar la conducta deseada mediante el establecimiento de esas medidas recibe el nombre de orden coactivo. Tiene este carácter porque amenaza los actos socialmente dañosos con medidas coercitivas y aplica tales medidas. Como tal, difiere de todos los otros órdenes sociales posibles — aquellos que establecen la recompensa más bien que el castigo como sanción y, especialmente, los que no establecen sanciones en absoluto y descansan en la técnica de la motivación directa. En contraste con los órdenes que establecen medidas coactivas como sanciones, la eficacia de los demás no se apoya en la coacción, sino en la obediencia voluntaria. Este contraste no es sin embargo tan claro como pudiera parecer a primera vista.

Ello se debe al hecho de que la técnica de la recompensa, como técnica de motivación indirecta, ocupa un lugar intermedio entre la técnica de motivación indirecta a través del castigo, técnica de coacción, y la técnica de la motivación directa, que supone la obediencia voluntaria. La obediencia voluntaria es por sí misma una forma de motivación, esto es, de coacción, y, por tanto, desde el punto de vista psicológico no es libertad, sino coacción. Si los órdenes coactivos son comparados con aquellos que no tienen tal carácter sino que descansan en la obediencia voluntaria, tal cosa sólo es posible en el sentido de que unos establecen como sanciones medidas de coerción, en tanto que los otros no lo hacen. Y estas sanciones son medidas coactivas únicamente en cuanto los individuos de que se trate son privados contra su voluntad de ciertas posesiones y, si es necesario, mediante el empleo de la fuerza física. En este sentido el derecho es un orden coactivo.

Si llamamos ordinariamente jurídicos a todos esos órdenes sociales, tan extraordinariamente diferentes en sus contenidos, que han prevalecido en diferentes épocas y entre los pueblos más diversos, podría suponerse que estamos empleando una expresión casi desprovista de sentido. ¿Qué puede tener en común el llamado derecho de los antiguos babilonios con el que existe actualmente en los Estados Unidos? ¿Qué puede tener en común el orden social de una tribu negra sometida a un cacique despótico —orden al que también se da el nombre de derecho— con la Constitución de la República Suiza? Hay sin embargo un elemento común que justifica plenamente tal terminología y permite a la palabra "derecho" aparecer como expresión de un concepto que tiene un significado social altamente importante. Pues la palabra se refiere a esta técnica social específica de un orden coactivo que, pese a las grandes diferencias entre el derecho de la Babilonia antigua y el de los Estados Unidos en la actualidad o entre el de los Ashanti en Africa occidental y el de Suiza en Europa, es, sin embargo, esencialmente el mismo para todos estos pueblos, tan diversos desde el punto de vista del tiempo, del lugar y de la cultura, a saber: la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario. Cuestión sociológica muy importante es la que estriba en saber cuáles son las condiciones sociales que hacen necesaria esta técnica. Ignoro si podemos contestar satisfactoriamente tal pregunta. Tampoco sé si es posible a la humanidad emanciparse totalmente de tal técnica social. Pero si el orden social no hubiera de tener ya en el futuro el carácter de un orden coactivo y la sociedad pudiera existir sin "derecho", entonces

la diferencia entre la sociedad del futuro y la de nuestra época sería inconmensurablemente mayor que la que hay entre los Estados Unidos y la Babilonia antigua o entre Suiza y la tribu de los Ashanti.

e) *Derecho, moralidad y religión*

Al reconocer al derecho como la técnica social específica de un orden coactivo, podemos distinguirlo netamente de otros órdenes sociales que en parte tienen los mismos fines que el derecho, si bien los persiguen por medios enteramente diversos. El derecho es un medio, un medio social específico, no un fin. Tanto el derecho como la moral y la religión prohíben el asesinato. Pero el derecho lo hace estableciendo que si un hombre comete el delito de homicidio, entonces otro hombre, designado por el orden jurídico, deberá aplicar en contra del homicida una cierta medida de coacción prescrita por el mismo orden. La moral se limita por su parte a decirnos: "No matarás". Y si un asesino sufre ostracismo moral de parte de sus prójimos, y más de un individuo se abstiene de matar no tanto porque quiera evitar la sanción del derecho, sino porque teme la desaprobación moral de sus semejantes, en todo caso subsiste una diferencia esencial: la de que la reacción del derecho consiste en una medida coactiva impuesta por el orden y socialmente organizada, mientras que la reacción moral contra la conducta contraria a las normas éticas no está establecida por el orden moral, ni, en caso de existir, se halla socialmente organizada. Desde este punto de vista, las normas religiosas se encuentran más próximas a las jurídicas que las de la moral. Pues las religiosas amenazan al asesino con el castigo de una autoridad sobrehumana. Pero las sanciones establecidas por tales normas tienen un carácter trascendente; no el de sanciones socialmente organizadas, ni siquiera cuando es el orden religioso el que las establece. Probablemente son más efectivas que las jurídicas. Su eficacia, sin embargo, presupone la creencia en la existencia y en el poder de una autoridad sobrehumana.

No es, sin embargo, la eficacia de las sanciones lo que está en cuestión, sino únicamente saber si son establecidas, y en qué forma, por el orden social. La sanción socialmente organizada es un acto coercitivo que un individuo determinado por el orden social dirige, en la forma establecida por el mismo orden, contra el responsable de la conducta contraria al propio orden. A esta conducta le damos el nombre de "acto antijurídico". Tanto el acto antijurídico como la sanción, encuéntranse determinados por

el orden jurídico. La sanción es la reacción de dicho orden contra el acto antijurídico, o lo que equivale a lo mismo, la reacción de la comunidad, constituida por el orden jurídico, frente al violador del propio orden. El individuo que ejecuta la sanción obra como un agente del orden jurídico. Esto equivale a decir que la persona que ejecuta la sanción actúa como órgano de la comunidad constituida por ese orden. Una comunidad social no es otra cosa que el orden social que regula la conducta mutua de los individuos sometidos al mismo. Decir que determinados individuos pertenecen a cierta comunidad, o forman cierta comunidad, significa solamente que se encuentran sujetos a un orden común que regula su conducta recíproca. La sanción jurídica es de este modo interpretada como un acto de la comunidad jurídica; mientras que la sanción trascendente —enfermedad o muerte del pecador o castigo en el otro mundo— nunca se interpreta como reacción de un grupo social, sino siempre como acto de una autoridad sobrehumana y, por ende, superior a la autoridad social.

f) *Monopolio del uso de la fuerza*

Entre las paradojas de la técnica social que hemos caracterizado como orden coactivo se encuentra el hecho de que su instrumento específico, el acto coercitivo de la sanción, es exactamente de la misma especie que el que trata de prevenir en las relaciones de los individuos, esto es, el acto antijurídico; pues la sanción contra la conducta perjudicial a la sociedad es también conducta. Aquello que debe obtenerse mediante la amenaza de una privación forzada de la vida, la salud, la libertad o la propiedad, es precisamente que los hombres en su actividad recíproca se abstengan de privarse por la fuerza uno a otro de la vida, la salud, la libertad o la propiedad. La fuerza es empleada para prevenir el empleo de la fuerza en la vida social. Esto parece ser una antinomia; y el esfuerzo para evitarla conduce a la doctrina del anarquismo absoluto, que proscribe la fuerza, incluso como sanción. El anarquismo tiende a establecer el orden social exclusivamente sobre la base de la obediencia voluntaria de los individuos. Tal doctrina rechaza la técnica de un orden coercitivo y, por tanto, repudia al derecho como forma de organización.

Sin embargo, la antinomia sólo es aparente. El derecho es, sin duda alguna, un orden establecido para promover la paz, ya que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones de los miembros de la comunidad. Empero, no excluye de manera absoluta su empleo. El derecho y la fuerza no deben ser

entendidos como absolutamente incompatibles entre sí. Aquél es la organización de ésta. Pues el primero señala ciertas condiciones al uso de la fuerza en las relaciones entre los hombres, autorizando el empleo de ésta únicamente por ciertos individuos y en determinadas circunstancias. El derecho permite formas de conducta que, en otras circunstancias, tendrían que considerarse como "prohibidas"; en la inteligencia de que jurídicamente prohibido quiere decir aquello que constituye la condición para la imposición de un acto coactivo, con el carácter de sanción. El individuo que, autorizado por el orden jurídico, aplica la medida coactiva (la sanción), obra como un agente de éste, o —lo que equivale a lo mismo— como órgano de la comunidad constituida por tal orden. Únicamente ese individuo, únicamente el órgano de la comunidad, está autorizado para emplear la fuerza. Podría decirse, en consecuencia, que el derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad. Y precisamente al proceder así, pacifica a ésta.

g) *Derecho y paz*

La paz es el estado en el que no se hace uso de la violencia. En este sentido de la palabra el derecho procura sólo una paz relativa, no absoluta, ya que priva al individuo del derecho de emplear la fuerza, pero reserva a la comunidad tal derecho. La paz del derecho no es una condición de absoluta ausencia de fuerza, un estado de anarquía, sino una condición de monopolio de la fuerza, un monopolio de ésta en favor de la comunidad.

En última instancia, una comunidad sólo es posible si cada individuo respeta ciertos intereses —vida, salud, libertad y propiedad de los demás—, es decir, si cada uno se abstiene de interferir violentamente en las esferas de interés de los otros. La técnica social que llamamos "derecho" consiste en inducir al individuo a abstenerse de la interferencia violenta en la esfera de intereses de los otros, gracias al empleo de un medio específico: si tal interferencia existe, la comunidad jurídica reacciona interfiriendo en la esfera de intereses del responsable de la interferencia previa. Ojo por ojo. La idea de la retribución se encuentra en la base de esta técnica social. Solamente en un estadio relativamente avanzado de la evolución aquella idea es substituída por la de prevención. Pero entonces sólo se opera un cambio en la ideología que justifica la técnica específica del derecho. La técnica sigue siendo la misma.

*image
not
available*

dad política soberana.”⁹ Es decir, es de la esencia de la regla jurídica que la sanción que prescribe sea ejecutada por el órgano correspondiente. Pero este es el caso únicamente cuando un individuo no se comporta de acuerdo con la ley, es decir, cuando “viola” la norma jurídica. En otras palabras, la sanción que debe ser ejecutada por el órgano es establecida sólo para aquellos casos concretos en que la conducta que el orden legal pretende provocar no ha sido “ejecutada” y, por ende, se ha revelado como susceptible de no ser “ejecutada”. Y la sanción se establece únicamente para este caso.

Usemos el término “súbdito” para designar el individuo que obedece o deja de obedecer la ley, y el término “órgano” para el que ejecuta la sanción y al ejecutarla aplica la ley. Si el derecho es definido como una norma coercible de la conducta humana, entonces tiene que hacerse una distinción entre la conducta del súbdito y la del órgano. En su definición Holland parece referirse a la conducta del órgano. Sin embargo, aquellos que hablan de la “coerción” jurídica por regla general tienen presente la conducta del súbdito: el hecho de que éste es compelido a obedecer la norma jurídica. Refiérense, no a la medida coactiva que el órgano efectivamente ejecuta, sino al temor del súbdito de que en caso de desobediencia, es decir, en caso de una conducta antijurídica, esta medida sea tomada. La “coerción” que tienen presente es pues una compulsión psíquica, nacida de la idea que los hombres se forman del orden jurídico. Esta idea es “coercitiva” si procura un motivo para la conducta deseada por el orden jurídico. En la medida en que existe esta compulsión psíquica, el derecho no difiere de las normas morales o religiosas. Pues tales normas son también coercitivas en la medida en que la representación de las mismas nos hace conducirnos de acuerdo con ellas.

i) *Los motivos de la conducta conforme al derecho*

El intento de convertir esta “compulsión psíquica” en un elemento esencial del concepto del derecho está expuesto a otra objeción grave. No conocemos exactamente qué motivos inducen a los hombres a cumplir las normas jurídicas. Ningún orden jurídico positivo ha sido nunca investigado en una forma científica satisfactoria con el propósito de responder a esta pregunta. En la actualidad ni siquiera tenemos a nuestra disposición méto-

⁹ Sir Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence* (13 th. ed., 1924). 41 f.

dos que nos capaciten para tratar de una manera científica, desde los puntos de vista sociológico y político, un problema tan extraordinariamente importante. Lo único que podemos hacer son conjeturas más o menos plausibles. Muy probablemente, sin embargo, los motivos de la conducta conforme al derecho no son únicamente el temor a las sanciones jurídicas o incluso la creencia en la fuerza obligatoria de las normas de aquél. Cuando las ideas morales y religiosas en un individuo corren paralelamente al orden jurídico a que él mismo está sometido, su conducta jurídica se debe a menudo a estas ideas morales y religiosas. También pueden ser un motivo para obrar de acuerdo con el derecho ciertos beneficios que en modo alguno están determinados por el orden jurídico, pero que se encuentran de hecho en conexión con la conducta jurídica. Muy a menudo un hombre cumple el deber jurídico de pagar las deudas que tiene, no porque desee evitar la sanción establecida por la ley contra la persona que no paga sus deudas, sino porque sabe que si las paga cuidadosamente su crédito aumentará, en tanto que si no las paga, perderá éste. La ventaja del crédito no es establecida por el orden jurídico como recompensa por el cumplimiento de los propios deberes. Es un beneficio ligado de hecho a la conducta conforme a la ley, y el deseo de obtener tal beneficio es a menudo el motivo de dicha conducta. Del hecho de que en gran medida la gente se comporte de acuerdo con las normas jurídicas, sería indebido concluir que ello se debe a la compulsión psíquica que la idea del orden jurídico, el temor a sus sanciones, ejerce sobre las personas. Decir que un orden jurídico es "eficaz" significa simplemente que la conducta de la gente se ajusta a dicho orden. Con ello nada se afirma acerca de los motivos de tal conducta ni, en particular, sobre la "compulsión psíquica" que pueda emanar del orden jurídico.

j) *Argumentos contra la definición del derecho
como orden coercitivo*

1. La teoría de Eugen Ehrlich.

La doctrina según la cual la coacción es un elemento esencial al derecho es muy a menudo combatida, especialmente desde un punto de vista sociológico. El argumento típico es la referencia al hecho de que los hombres obedecen el orden jurídico y en muchos casos —si no en la mayoría de ellos— cumplen sus deberes jurídicos, no por temor a las sanciones establecidas por el mismo orden, sino por razones distintas. Así, por ejemplo, Eu-

gen Ehrlich, uno de los fundadores de la Sociología del Derecho, dice lo siguiente:

“Es enteramente obvio que cada hombre vive en innumerables relaciones jurídicas, y que, con pocas excepciones, cumple de manera completamente voluntaria los deberes que en virtud de esas relaciones le corresponden.” Cada uno cumple sus propios deberes como padre o hijo, como marido o mujer, se abstiene de interferir en el goce del vecino sobre su propiedad, paga sus propias deudas, entrega lo que ha vendido y realiza en favor de su patrón la prestación a que se había obligado. El jurista se conforma con decir que los hombres cumplen sus deberes únicamente porque saben que los tribunales pueden eventualmente constreñirlos al cumplimiento. Si se tomara un trabajo al cual realmente no está acostumbrado, de observar lo que los hombres hacen y dejan de hacer, pronto se convencería de que, por regla general, el pensamiento de una coacción ejercida por los tribunales ni siquiera les pasa por la mente. En la medida en que no obran, lo que constituye el caso usual, sólo de una manera instintiva, su conducta se encuentra determinada por motivos completamente diversos: si se condujeran de otro modo podrían tener disputas con sus parientes, perder su posición o su clientela, o adquirir reputación de pendencieros, deshonestos o irresponsables. El jurista, menos que nadie, debería pasar por alto el hecho de que lo que en este sentido los hombres hacen o dejan de hacer es enteramente diferente y a veces mucho más de lo que las autoridades pudieran constreñirlos a hacer o a omitir. Con no poca frecuencia, la norma de conducta es enteramente diversa de aquella que es obedecida por temor a la coacción (*Zwangsnorm*).”¹⁰

La afirmación de que los individuos sometidos al orden jurídico no ajustan únicamente su conducta a este orden porque quieren evitar los desagradables efectos de las sanciones establecidas por el mismo, es indudablemente correcta. Pero tal afirmación no es en modo alguno inconciliable con la doctrina según la cual la coacción es un elemento esencial al derecho. Esa doctrina no se refiere a los motivos reales de la conducta de los individuos sometidos al orden jurídico, sino al contenido de éste, a los medios específicos usados por dicho orden para provocar un cierto comportamiento de los obligados, es decir, a la técnica específica del mismo. La doctrina de que la coacción es un elemento esencial al derecho no se refiere a la conducta efectiva de los individuos sometidos al orden jurídico, sino a este

¹⁰ Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913); citamos la traducción inglesa, *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1936), 21.

mismo orden, a la circunstancia de que establece sanciones y por este hecho y sólo por él, es decir, por su técnica social específica, se distingue de otros órdenes sociales. Si un individuo se abstiene —contra su impulso instintivo— del homicidio, el adulterio o el robo, porque cree en Dios y se siente ligado por los Diez Mandamientos, no porque tema el castigo que ciertas normas jurídicas enlazan a esos delitos, las normas jurídicas resultan —por lo que a él toca— completamente superfluas. No teniendo eficacia, ni siquiera las podemos considerar, desde un punto de vista psicológico-social, como existentes en relación con tal persona. Si caracterizamos la conducta humana desde el punto de vista de sus motivos, el comportamiento de tal individuo no sería un fenómeno jurídico, sino religioso, y su estudio no correspondería a la sociología del derecho, sino a la de la religión. Si el orden jurídico establece un castigo para el caso de que un hombre cometa homicidio, robo o adulterio, es porque el legislador supone —correcta o incorrectamente— que la creencia en Dios y sus Diez Mandamientos, y otros motivos distintos del temor a la sanción jurídica, no bastan para inducir al individuo a abstenerse de cometer tales delitos.

Si existe un orden jurídico que establece sanciones específicas, es precisamente porque los hombres que lo crean y ejecutan suponen —correcta o incorrectamente— que otros órdenes sociales que establecen sanciones distintas o no establecen ningunas, no son suficientemente eficaces para provocar la conducta que los creadores y ejecutores de aquél consideran como deseable.

Lo que distingue al orden jurídico de todos los otros órdenes sociales, es el hecho de que regula la conducta humana por medio de una técnica específica. Si ignoramos este elemento específico del derecho, y no lo concebimos como una técnica social específica y lo definimos simplemente como orden y organización, y no como orden (u organización) coercitivo, perderemos la posibilidad de diferenciarlo de otros fenómenos sociales, e identificaremos el derecho con la sociedad, y la sociología jurídica con la sociología general.

Este es un error típico de muchos sociólogos juristas y, especialmente, de la sociología jurídica de Eugen Ehrlich. Su tesis principal es la siguiente: el derecho es un orden coactivo únicamente si lo identificamos con las normas de acuerdo con las cuales los tribunales tienen que decidir las controversias jurídicas sometidas a su conocimiento. Pero el derecho no es, o no es únicamente, la norma de acuerdo con la cual los tribunales deciden o tienen que decidir las contiendas; el derecho es la norma de acuerdo con la cual los hombres efectivamente se conducen:

"La norma de la conducta humana y aquella de acuerdo con la cual los jueces deciden las controversias jurídicas pueden ser dos cosas enteramente distintas; pues los hombres no siempre proceden de acuerdo con los preceptos que serán aplicados para la solución de sus disputas. No hay duda de que el historiador del derecho concibe a éste como una norma de la conducta humana, y establece las normas de acuerdo con las cuales, en la antigüedad y en la Edad Media, se contraía matrimonio, o el marido y la mujer, los padres y los hijos vivían juntos en el seno de la familia; el historiador del derecho dice si la propiedad era individual o común, si el suelo era cultivado por el dueño o por un arrendatario que pagaba una renta, o por un siervo que prestaba determinados servicios; dice también cómo se celebraban los contratos y en qué forma era transmitida la propiedad. Oiríamos lo mismo si preguntásemos a un viajero sobre el derecho de los pueblos que ha conocido. Nos hablaría de costumbres matrimoniales, de la vida familiar, de la forma de celebración de los contratos; pero poco tendría que decirnos sobre las normas de acuerdo con las cuales los procesos son decididos.

"Este concepto del derecho, que el jurista adopta de manera completamente instintiva cuando estudia, con un propósito puramente científico, el derecho de un país extranjero o de épocas remotas, será abandonado por él cuando se vuelva hacia el derecho positivo de su propio país y de la época a que pertenece. Sin tener conciencia de ello, como secretamente, la norma de acuerdo con la cual los hombres proceden se convierte para él en aquella por la cual sus actos son juzgados por las cortes y otros tribunales. Esta última norma es también, por supuesto, una regla de conducta, pero sólo lo es para una pequeña parte de los individuos, es decir, para las autoridades encargadas de la aplicación del derecho, no como la primera, para la generalidad de la población. La opinión científica ha dejado su lugar al punto de vista práctico, adaptado a las exigencias del funcionario judicial, interesado indudablemente en conocer la norma de acuerdo con la cual tiene que proceder. Es verdad que los juristas consideran también estas normas como normas de conducta, pero llegan a esta conclusión por medio de un salto en su pensamiento. Pretenden decir que las reglas de acuerdo con las cuales los tribunales deciden son aquellas de acuerdo con las cuales los hombres deben regular su conducta. A esto se añade la vaga noción de que en el curso del tiempo los individuos regularán efectivamente su comportamiento de acuerdo con las normas que sirven a los tribunales para emitir sus decisiones. Es verdad que una regla de conducta no es únicamente la regla de acuerdo con la cual los hombres norman consuetudinariamente

su conducta, sino también una regla que les indica cómo deben comportarse; pero es una suposición completamente inadmisibles la de que este "deber" se encuentre determinado exclusiva o siquiera preponderantemente por los tribunales. La experiencia cotidiana enseña lo contrario. Seguramente nadie niega que las decisiones judiciales influyen en la conducta de los hombres, pero antes que nada debemos inquirir en qué medida esto es verdadero y de qué circunstancias depende." ¹¹

La respuesta de Ehrlich a este problema es que las decisiones judiciales influyen en la conducta de los hombres sólo en una medida muy limitada. Las normas de acuerdo con las cuales los tribunales y otros órganos de la comunidad deciden las controversias, es decir, las normas que establecen actos coactivos como sanciones, son únicamente una parte, y ni siquiera la esencial, del derecho, que es la norma o el complejo de normas de acuerdo con las cuales los hombres —incluyendo a aquellos que no son órganos de la comunidad— efectivamente se conducen. Pero no toda norma de acuerdo con la cual los hombres efectivamente se conducen es jurídica. ¿Cuál es la diferencia específica entre las jurídicas y otras normas de la conducta humana? Es decir: ¿cuál es el criterio del derecho, cuál el objeto específico de una sociología jurídica en contraposición al objeto de la sociología? Para esto Ehrlich tiene solamente la respuesta que sigue: "En consecuencia, tres elementos deben en cualquier circunstancia ser excluidos del concepto del derecho como orden coactivo mantenido por el Estado — concepto al cual la ciencia jurídica tradicional se ha aferrado tenazmente en lo substancial, aun cuando no siempre en la forma. No es un elemento esencial al concepto del derecho que éste sea creado por el Estado; ni que constituya la base para las decisiones de las cortes o de otros tribunales; ni que sea la base de una coacción jurídica fundada en tales decisiones. Queda un cuarto elemento que tendrá que ser el punto de partida, a saber: el derecho es una ordenación... Podemos considerar como establecido que, dentro de la extensión del concepto de asociación, el derecho es una organización, es decir, una norma que asigna a todos y a cada uno de los miembros de la asociación su posición dentro de la comunidad, ya sea de dominación o de sujeción (*Uberordnung, Unterordnung*), y sus deberes; y que en la actualidad es completamente imposible suponer que el derecho existe dentro de esas asociaciones principalmente para la realización del propósito de resolver las controversias que surjan en la vida en común. La norma jurídica de acuerdo con la cual son decididas las disputas ante los tribuna-

11 Ehrlich, *Sociology of Law*, 10-11.

les, la norma de decisión, es sólo una especie de norma jurídica con funciones y objetos limitados.”¹²

El resultado del intento de Ehrlich para emancipar la definición del derecho del elemento de coacción, es la definición siguiente: derecho es una ordenación de la conducta humana. Pero esta es una definición de la sociedad, no del derecho. Cada complejo de normas reguladoras de la conducta recíproca de los hombres es un orden u organización que constituye una comunidad o asociación, y que “asigna a todos y a cada uno de los miembros su posición dentro de la comunidad y sus deberes”. Hay muchos órdenes de este tipo que no tienen carácter jurídico. Incluso si limitamos el concepto de orden o de organización a órdenes relativamente centralizados que instituyen órganos especiales para la creación y aplicación del mismo orden, el derecho no queda suficientemente determinado por este concepto. El derecho es un orden que asigna a cada miembro de la comunidad sus deberes y, por ende, su posición dentro de la comunidad, por medio de una técnica específica, estableciendo un acto coactivo, una sanción dirigida contra el individuo que no cumple su deber. Si ignoramos este elemento no podremos diferenciar el orden jurídico de otros órdenes sociales.

2. La serie infinita de sanciones.

Otro argumento contra la doctrina que hace de la coacción un elemento esencial al derecho y declara que las sanciones forman un elemento necesario dentro de la estructura jurídica, es el siguiente: si es necesario garantizar la eficacia de una norma prescribiendo en otra una sanción para el caso de que la primera no sea obedecida, resulta inevitable una serie infinita de sanciones, un *regressus ad infinitum*. Pues “a fin de asegurar la eficacia de una norma de grado n , es necesaria una norma de grado n más uno”.¹³ Como el orden jurídico sólo puede hallarse compuesto por un número limitado de normas, las que establecen sanciones presuponen otras que no las establezcan. La coacción no es un elemento necesario, sino solamente posible del derecho.

La afirmación de que para asegurar la eficacia de una norma de grado n , es necesaria otra de grado n más uno, por lo cual es imposible asegurar

12 Ehrlich, *Sociology of Law*, 23-24.

13 N. S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law* (1939), 264, de acuerdo con L. Petrazisky, *Theory of Law and State* (en ruso: 2ª ed., 1909), 273-285.

la eficacia de todas las jurídicas por medio de otras que establezcan sanciones, es correcta; pero la jurídica no es una norma cuya eficacia esté asegurada por otra que establezca una sanción, aun cuando la eficacia de ésta no esté asegurada por otra regla. Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas. El hecho de que sea imposible asegurar la eficacia de todas las de un orden jurídico mediante normas que establezcan sanciones, no excluye la posibilidad de considerar únicamente como jurídicas a las que establecen las sanciones. Todas las de un orden jurídico son coactivas, esto es, normas que establecen sanciones; pero entre éstas hay algunas cuya eficacia no está asegurada por otras normas coactivas. La norma *n*, por ejemplo, dice así: si un individuo roba, otro individuo, órgano de la comunidad, deberá castigar al primero. La eficacia de esta norma está asegurada por la norma *n* más uno: si el órgano no castiga al ladrón, otro órgano debe castigar a aquel que ha violado su deber de castigar al ladrón. No hay una norma *n* más dos que asegure la eficacia de la norma *n* más uno. La coactiva *n* más uno: si el órgano no castiga al ladrón, otro órgano debe castigar a aquél que ha violado la ley, no está garantizada por una norma de grado *n* más dos. Pero todas las de este orden jurídico son normas coactivas.¹⁴

Se objeta finalmente la doctrina de que la coerción es un elemento esencial al derecho, alegando que entre las normas de un orden jurídico hay muchas que no establecen sanciones. Las de la Constitución son frecuentemente señaladas como normas jurídicas, aun cuando no establezcan sanciones. De este argumento hablaremos en un capítulo posterior.¹⁵

C) VALIDEZ Y EFICACIA

El elemento de "coerción" esencial al derecho consiste, entonces, no en la llamada compulsión psíquica, sino en el hecho de que actos específicos de coerción, considerados como sanciones, son establecidos, para casos también específicos, por las reglas que forman el orden jurídico. El elemento de coerción únicamente tiene importancia cuando forma parte del

14 Esto no significa que la ejecución de la sanción estipulada en una norma jurídica tenga siempre el carácter de un deber jurídico. Cf. *infra*, p. 61.

15 Cf. *infra*, p. 172.

contenido de la norma jurídica, como acto estipulado por ésta y no como un proceso en la mente del individuo sujeto a la propia norma. Las reglas que constituyen un sistema de moralidad no tienen esta significación. El que los hombres se comporten o no realmente de manera de evitar la sanción con que amenaza la norma jurídica, y el que la sanción sea o no realmente ejecutada en caso de que se llenen las condiciones de ejecución, son cuestiones que atañen a la eficacia del derecho. Pero lo que aquí nos interesa no es la eficacia de éste, sino su validez.

a) *La "norma"*

¿Cuál es la naturaleza de la validez, en oposición a la eficacia del derecho? La diferencia puede ser ilustrada por un ejemplo: una norma jurídica prohíbe el robo, prescribiendo que todo ladrón debe ser castigado por el juez. Esta regla es "válida" para todas las personas a quienes en esa forma se prohíbe el robo, es decir, los individuos que tienen que obedecer la misma regla, los "súbditos". La norma jurídica es "válida" particularmente para aquellos que realmente roban y al robar "violan" la misma regla. Esto quiere decir que la regla legal vale incluso en aquellos casos en que carece de "eficacia". Precisamente en tales casos es en los que tiene que ser "aplicada" por el juez. La regla en cuestión no sólo es válida para los súbditos sino también para los órganos encargados de aplicar el derecho. Pero conserva su validez aun cuando el ladrón pueda escapar y el juez resulte incapacitado para castigarlo y aplicar la regla. Sin embargo, en el caso particular, ésta es válida para el juez aun cuando carezca de eficacia, ya que las condiciones de la sanción prescrita por la misma regla se han cumplido, a pesar de que aquél se encuentre incapacitado para ordenar la sanción. ¿Cuál puede ser el significado de la afirmación de que la regla es válida aun cuando en un caso concreto carezca de eficacia, es decir, no sea obedecida o no sea aplicada?

Por "validez" entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es lo mismo— a reconocer que tiene "fuerza obligatoria" frente a aquellos cuya conducta regula. Las del derecho son normas en cuanto tienen validez. Son, para hablar de manera más precisa, normas que prescriben una sanción. Pero ¿qué es una norma?

1. El derecho como mandamiento, esto es, como expresión de una voluntad.

En nuestro intento de explicación de la naturaleza de la norma, séanos permitido aceptar provisionalmente que se trata de un mandato. Esta es la forma en que Austin caracteriza al derecho. Dice así el mencionado autor: "Toda *ley* o *regla* . . . es un *mandato*. O, mejor dicho, las *leyes* o *reglas* en sentido propio son *especies* de mandatos."¹⁶ Un mandato es la expresión de una voluntad (o de un deseo) individual y tiene por objeto la conducta de otro individuo. Si yo quiero (o deseo) que alguien se conduzca en cierta forma y expreso al otro en una determinada forma mi voluntad (o mi deseo), entonces tal expresión de mi voluntad (o de mi deseo) constituye un mandato. Un mandato difiere de una súplica o de un mero ruego por su forma. En el mandato se expresa en forma imperativa la voluntad de que otra persona se conduzca de una determinada manera. Es particularmente probable que un individuo dé a su voluntad esta forma, cuando tiene o cree tener un cierto poder sobre otro, es decir, cuando está o piensa estar en situación de exigir obediencia. Pero no todo mandato es una norma válida. Un mandato es una norma únicamente cuando obliga al individuo a quien se dirige, o sea, cuando éste debe hacer lo que el mandato reclama. Cuando un adulto ordena a un chiquillo hacer alguna cosa, no es éste un caso de mandato obligatorio, por grande que sea la superioridad del poder del adulto o por imperativa que resulte la forma del mandato. Pero si el adulto es el padre o el maestro del niño, entonces el mandato obliga a éste. El que el mandato sea o no obligatorio depende de que el mandante esté o no "autorizado" para formular el mandato. En caso afirmativo la expresión de su voluntad es obligatoria, aun cuando carezca, de hecho, de un poder superior, y la expresión de su voluntad no revista forma imperativa. Es verdad que Austin opina que "un mandato se distingue de otras expresiones del deseo, no por el estilo en el cual éste es manifestado, sino por el poder y el propósito de la parte que manda, de infligir un daño o una pena en el supuesto de que su deseo no sea atendido" El citado autor añade: "Un mandato se distingue de otras significaciones del deseo en esta peculiaridad, la de que la parte a quien se dirige está expuesta a recibir un daño de la otra en caso de que no haga lo ordenado. Hallarme expuesto a sufrir un daño de parte de usted, si no cumplo el deseo que usted expresa, significa que estoy ligado u obligado por su man-

¹⁶ John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th. ed., 1885), 88.

*image
not
available*

dato que asume fuerza obligatoria al morir el testador, esto es, cuando ya no es capaz de querer, y un mandato, en el 'sentido propio de la palabra, no puede ya existir. Aquello en lo cual reside en este caso la fuerza obligatoria tiene que ser, por tanto, algo distinto del acto de voluntad del testador. Si un acto real de voluntad de parte del testador es necesario para la validez del testamento, entonces la fuerza obligatoria no puede pertenecer a tal voluntad, sino a algo que es "creado" por ella, y cuya "existencia" o "validez" sobrevive a la existencia de esa voluntad real.

A fin de establecer un "contrato obligatorio", dos individuos tienen que expresar su consentimiento, es decir, su intención concurrente o su voluntad relativa a cierta conducta mutua. El contrato es el producto de la voluntad de las dos partes contratantes. Sin embargo, se supone que aquél conserva su fuerza aun cuando más tarde una de las partes cambie de opinión y deje de querer lo que al celebrarse el contrato dijo que quería. De este modo, el contrato obliga a esa parte incluso contra su voluntad real y, por tanto, la fuerza obligatoria del negocio no puede residir en la voluntad de las partes, ya que tal fuerza obligatoria conserva su "validez" después de que el contrato ha sido concluído. Si designamos con el término "contrato" a aquello que tiene fuerza obligatoria, entonces el contrato obligatorio y el procedimiento por el cual es creado, o sea la expresión del consentimiento de las partes, son dos fenómenos diferentes. Es dudoso, por otra parte, que el procedimiento por el cual el contrato es creado implique necesariamente que en la mente de cada una de las partes haya una intención real, una "voluntad" que tenga por objeto el contenido del contrato.

3. La "voluntad" del legislador.

Si llamamos "mandato" a la ley elaborada por el Parlamento en la forma prescrita por la Constitución o, lo que equivale a lo mismo, si declaramos que constituye la "voluntad" del legislador, entonces ese pretendido mandato apenas tendrá algo en común con un mandato propiamente dicho. Una ley que debe su existencia a una decisión parlamentaria, obviamente no empieza a existir sino en el momento en que la decisión ha sido ya hecha y cuando —suponiendo que sea la expresión de una voluntad— esta última ha dejado de existir. Cuando los miembros del Parlamento han aprobado una ley, vuelven a otras cuestiones y dejan de querer los contenidos de aquélla, supuesto, claro está, que tal voluntad haya existido realmente. Como la ley sólo adquiere existencia al completarse el procedimiento legis-

lativo, esa "existencia" no puede consistir en la voluntad real de los individuos que pertenecen a la asamblea legisladora. El jurista que desea establecer la "existencia" de una ley en modo alguno pretende probar la de fenómenos psicológicos. La "existencia" de una norma jurídica no es un fenómeno psíquico. Un jurista considera una ley como "existente" incluso cuando los individuos que la crearon no quieren ya el contenido de la misma, es más, cuando ya nadie quiere tal contenido, al menos ninguno de los que fueron competentes para crear el precepto legal mediante sus actos de voluntad. De hecho es posible y a menudo realmente ocurre que una ley "exista" en una época en que aquellos que la crearon hace mucho que han muerto y, por tanto, no son ya capaces de ningún acto voluntario. Así pues, la ley obligatoria no puede ser la voluntad de los individuos autores de la misma, incluso cuando para formularla haya sido necesario un acto volitivo real.

Si analizamos psicológicamente el procedimiento por el cual una ley es constitucionalmente creada, descubriremos que el acto creador de la norma obligatoria no tiene que ser necesariamente un acto de "voluntad" que tenga por objeto el contenido del precepto. La ley es creada por una decisión del Parlamento. El Parlamento —de acuerdo con la Constitución— es la autoridad competente para crear la ley. El procedimiento por el cual decide sobre ella consiste esencialmente en votar un proyecto que ha sido sometido al conocimiento de sus miembros. La "decisión aprobatoria" existe cuando la mayoría de los miembros vota por el proyecto. Aquellos que votan en contra no "quieren" el contenido del texto legal. A pesar del hecho de que expresan una voluntad contraria, la manifestación de su voluntad es tan esencial para la creación de la ley como la de aquellos que votan aprobando el proyecto. Es verdad que la ley es la "decisión" de todo el Parlamento, incluyendo la minoría disidente. Pero es obvio que esto no significa que el Parlamento quiera la ley en el sentido psicológico de que cada miembro del mismo desee los contenidos de aquélla. Refirámonos únicamente a la mayoría que vota por la ley. Incluso en este caso, la afirmación de que los miembros de tal mayoría "quieren" la ley es claramente una ficción. Votar por un proyecto en modo alguno implica querer realmente el contenido de la ley. En un sentido psicológico únicamente se puede "querer" aquello de lo que se tiene una representación. Es imposible "querer" algo que se ignora. Pero es un hecho que a menudo, si no siempre, un número considerable de aquellos que votan por un proyecto de ley tienen cuando más un conocimiento muy superficial del contenido de ésta.

Todo lo que exige de ellos la Constitución es que voten por el proyecto levantando sus manos o diciendo "sí". Y esto pueden hacerlo sin conocer el contenido del proyecto o sin haber hecho de tal contenido el objeto de su "voluntad" — en el sentido en que un individuo "quiere" que otro se conduzca de cierta manera cuando le manda hacer tal o cual cosa. No realizaremos el análisis psicológico del hecho de que al discutirse un proyecto de ley un miembro del Parlamento dé la "aprobación" constitucionalmente requerida. Baste decir que el consentimiento para la aprobación de un proyecto no implica necesariamente "querer" el contenido de la ley, y que ésta no es la "voluntad" del legislador —si entendemos por "voluntad" una voluntad real, un fenómeno psicológico—, por todo lo cual la ley no es un mandato en el sentido propio del término.

4. El derecho consuetudinario como mandato.

El carácter ficticio de la afirmación vulgar de que una regla de derecho es un mandato, resulta aún más evidente cuando consideramos el derecho consuetudinario. Supongamos que en una cierta comunidad se considera válida la siguiente regla: un deudor tiene que pagar a su acreedor un interés del 5% en el caso de que no haya ningún convenio sobre este punto. Supóngase, además, que tal regla ha sido establecida a través de la costumbre, y que durante un largo período de tiempo los acreedores han exigido de hecho un interés del 5% y los deudores efectivamente han pagado tal cantidad. Supóngase asimismo que han procedido de esta manera porque tienen la opinión de que tal interés "debe" ser pagado, *opiniōne necessitatis*, como decían los juristas romanos.

Sea cual fuere nuestra teoría sobre los hechos creadores del derecho consuetudinario, nunca estaremos en condiciones de afirmar que es "voluntad" o "mandato" de las personas cuya conducta real constituye la costumbre, que cada deudor pague un interés del 5%, en caso de que haya aceptado un préstamo sin haber convenido otro tipo de interés. En cada caso particular ni el acreedor ni el deudor tienen ninguna voluntad en relación con la conducta de otras personas. Un acreedor individual quiere que su deudor le pague el 5% de interés, y este deudor paga realmente a su acreedor el interés reclamado. Esta es la naturaleza de los hechos particulares que en su conjunto constituyen o determinan la existencia de la "costumbre", creando la regla general de que bajo ciertas circunstancias el mutuario tiene que pagar el 5% de interés al mutuante. La existencia

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

ciones sobre el curso real de los fenómenos, las reglas jurídicas son prescripciones relativas a la conducta de los hombres. Las leyes de la naturaleza son reglas que describen en qué forma ocurren realmente los fenómenos naturales y por qué tales fenómenos se producen, es decir, cuáles son sus causas. Las reglas del derecho refiérense exclusivamente al comportamiento humano; establecen en qué forma debe el hombre conducirse, y nada indican acerca de la conducta real de los hombres o de las causas de dicha conducta. A fin de evitar malos entendimientos (en lo que se refiere a la naturaleza del derecho), es mejor no usar en este contexto el término "regla", sino caracterizar al derecho como conjunto de normas.

Otra razón por la cual la designación del derecho como "regla" se presta a confusiones, está en que la palabra "regla" tiene la connotación de algo "general". Una "regla" no se refiere a un solo acontecimiento que no vuelve a repetirse, sino a toda una clase de sucesos semejantes. El significado de la regla es que un fenómeno de cierta clase se realice —o deba realizarse— siempre o casi en todos los casos en que se cumplan determinadas condiciones de tal o cual especie. De hecho, el orden jurídico es a menudo explicado como un conjunto de "reglas generales". Austin¹⁸ establece una distinción explícita entre "leyes" y "mandatos particulares": cuando un mandato, dice el citado autor, "obliga *generalmente* a actos u omisiones de cierta *clase*, el mandato es una ley o regla. Pero cuando obliga a un acto o a una omisión *específicos* . . . el mandato es ocasional o particular". Habiendo identificado los términos "derecho" y "regla", únicamente podemos considerar como leyes las normas generales. Mas no hay duda de que el derecho no consiste solamente en normas generales. Incluye también las individuales, es decir, las que determinan la conducta de un individuo en una situación no recurrente y que, por tanto, son válidas sólo para un caso particular y pueden ser obedecidas y aplicadas solamente una vez. Tales normas son "derecho" porque forman parte del orden jurídico total, exactamente en el mismo sentido que aquellas normas generales que han servido de base para la creación de las primeras. Ejemplos de tales normas particulares son las decisiones de los tribunales, en la medida en que su fuerza obligatoria se encuentra limitada al caso particular de que se trata. Supóngase que un juez ordena al deudor A devolver 1,000 pesos a su acreedor B. Al amenazar en forma expresa o tácita al sujeto A con una sanción civil para el caso de incumplimiento, el juez "ordena" a tal sujeto pagar 1,000 pesos a B. La decisión del juez es norma jurídica en

18 *Jurisprudence*, 92 f.

el mismo sentido y por la misma razón que el principio abstracto según el cual si una persona no devuelve la cantidad prestada debe imponérsele una sanción civil, a petición del acreedor. La "fuerza obligatoria" o "validez" de la ley se encuentra intrínsecamente referida no a su posible carácter general, sino únicamente a su carácter de norma. Tomando en cuenta que, por su misma naturaleza, el derecho es una norma, no hay razón para considerar exclusivamente como jurídicas las normas generales. Si las individuales presentan en otros aspectos las características esenciales del derecho, habrá que considerarlas también como partes de éste.

c) *Normas condicionales e incondicionales*

Las normas generales tienen siempre la forma de proposiciones hipotéticas. La sanción estipulada por la norma se hace depender de la realización de ciertas condiciones. También una norma jurídica individual puede asumir forma hipotética. La resolución judicial antes mencionada, puede servir como ejemplo. La sanción civil se estipula bajo la condición de que el demandado no cumpla la conducta prescrita por el tribunal. Hay, sin embargo, normas jurídicas especiales que no tienen carácter hipotético. Por ejemplo, cuando una corte penal establece que determinado individuo es culpable de tal o cual delito y le impone determinada pena, por ejemplo, dos años de cárcel, el tribunal crea, sobre la base de la norma hipotética general, la norma individual de que el acusado debe ser privado de su libertad durante dos años. La norma especial es en este caso incondicional.

d) *Norma y acto*

La ejecución de la decisión del tribunal —el proceso que implica que el condenado sea realmente metido en la cárcel y retenido allí durante dos años— no es por sí misma norma jurídica. Si designamos tal proceso como un "acto jurídico", y en esta forma indicamos que pertenece también al derecho, entonces la definición de éste como un conjunto de normas podría parecer demasiado estrecha. No únicamente la ejecución de una norma de derecho, la realización de la sanción que aquella estipula, sino también los actos por los cuales las normas jurídicas son creadas, son de carácter jurídico. Una peculiaridad del derecho que posee extraordinaria importancia teórica y que será más tarde discutida por nosotros,

es la de que regula su propia creación. El acto a través del cual una norma jurídica, general o especial, es creada, representa por consiguiente un acto determinado por el orden jurídico, lo mismo que constituye la ejecución de otra norma. Un acto es jurídico precisamente en cuanto se encuentra determinado por una norma de derecho. La calidad jurídica de un acto se identifica con su relación frente a una norma de derecho. Un acto es "jurídico" sólo en cuanto y porque se encuentra determinado por una norma de derecho. Por ello es incorrecto decir que el derecho consiste en normas y en actos. Sería más correcto afirmar que el derecho está integrado por normas jurídicas y actos jurídicos determinados por tales normas. Si adoptamos un punto de vista estático, es decir, si consideramos el orden jurídico únicamente en su forma completa o en un estado de inmovilidad, advertiremos únicamente la existencia de las normas por las cuales los actos jurídicos se encuentran determinados. Si adoptamos, por otra parte, el punto de vista dinámico, y consideramos el proceso a través del cual el orden jurídico es creado y ejecutado, entonces sólo veremos los actos de creación y ejecución del derecho. Más tarde volveremos sobre esta importante distinción entre estática y dinámica jurídicas.

e) *La eficacia como conformidad de la conducta con la norma*

En lo que antecede hemos tratado de esclarecer la diferencia entre validez y eficacia del derecho. Validez del derecho significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas normas. La eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas. La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo. La afirmación de que el derecho es eficaz significa solamente que la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas. Así, pues, validez y eficacia se refieren a fenómenos completamente distintos. La afirmación común de que tanto la validez como la eficacia son atributos del derecho, se presta a confusión, incluso cuando por eficacia del derecho se quiere expresar que la idea de éste ofrece un motivo para la conducta jurídica. El derecho como norma válida encuentra su expresión en el aserto de que los hombres deben conducirse de cierta manera, es de-

cir, en una afirmación que nada dice sobre acontecimientos reales. Entendida de este modo, la eficacia del derecho consiste en que los hombres sean llevados a observar la conducta prescrita, gracias a la representación de la norma. El aserto relativo a la eficacia del derecho, entendida en la forma que acabamos de indicar, es un aserto sobre la conducta real de los individuos. Aplicar la palabra "norma" tanto a la norma válida como a la idea de la norma, que es un nuevo hecho psicológico, es cometer una equivocación que puede producir graves falacias. Pero como ya lo he indicado, no estamos en situación de decir nada con exactitud acerca del poder de motivación que deba atribuirse a la idea que los hombres se forman del derecho. Objetivamente sólo podemos afirmar que la conducta de los individuos se ajusta o no se ajusta a lo prescrito por las normas jurídicas. La única connotación que en este trabajo atribuimos al término "eficacia", es, por ende, la de que la conducta real de los hombres concuerda con esas normas.

f) *La conducta "opuesta" a la norma*

El juicio de que una conducta real se "conforma" con una norma o el de que la conducta de alguien es como debe ser de acuerdo con la norma, puede caracterizarse como un juicio de valor. Trátase del que afirma una relación entre un objeto, especialmente la conducta humana, y una norma que el individuo que juzga supone como válida. Tal juicio de valor debe ser cuidadosamente distinguido de la afirmación de que hay una relación entre el objeto y un interés del individuo que juzga, o de otros individuos. Al juzgar que algo es "bueno" podemos significar que nosotros (es decir, el sujeto que juzga u otros individuos) deseamos ese algo o lo encontramos agradable. Entonces nuestro juicio afirma un estado real de las cosas: lo que afirmamos es nuestra propia actitud emocional o la de otros frente a aquello que llamamos "bueno". Lo mismo vale para el juicio que afirma que algo es "malo", si al emitirlo expresamos nuestra actitud hacia el objeto, esto es, que no lo deseamos o lo encontramos desagradable. Si designamos tales juicios como juicios de valor, entonces se tratará de afirmaciones sobre hechos reales, que no diferirán —en principio— de otros juicios acerca de la realidad.

El juicio de que algo —particularmente la conducta humana— es “bueno” o “malo”, puede también significar algo distinto de lo que significa la afirmación de que yo, que hago el juicio, u otros individuos, deseamos o no la conducta, es decir, la encontramos agradable o desagradable. Semejante juicio puede también expresar la idea de que la conducta es o no conforme a una norma cuya validez presupongo. La norma es usada en este caso como un criterio estimativo.¹⁹ Podría también decirse que en tal caso los hechos reales son “interpretados” a la luz de una norma. La norma cuya validez se supone sirve entonces como un esquema de interpretación. El que una acción o una omisión se ajuste a una norma válida, o sea “buena” (en el sentido más general de la palabra), significa que el individuo a quien la norma se refiere ha observado realmente la conducta que de acuerdo con tal norma debía observar. Si la norma estipula la conducta A, y la conducta real del individuo es también A, entonces dicho comportamiento “concuerta” con la norma. Representa la realización de la conducta que la norma estipula. El que el comportamiento de un individuo sea “malo” (en el sentido más general de la palabra), significa que tal conducta se opone a una norma válida; que el individuo no ha observado el comportamiento que de acuerdo con la norma debía haber observado. Su conducta no es entonces una realización de lo que la norma estipula. La norma ordena la conducta A; pero el comportamiento real del individuo es no-A. En tal caso decimos: la conducta de éste “contradice” a la norma. Esta “contradicción” no es sin embargo un contradicción lógica. Aun cuando haya una contradicción lógica entre A y no-A, no la hay entre la afirmación que expresa el significado de la norma: “el individuo debe conducirse en la forma A”, y la afirmación que describe la conducta real del mismo individuo: “el individuo se comporta en la forma no-A”. Tales afirmaciones son perfectamente compatibles entre sí. Una contradicción lógica únicamente puede tener lugar entre dos afirmaciones que postulan el mismo “deber ser” o sea, entre dos normas; por ejemplo: “X debe decir la verdad” y: “X no debe decir la verdad”; o entre dos juicios que afirman un “ser”; por ejemplo: “X dice la verdad” y “X no dice la verdad”. Las relaciones de “conformidad” o “discrepancia” son relaciones entre una norma que prescribe cierta conducta y es considerada como válida, por una parte, y la conducta real de los hombres, por otra.

19 Cf. *infra*, p. 56.

g) *Eficacia como condición de validez*

La afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay, sin embargo, una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma. Una norma no es válida *porque* es eficaz; es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia. Esta relación entre validez y eficacia sólo es cognoscible, sin embargo, desde el punto de vista de una teoría dinámica del derecho, que se ocupe en el problema de la razón de validez y en el del concepto de orden jurídico.²⁰ Desde el punto de vista de una teoría estática sólo viene en cuestión el problema de la validez.

h) *El ámbito de validez de las normas*

Como las normas regulan la conducta humana, y esta tiene lugar en el tiempo y en el espacio, las normas son válidas para cierto tiempo y para un espacio determinado. La validez de una norma puede principiar en un momento y terminar en otro. Las del derecho checoslovaco empezaron a ser válidas un cierto día de 1918; las del derecho austríaco dejaron de serlo en 1938, el día en que la República Austríaca fue incorporada al Estado Alemán. La validez de una norma tiene también relación con el espacio. Para ser válida, tiene que serlo no sólo en cierto tiempo, sino también para cierto territorio. Las del derecho francés son válidas únicamente en Francia, las del mexicano únicamente en México. Podemos, por tanto, hablar de la esfera temporal y de la esfera territorial de validez de una norma. Para determinar cómo deben los hombres conducirse, es necesario determinar cuándo y dónde habrán de comportarse en la forma prescrita. Cómo habrán de conducirse y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de validez de la norma. Las que regulan la vida religiosa de los hombres se refieren a una esfera material de validez distinta de la de aquellas que regulan su vida económica. Con

20 Cf. *infra*, p. 139, e).

referencia a una cierta norma es posible, sin embargo, plantear no solamente el problema sobre lo que se debe hacer u omitir, sino también la cuestión concerniente a quién debe observar u omitir determinada conducta. El último interrogante se refiere a la esfera personal de validez de la norma. Así como hay normas válidas únicamente para un determinado territorio, para cierto período de tiempo, y con respecto a ciertas materias, también hay normas válidas sólo para determinados individuos, por ejemplo, para católicos o para suizos. La conducta humana que forma el contenido de las normas y que ocurre en el tiempo y en el espacio está constituida por un elemento personal y otro material: el individuo que en cierto lugar y en cierta época hace o deja de hacer algo, y la cosa o acto que hace o se abstiene de hacer. Así pues, las normas tienen que regular la conducta humana en todos los respectos indicados.

Entre las cuatro esferas de validez de la norma, la personal y la material tienen prioridad sobre la territorial y la temporal. Las últimas son únicamente el territorio dentro del cual y el tiempo durante el cual el individuo debe observar determinada conducta. Una norma puede determinar el tiempo y el espacio sólo en relación con la conducta humana. Declarar que una norma es válida para un determinado territorio equivale a sostener que se refiere al comportamiento humano que ocurre dentro de ese territorio. Decir que una norma es válida para cierto tiempo equivale a afirmar que se refiere a la conducta humana que se realice durante ese tiempo. Cualquier territorio en el cual y cualquier tiempo durante el cual se realice la conducta humana pueden constituir las esferas territorial y temporal de validez normativa.

Ocasionalmente se afirma que las normas no pueden tener validez para el pasado, sino únicamente para el futuro. Ello no es así, y el aserto de que hablamos parece deberse a la falta de distinción entre la validez y la eficacia de la representación de la norma. La representación de una norma, como hecho psíquico, puede llegar a ser eficaz sólo en el futuro, en el sentido de que tal representación debe preceder temporalmente a la conducta conforme a la norma, pues la causa tiene que ser temporalmente anterior al efecto. Pero la norma puede referirse también a un comportamiento pasado. Pasado y futuro son relativos a ciertos momento del tiempo. El momento de tiempo que tienen presente aquellos que afirman que una norma es válida sólo para el futuro, es evidentemente el de su creación. Lo que quieren decir es que las normas no pueden referirse a acontecimientos ocurridos antes de ese momento. Pero este aserto no se justifica

si consideramos que la validez de una norma es algo diverso de la eficacia de su representación. Nada nos impide aplicar una norma, como esquema interpretativo o criterio de estimación, a hechos que ocurrieron antes del momento en que empezó a tener existencia. Lo que alguien quiso en el pasado podemos juzgarlo estimativamente de acuerdo con una norma que adquirió su validez con posterioridad a ese hecho. En un pasado remoto el sacrificio de seres humanos a la divinidad era un deber religioso, y la esclavitud se consideraba como institución jurídica. En la actualidad declaramos que esos sacrificios humanos eran crímenes y que la esclavitud, como institución jurídica, era inmoral. Aplicamos normas morales válidas en nuestro tiempo a esos hechos, aun cuando las que prohíben los sacrificios humanos y la esclavitud hayan empezado a existir mucho tiempo después de los hechos que, de acuerdo con tales normas, juzgamos ahora como crímenes e inmoralidades. La legitimación subsecuente es posible y frecuente, especialmente en el campo del derecho. Un ejemplo especial es la ley alemana por la cual ciertos asesinatos, cometidos por órdenes del Jefe del Estado el 30 de junio de 1934, fueron retroactivamente desprovistos de su carácter delictuoso. También habría sido posible dar retroactivamente a esos asesinatos el carácter de sanciones. Una norma jurídica, una ley, por ejemplo, puede enlazar una sanción a hechos realizados antes de la creación de la misma. Esta norma es válida tanto para el sujeto que debe abstenerse del delito, como para el órgano obligado a ejecutar la sanción. Tal norma es, en relación con el particular obligado, válida para el pasado.

i) *Leyes retroactivas e "ignorantia juris"*

Se puede discutir el valor moral y político de las leyes retroactivas, pero no dudar acerca de su posibilidad. La Constitución de los Estados Unidos, por ejemplo, dice en su artículo 1, sección 9, cláusula 3^a: "No podrán expedirse leyes *ex post facto*". El término "ley *ex post facto*" es interpretado como ley penal con fuerza retroactiva. Las leyes retroactivas se consideran objetables e indeseables, porque hieren nuestro sentimiento de justicia al imponer una sanción, especialmente un castigo, a consecuencia de una acción u omisión relativamente a las cuales el individuo sancionado ignoraba que tendrían como consecuencia dicha sanción. Sin embargo, por otra parte se reconoce el principio —fundamentalmente en todos los órdenes jurídicos positivos— según el cual *ignorantia juris neminem*

excusat, la ignorancia del derecho a nadie sirve de excusa. La circunstancia de que un individuo ignore que el derecho atribuye una sanción a sus actos u omisiones, no es razón para que la sanción no le sea impuesta. Algunas veces ese principio es interpretado restrictivamente: la ignorancia del derecho no sirve de excusa si el individuo a quien era posible conocer la ley no la conocía. El principio no parece entonces incompatible con la repudiación de las leyes retroactivas. Pues en el caso de una ley retroactiva es realmente imposible conocer ésta en el momento en que se realiza el acto al cual la ley enlaza la sanción. Sin embargo, la distinción entre el caso en el cual el individuo puede conocer la ley en el momento en que comete el hecho antijurídico, y aquel en que la persona no puede conocer la ley, es más que problemática. De hecho, generalmente se presupone que la vigente puede ser conocida por los individuos cuya conducta regula. Esta es, en realidad, una *praesumptio juris et de jure*, es decir, una "presunción que no admite prueba en contrario", o "presunción irrefragable", una hipótesis legal cuya incorrección no está sujeta a prueba, a saber: la de que las normas de un orden jurídico positivo pueden ser conocidas por los individuos sometidos a ese orden. Es obvio que ello no es verdad; la presunción de que hablamos es una ficción jurídica típica. De aquí que, con respecto a la posibilidad o imposibilidad de conocimiento de la ley, no exista ninguna diferencia esencial entre una ley retroactiva y muchos casos en los cuales otra no retroactiva no es ni puede ser conocida por el individuo a quien tiene que aplicarse.

D) LA NORMA JURIDICA

a) *Norma jurídica y regla de derecho en sentido descriptivo*

Si la "coacción" en el sentido aquí definido es un elemento esencial al derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coercitivos, es decir: sanciones. En particular, las normas generales tienen que ser normas en las cuales una cierta sanción se hace depender de determinadas condiciones, expresándose tal dependencia mediante el concepto del "deber ser". Esto no significa que los órganos legisladores tengan necesariamente que dar a las normas la forma de juicios hipotéticos que establecen "deberes". Los diferentes elementos de una norma pueden quedar contenidos en muy diversos productos del proceso legislativo y expresarse lingüísticamente de maneras muy diversas.

Cuando el legislador prohíbe el robo, por ejemplo, puede definir primeramente el concepto de robo valiéndose de varias frases que forman un artículo de un código, y señalar después la sanción en otra frase, que puede formar parte de otro artículo del mismo texto, o incluso de un texto legal distinto. A menudo, la última frase no tiene la forma lingüística de un imperativo o de un juicio que exprese un "deber ser", sino la de predicción de un acontecimiento futuro. Frecuentemente, el legislador hace uso del futuro al decir que el ladrón "será" castigado en tal o cual forma. Entonces presupone que el problema sobre quién es ladrón ha quedado resuelto en alguna otra parte, en el mismo o en otro texto legal. La frase "será castigado" no implica la previsión de un hecho venidero —el legislador no es un profeta— sino que constituye un "imperativo" o "mandato", tomados estos términos en sentido figurado. Lo que la autoridad creadora de la norma quiere decir es que la sanción "debe ser" ejecutada contra el ladrón, si se realiza el supuesto condicionante de la misma.

Es tarea de la ciencia jurídica presentar el derecho de una comunidad, esto es, el material producido por la autoridad legal, a través del proceso legislativo, en la forma de juicios que establezcan que "si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción habrá de aplicarse". Estos juicios, por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no deben ser confundidos con las normas creadas por las autoridades encargadas de legislar. Es preferible no dar a estos juicios el nombre de normas, sino el de reglas jurídicas. Las normas jurídicas formuladas por los órganos legislativos son prescriptivas; las reglas del derecho que la ciencia jurídica establece son puramente descriptivas. Importa tener en cuenta que el término "regla jurídica" o "regla de derecho", es empleado por nosotros en sentido descriptivo.

b) *Regla de derecho y ley de la naturaleza*

La regla de derecho, usado el término en sentido descriptivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones. Esta es la forma lógica que tienen también las leyes naturales. Lo mismo que la ciencia jurídica, la de la naturaleza describe su objeto en proposiciones que ostentan el carácter de juicios hipotéticos. Y como en la proposición jurídica, la ley natural enlaza igualmente, como condición y consecuencia, dos hechos físicos. La condición es, en este caso, la "causa"; la consecuencia, el "efecto". La forma fundamental de la ley natural es la

causalidad. La diferencia entre la regla de derecho y la ley de la naturaleza parece consistir en que la primera se refiere a seres humanos y a su conducta, mientras que la segunda se refiere a las cosas y a sus reacciones. La conducta humana puede, sin embargo, ser materia de las leyes naturales, en la medida en que tal conducta pertenece también a la naturaleza. La regla de derecho y la ley natural difieren no tanto en los elementos que enlazan sino en la forma de tales enlaces. La ley natural establece que si A es, B es (o será). La regla de derecho dice: si A es, B debe ser. La regla de derecho es una norma (en el sentido descriptivo del vocablo). El significado de la conexión establecida por la ley natural entre los dos elementos queda expresado en la palabra "es", mientras que el significado de la establecida por la regla de Derecho queda expresado mediante las palabras "debe ser". El principio de acuerdo con el cual la ciencia natural describe su objeto, es la causalidad; el principio de acuerdo con el cual la ciencia del derecho describe el suyo, es la normatividad.

Usualmente, la diferencia entre ley natural y norma es caracterizada por la afirmación de que la primera no puede tener excepciones, en tanto que la segunda sí puede tenerlas. Sin embargo, tal afirmación no es correcta. La regla normativa: "si alguien roba deberá ser castigado", conserva su validez aun en el caso de que un ladrón quede impune. Tal hecho no implica una excepción al deber ser expresado por la norma; es únicamente una excepción al juicio enunciativo que expresa la regla de que, si alguien roba, realmente será castigado. La validez de una norma subsiste aun cuando, en un caso concreto, los hechos no correspondan a ella. Un hecho tiene el carácter de "excepción" a una regla, si el juicio que establece el hecho se encuentra en contradicción lógica con tal regla. Como la norma no es un juicio de realidad, ningún juicio sobre un hecho real puede contradecirla. De aquí que no pueda haber excepciones a una norma. Por su misma naturaleza, la norma es inviolable. Declarar que una norma es "violada" por cierta conducta es una expresión figurada; y la figura empleada no es correcta. Pues el juicio nada dice acerca de la norma; simplemente describe la conducta real como contraria a la que la norma prescribe.

La ley de la naturaleza no es sin embargo inviolable.²¹ Es posible que una ley natural tenga verdaderas excepciones. El enlace entre causa y efecto establecido en una ley natural descriptiva de la realidad física, tiene sólo el carácter de probabilidad, no el de necesidad absoluta pretendido por la vieja

²¹ William A. Robson, *Civilization and the Growth of Law* (1935), 340, dice: "Los hombres de ciencia ya no pretenden, para las leyes naturales, esa validez inexorable, inmutable y objetiva que anteriormente se les atribuía."

filosofía de la naturaleza. Si, como resultado de la investigación empírica, dos fenómenos se consideran en relación de causa y efecto, y tal resultado se formula en una ley natural, no queda absolutamente excluído que un hecho pueda ocurrir en contradicción con esa ley, y constituya, por tanto, una verdadera excepción a la misma. Si tal hecho queda establecido, entonces la formulación de la ley tiene que ser modificada de manera que el hecho nuevo corresponda a la nueva fórmula. Pero la conexión de causa a efecto establecida por ésta tiene solamente, como la antigua formulación, el carácter de probabilidad, no el de necesidad absoluta. Las excepciones a la ley no quedan excluídas.

Si examinamos la forma en la cual la idea de causalidad se ha desarrollado en el espíritu humano, encontraremos que tiene su origen en una norma. La interpretación de la naturaleza poseía originariamente carácter social. El hombre primitivo considera a la naturaleza como parte constitutiva de la sociedad a que pertenece. La realidad física es interpretada por él de acuerdo con los mismos principios que determinan sus relaciones sociales. A sus ojos, el orden social es, al propio tiempo, el de la naturaleza. Así como los hombres obedecen las normas del orden social, las cosas están sometidas a normas emanadas de seres personales sobrehumanos. La ley social fundamental es aquella que establece que el bien debe ser recompensado, y el mal castigado. Trátase del principio de retribución, que domina completamente la conciencia primitiva. La norma jurídica es el prototipo de tal principio. El hombre primitivo interpreta la naturaleza de acuerdo con el mismo principio. Su interpretación tiene un carácter jurídico normativo. La ley de causalidad encuentra su origen en la norma de retribución, y se desarrolla a consecuencia de un paulatino cambio de significado. Incluso durante el siglo XIX, la ley de causalidad era concebida como una norma, a saber, como expresión de la divina voluntad. El último paso en esta emancipación de la ley de causalidad, relativamente a la norma de retribución, consiste en el hecho de que la primera se despoja de su carácter normativo y deja, por tanto, de ser concebida como inviolable.²²

c) *La norma jurídica como criterio de valoración*²³

La norma jurídica puede tener aplicación, no únicamente en cuanto es ejecutada por un órgano u obedecida por los particulares, sino también en

²² Cf. mi libro *Society and Nature*, p. 233.

²³ Cf. mi artículo *Value Judgments in the Science of Law* (1942), 7. "J. of Social Philosophy and Jurisprudence", 312-333.

cuanto sirve de base para un juicio estimativo específico que califica la conducta del órgano o del particular como legal (debida) o ilegal (indebida). Estos juicios son juicios de valor específicamente jurídicos. Otros juicios estimativos se refieren al derecho mismo, o a la actividad de los individuos que crean la ley. Tales juicios afirman que la actividad del legislador o el producto de la misma, la ley, son justos o injustos. Es cierto que la actividad del juez es también considerada como justa e injusta, pero sólo en cuanto realiza una función creadora de derecho. En la medida en que simplemente aplica la ley, su conducta es considerada como legal e ilegal, en la misma forma en que puede serlo la de los particulares. Los predicados de valor implicados en los juicios que afirman que cierta conducta es legal o ilegal, serán designados por nosotros como "valores de la legalidad", mientras que aquéllos implicados en juicios que afirman que el orden jurídico es justo e injusto serán denominados "valores de justicia". Los juicios que afirman la existencia de valores de legalidad son objetivos, los que afirman la existencia de valores de justicia, subjetivos. El juicio jurídico de valor de que cierta conducta es legal o ilegal, es un aserto sobre una relación positiva o negativa entre la conducta y una norma jurídica cuya existencia se presupone por la persona que juzga. La existencia de una norma jurídica es su validez; y aun cuando la validez de las normas jurídicas no se identifica con ciertos hechos, está condicionada por ellos. Estos hechos son —como lo veremos en una sección posterior—²⁴ la eficacia del orden jurídico total a que la norma pertenece, la presencia de un hecho creador de la norma, y la ausencia de cualquier otro hecho que pueda anularla. Un juicio jurídico de valor que afirma una relación positiva o negativa entre una conducta humana determinada y una norma jurídica, implica la afirmación de la existencia de dicha norma. Este aserto y, por tanto, el mismo juicio jurídico de valor, pueden ser verificados por medio de los hechos que condicionan la existencia de la norma. En este sentido, el juicio jurídico de valor tiene un carácter objetivo. La existencia del valor de legalidad es objetivamente comprobable. El valor de justicia, sin embargo, no es de la misma naturaleza que el de legalidad. Cuando estimamos un orden jurídico o una institución jurídica como justos o injustos pretendemos decir algo más que cuando llamamos a un platillo bueno o malo, en el sentido de afirmar que lo encontramos agradable o no al paladar. La afirmación de que una institución jurídica, la esclavitud o la propiedad privada, por ejemplo, son justas o injustas, no quiere decir que alguien tenga un

24 Cf. *infra*, p. 139, e).

interés en tal institución o lo contrario. Lo significado es que la institución corresponde o no a una norma cuya validez se presupone por la persona que juzga. Pero tal norma no pertenece al derecho positivo. El juicio de justicia pretende, empero, expresar un valor objetivo.

Las normas que son realmente empleadas como criterios de justicia varían, según lo hemos indicado, de individuo a individuo, y a menudo son inconciliables entre sí. Una cosa es justa o injusta únicamente para el individuo frente al cual existe la correspondiente norma de justicia, y tal norma tiene existencia sólo para aquellos que, por una u otra razón, desean lo que la misma prescribe. Es imposible determinar tal norma de una manera única. En última instancia constituye la expresión del interés del individuo que declara que determinada institución social es justa o injusta. Esto es, sin embargo, algo de lo cual no tiene conciencia. Su juicio pretende afirmar que hay una justicia independiente de la voluntad humana. Esta pretensión de objetividad es particularmente evidente cuando la idea de justicia aparece bajo la forma de "derecho natural". De acuerdo con la doctrina del *ius naturalis*, la norma de justicia es inmanente a la naturaleza —la naturaleza del hombre o la de las cosas— y el hombre sólo puede captar, pero no crear o modificar dicha norma. La doctrina de que hablamos es una ilusión típica, debida a la objetivación de intereses subjetivos.

Los valores de justicia no consisten, es verdad, en una relación con una norma. Esta, empero, no es, como lo cree la persona que juzga, objetiva, sino que depende de un interés subjetivo del juzgador. No hay pues, por consiguiente, un solo criterio de justicia, sino gran número de criterios distintos e incongruentes entre sí.

El derecho positivo es sin embargo uno solo. O —si queremos tomar en cuenta la existencia de los varios órdenes jurídicos nacionales— sólo hay para cada territorio un derecho positivo. El contenido de los mismos únicamente puede ser determinado mediante un método objetivo. La existencia de los valores de legalidad está condicionada por hechos objetivamente verificables. A las normas de derecho positivo corresponde una determinada realidad social, no así a las de la justicia. En este sentido el valor del derecho es objetivo, mientras que el de la justicia es subjetivo. Desde este punto de vista es indiferente que un gran número de personas tenga a veces un mismo ideal de justicia. Los juicios jurídicos de valor son juicios que pueden ser objetivamente comprobados con ayuda de los hechos. Por ello son admisibles dentro del ámbito de la ciencia del derecho. Los de justicia no pueden ser objetivamente comprobados. Consecuentemente, la ciencia jurídica no tiene lugar para ellos.

*image
not
available*

*image
not
available*

orden jurídico" o el "propósito del legislador" únicamente podrán entrar en la definición en la medida en que se hallen expresados en el material producido a través del procedimiento creador de derecho, es decir, en la medida en que se hallen manifestados en los contenidos del orden jurídico. De lo contrario, el concepto de acto antijurídico no pertenecería a la ciencia del derecho.

Considerado desde este punto de vista, el acto antijurídico es el supuesto al cual la norma jurídica enlaza la sanción. Cierta conducta humana es un acto antijurídico porque el orden enlaza a tal conducta, en cuanto supuesto, una sanción, como consecuencia. El acto antijurídico es delito si tiene una sanción penal, y es una violación civil si tiene como consecuencia una sanción civil. Es incorrecta la afirmación corriente de acuerdo con la cual una cierta clase de conducta humana trae consigo una sanción jurídica porque tal conducta es antijurídica. Al revés: la conducta es antijurídica porque tiene como consecuencia una sanción. Desde el punto de vista de la teoría que tiene como exclusivo objeto el derecho positivo, no hay más criterio del acto antijurídico que el hecho de que la conducta sea condición de la sanción. No hay un acto antijurídico en sí mismo. En la teoría penal tradicional se establece una distinción entre *mala in se* y *mala prohibita*,²⁵ es decir, entre la conducta que es mala en sí misma, y aquella que tiene tal carácter sólo en cuanto está prohibida por un orden social positivo. Esta distinción no puede ser mantenida en una teoría del derecho positivo. La distinción es el elemento típico de la doctrina del derecho natural.²⁶ Procede de una suposición —que no puede ser probada científicamente— según la cual ciertas formas de conducta humana son, por su

25 Cf. Jerome Hall, *Prolegomena to a Science of Criminal Law* (1911) 89 U. of Pa. L. Rev. 549-580. La distinción entre *mala in se* y *mala prohibita*, es decir, la conducta que es mala en sí misma y la que es mala únicamente porque está prohibida por un orden social positivo, es casi idéntica a la que Aristóteles hizo en su *Ética Nicomaquea* (1134 b) entre lo "natural" y lo "legal". "Lo natural; aquello que en todas partes tiene la misma fuerza y no existe porque la gente piense esto o aquello; lo legal: aquello que es originariamente indiferente, pero deja de serlo por disposición del legislador."

26 Blackstone, *Commentaries*, Introduction, párrafo 65, distingue entre deberes naturales y positivos. "En lo que toca a los *deberes naturales* y a los delitos que son *mala in se*, estamos ligados en conciencia, en cuanto ligados por leyes superiores, antecedentes a las leyes humanas, y porque aquellas leyes nos obligaban a cumplir los primeros y a abstenernos de los segundos. Pero en relación con aquellas leyes que sólo establecen *deberes positivos* y únicamente prohíben aquellas cosas que no son *mala in se*, sino *mala prohibita*, sin ninguna mezcla de culpa moral, y enlazan una pena al incumplimiento, estimo que la conciencia nada tiene que ver, sino en lo que toca a la sumisión a la pena, para el caso de que tales leyes sean violadas."

*image
not
available*

*image
not
available*

C) EL ACTO ANTIJURIDICO COMO CONDUCTA DEL INDIVIDUO
CONTRA EL CUAL SE DIRIGE LA SANCION

Una definición jurídica del acto violatorio tiene que basarse exclusivamente en la noción de norma jurídica. De hecho, tal definición puede darse. Normalmente, el acto antijurídico es la conducta de aquel individuo contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta. Esta es la definición jurídica del concepto que estamos examinando. El criterio de tal concepto es un elemento que constituye el contenido de la norma jurídica. No se trata de una pretendida intención del legislador. Es un elemento de la norma por la cual el legislador expresa su intención de una manera objetivamente comprobada; trátase de un elemento que puede ser encontrado mediante un análisis del contenido de la norma jurídica. Desde un punto de vista político es por supuesto de mayor interés determinar por qué razón y con qué propósito el legislador estipula la sanción y la dirige contra cierto individuo. Pero desde el punto de vista jurídico la razón y el propósito del legislador sólo deben tomarse en cuenta en la medida en que se hallen expresados en el contenido de la norma; y el legislador expresa generalmente su intención cuando dirige la sanción contra el individuo cuya conducta es contraria a la deseada por el mismo legislador. Muy a menudo el hecho antijurídico, especialmente el delictuoso, es objeto de una censura moral y religiosa o, lo que es igual, considerado como "pecado"; y tal connotación es enlazada a las palabras con las cuales se acostumbra designar el acto antijurídico como "indebido", "ilegal", "contrario a la ley" o "violatorio del derecho". Pero el concepto jurídico de dicho acto debe permanecer enteramente libre de tales elementos. Estos no tienen ninguna importancia dentro de una teoría analítica del derecho positivo.

La definición del acto antijurídico como la conducta del individuo contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta, presupone —aun cuando no se refiera a ese hecho— que la sanción se dirige contra el individuo cuya conducta es considerada por el legislador como perjudicial a la sociedad, por lo cual el mismo legislador trata de prevenir ese comportamiento por medio de la sanción. Esta idea resulta válida en principio para el derecho de los pueblos civilizados.

En esta conexión debe advertirse que el hecho antijurídico debe consistir no únicamente en cierta clase de conducta, sino también en los efectos de la misma. El orden jurídico enlaza una sanción a la conducta de un individuo atendiendo a los efectos que ésta tiene en relación con otros. El delito llamado "homicidio" consiste en la conducta de un individuo que pretende provocar y de hecho provoca la muerte de otro. El comportamiento no consiste necesariamente en una acción, ya que puede consistir también en una omisión, es decir, en la no realización de una acción. En tal caso pudiera parecer a veces que la sanción se halla dirigida contra un individuo distinto del autor del delito, como ocurre por ejemplo cuando un niño causa a alguien la muerte y, de acuerdo con el derecho positivo, el padre es castigado "por ello". Sin embargo, el delito no consiste en este caso en la acción del niño, sino en la conducta del padre, incapaz de prevenir la realización de ese acto socialmente indeseable; el padre es castigado "a consecuencia de dicha omisión"; él es el delincuente, no el hijo.

De acuerdo con el derecho penal de los pueblos civilizados, la sanción usualmente es establecida sólo para aquellos casos en que el efecto socialmente indeseable fue provocado intencionalmente o por negligencia del delincuente. Si la intención es esencial a la comisión de un delito, una cierta actitud mental del delincuente constituye un ingrediente material del acto antijurídico; en este caso, tal acto se encuentra calificado psicológicamente. Si el efecto socialmente indeseable no fue provocado ni de manera intencional ni por negligencia,²⁸ entonces ninguna sanción puede ejecutarse contra del individuo cuyo comportamiento condujo a ese resultado. Ello supone el principio de que la sanción tiene que dirigirse únicamente contra el delincuente, esto es, contra el individuo que, por acción u omisión, directa o indirectamente, produce el efecto socialmente perjudicial. El principio según el cual la sanción hállase dirigida contra el individuo cuyo comportamiento considérase nocivo para la sociedad, y la idea de que, por ello mismo, el hecho antijurídico debe ser definido por la ciencia del derecho como la conducta del individuo contra el cual se dirige la sanción, como consecuencia de esa conducta, resultan de la finalidad de la sanción, ya sea que se trate de sanciones retributivas o preventivas (impeditivas). Sólo cuando el daño de la sanción recae sobre quien lo ha producido, las exigencias de la retribución se cumplen y el temor a la sanción puede apartar a los individuos de la comisión del acto antijurídico.

²⁸ La negligencia no es una calificación psicológica del acto antijurídico. Cf. *infra*, p. 77.

En el caso en que la sanción es dirigida contra una persona distinta de aquella cuya conducta se considera socialmente perjudicial, el propósito de retribución o prevención (*deterrence*) únicamente puede alcanzarse si este individuo y aquel contra el cual la sanción se dirige son, por una u otra razón, identificados; si el mal que la sanción hace recaer sobre su víctima inmediata es experimentado también como un mal por el otro individuo. En este caso, la sanción alcanza en última instancia al individuo cuyo comportamiento se considera perjudicial a la sociedad; y entonces el acto anti-jurídico puede ser incluso definido desde el punto de vista de la ciencia del derecho, como la conducta del individuo contra el cual la sanción se halla mediatamente dirigida, como consecuencia de la misma conducta. Matando al hijo se puede castigar al padre, y ello en forma mucho más severa que a través de un mal que pudiera infligirse personalmente a este último. La cruel pero eficaz práctica de hacer rehenes se basa en el hecho de que en mayor o menor medida nos identificamos con los individuos que pertenecen a nuestro propio grupo, ya se trate de la familia, de la aldea o de la comunidad política o religiosa. Un rehén es un individuo tomado como garantía del cumplimiento de determinada estipulación. Si ésta no es cumplida, el rehén es ejecutado. En cuanto su muerte es experimentada como un daño por sus parientes o conciudadanos, la amenaza de que habrá de matársele funciona como una sanción indirecta contra los infractores potenciales de las estipulaciones señaladas.

El propósito de la sanción civil es, originariamente al menos, la reparación de un daño por medio de una privación coactiva de la propiedad. Casi sin excepciones, el orden jurídico emplea en este caso la técnica de establecer como supuestos de la sanción no sólo la realización del daño, sino también la circunstancia de que el individuo de cuya propiedad habrá de provenir la reparación no repare voluntariamente el mismo daño. La sanción es siempre decretada contra el individuo que debiendo reparar el daño no ha cumplido con tal deber. El hecho antijurídico civil consiste en la no reparación. Así pues, el sujeto del hecho antijurídico civil y el objeto de la sanción civil son siempre idénticos en este caso, independientemente de que el daño que debe repararse haya sido causado por el individuo que debe repararlo o por una persona distinta. El concepto jurídico de acto violatorio presupone en principio que el individuo cuyo comportamiento tiene un carácter socialmente perjudicial desde el punto de vista político, y aquel contra el cual la sanción es directa o indirectamente ejecutada, coinciden.

*image
not
available*

ficados con él. En este caso el sujeto de la violación y el objeto de la sanción coinciden. Y en este caso, asimismo, el acto antijurídico es la conducta del ente contra el cual, como consecuencia de tal conducta, la sanción se dirige. Pero tal ente no es un individuo, sino una colectividad. El concepto jurídico de acto violatorio vale, pues, también para el derecho primitivo. La ideología en que éste descansa no es todavía la prevención, sino la retribución; y las exigencias de esta última quedan cumplidas incluso en el caso en que la sanción se dirige contra una persona distinta del infractor, cuando, por una u otra razón, la primera es identificada con el segundo.

E) ACTOS ANTIJURIDICOS COMETIDOS POR PERSONAS COLECTIVAS

En el derecho de los pueblos civilizados encontramos una situación semejante. En ciertos casos, una persona jurídica, una corporación, es considerada como autora de un acto antijurídico cometido directamente por un individuo aislado, en su carácter de órgano de la corporación. Entonces la sanción se dirige no únicamente contra éste sino, en principio, contra todos los miembros de la corporación. Esto es, por ejemplo, lo que ocurre en el caso del derecho internacional. Si un delito internacional, una violación del derecho internacional se realiza, determinado Estado es considerado como sujeto de tal delito, a pesar de que éste consiste en la conducta de un individuo determinado, por ejemplo, el Jefe del Estado o el Ministro de Relaciones Exteriores. En cuanto este individuo es órgano del Estado, su comportamiento se considera como un acto antijurídico cometido por el Estado. También la sanción del derecho internacional, represalias o guerra, encuéntrase dirigida contra el Estado, y ello significa que va contra todos sus miembros, no únicamente contra el autor inmediato del acto violatorio. En cuanto el Estado es concebido como una persona jurídica, el sujeto del acto violatorio y el objeto de la sanción son idénticos. El acto antijurídico es también, en este caso, la conducta del sujeto contra el cual, a consecuencia de tal conducta, se dirige la sanción.

El concepto de corporación como persona jurídica, deriva, en ciertos sentidos, de la identificación de un individuo con su grupo social, como ocurre en el pensamiento primitivo. Si deseamos prescindir de este concepto y de la identificación que el mismo implica, tendremos que conformarnos con la afirmación de que la sanción encuéntrase dirigida contra individuos que se hallan con el infractor en una cierta relación jurídica. A fin de incluir este caso en nuestra definición, tendríamos que definir el acto anti-

jurídico como la conducta del individuo contra el cual la sanción se dirige, o de la persona que se halla en una cierta y determinada relación jurídica con aquellas otras a quienes la sanción se aplica.

Síguese de lo anterior que la relación entre el acto antijurídico y la sanción puede ser de dos clases diferentes. En ambos casos, es verdad, el infractor y el que es objeto de la sanción son idénticos. Pero en un caso tal identidad es una identidad física real, en tanto que en el otro es sólo una identidad jurídica ficticia. En un caso, la sanción se aplica al autor inmediato del acto antijurídico, es decir, al infractor; en el otro, dirígese contra un individuo o contra varios individuos que tienen, con el infractor, una relación determinada jurídicamente.

IV. EL DEBER JURIDICO

A) DEBER JURIDICO Y NORMA

Intimamente relacionado con el concepto de acto antijurídico está el de deber jurídico. El concepto de deber es originariamente un concepto específico de la moral y designa la norma moral en su relación con el individuo a quien se prescribe o prohíbe determinada conducta. La frase: "un individuo tiene el deber (moral) o se encuentra (moralmente) obligado a observar tal o cual conducta", significa que existe una norma válida (de carácter moral) que ordena tal comportamiento; o que el individuo debe conducirse en esa forma.

El concepto de deber jurídico no es sino la contrapartida del concepto de norma jurídica. Pero la relación es aquí más compleja, puesto que la norma jurídica tiene una estructura más complicada que la norma moral. La norma jurídica no se refiere, como la moral, a la conducta de un solo individuo, sino cuando menos a la de dos: el individuo que comete o puede cometer el acto antijurídico, es decir, el infractor, y aquel que debe ejecutar la sanción. Si la sanción es dirigida contra otro individuo distinto del infractor inmediato, la norma jurídica se refiere a tres individuos. El concepto de deber jurídico, tal como es actualmente empleado en la jurisprudencia y como lo define especialmente Austin, refiérese sólo al individuo sobre el cual la sanción recae en el caso de que cometa el acto violatorio. Tal individuo está jurídicamente obligado a abstenerse de la comisión

de dicho acto: si se trata de una acción positiva, está obligado a no realizarla; si se trata de la omisión de cierta conducta, está obligado a ejecutar tal conducta. Un individuo está jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción dirigida contra él (o contra individuos que tienen con él una cierta relación jurídicamente determinada). "Viola" su deber (u obligación) o, lo que equivale a lo mismo, comete un acto antijurídico, si se comporta de tal manera que su conducta sea condición de una sanción; cumple su deber (u obligación) o, lo que es lo mismo, deja de cometer un acto antijurídico, si su conducta es contraria a la que constituye la condición de la sanción. Así pues, estar jurídicamente obligado a cierto comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y que, como tal, representa la condición de una sanción establecida por la norma; o sea, estar jurídicamente obligado significa ser el sujeto potencial de un acto antijurídico, ser infractor en potencia. Sin embargo, sólo cuando la sanción va dirigida contra el violador inmediato, es sujeto del deber el responsable de la sanción estipulada por la norma jurídica, es decir, el sujeto potencial de la sanción. Cuando ésta va dirigida contra un individuo distinto del violador inmediato, el sujeto del deber (es decir, el infractor potencial) y el objeto potencial de la sanción no coinciden, al menos en la realidad, sino sólo de acuerdo con una ficción jurídica. La existencia de un deber jurídico no es sino la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico. Este no se concibe fuera de la norma jurídica. El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción. La conducta opuesta a aquella que como acto antijurídico es condición de la sanción, constituye el contenido del deber jurídico. Este es el deber de abstenerse del acto antijurídico. Es la obligación de "obedecer" la norma de derecho.

B) LA OBLIGACION JURIDICA Y EL "DEBER SER"

De acuerdo con esta definición del deber jurídico, la norma de derecho que obliga al sujeto a abstenerse del acto violatorio, enlazando una sanción a dicho acto, no establece ningún deber jurídico de ejecutar la sanción o de "aplicar" la misma norma. El juez —o, para usar una expresión más general, el órgano aplicador del derecho— puede hallarse jurí-

dicamente obligado a ejecutar la sanción —en el sentido en el cual el sujeto está obligado a abstenerse de la violación, a “obedecer” la norma jurídica— sólo cuando hay otra norma que enlaza una nueva sanción a la no ejecución de la primera. En tal caso hay dos normas distintas: una que estipula que determinado órgano debe ejecutar una sanción contra un sujeto, y otra que obliga a otro órgano a ejecutar una sanción contra el primero, en el supuesto de que la primera sanción no sea impuesta. Relativamente a la segunda norma, el órgano de la primera no es un “órgano aplicador” del derecho, sino un “sujeto” que obedece o desobedece la ley. La segunda norma convierte en deber jurídico del órgano de la primera ejecutar la sanción señalada por la primera. El órgano de la segunda puede a su vez encontrarse obligado por una tercera norma a ejecutar la sanción estipulada por la segunda, y así sucesivamente.

Estas series de normas jurídicas no pueden, sin embargo, prolongarse indefinidamente. Debe haber una última norma de la serie que establezca una sanción que ya no tenga el carácter de deber jurídico, en el sentido anteriormente definido. Si la significación de esta última se expresa también diciendo que bajo ciertas condiciones una sanción “debe ser” ejecutada, entonces el concepto de “deber” no coincide con el de deber jurídico. El órgano que “debe” decretar una sanción, puede estar o no jurídicamente obligado a hacer tal cosa. En los ordenamientos jurídicos primitivos y en el derecho internacional el órgano no tiene el deber jurídico de ejecutar la sanción. Si la norma jurídica se expresa diciendo que cuando ciertas condiciones se cumplen, el órgano debe decretar y ejecutar la sanción, entonces la palabra “debe” significa únicamente el sentido específico en el cual la sanción es “estipulada”, “establecida”, “determinada” por la norma. Con esto nada se dice acerca del problema de si el órgano está “obligado” a decretar la sanción. Dentro del campo de la moral, el concepto de obligación coincide con el de “deber ser”. La conducta que constituye lo obligación moral de una persona es simplemente aquella que, de acuerdo con la norma ética, debe observar.

El concepto de deber jurídico implica también un “deber ser”. El que alguien esté jurídicamente obligado a determinada conducta significa que un órgano “debe” aplicarle una sanción en el caso de que se comporte de manera contraria. Pero el concepto de deber jurídico difiere del de deber moral en el hecho de que el primero no es la conducta que la norma “exige”, la conducta que “debe ser” observada. El deber jurídico, es por lo contra-

*image
not
available*

nes de la misma han quedado cumplidas. Pero cuando se habla del acto antijurídico del súbdito como de un acto contrario al derecho, no se tiene presente la conducta antijurídica del órgano.

D) CUMPLIMIENTO Y APLICACION DE LA NORMA JURIDICA

Si por "validez" se entiende el "deber ser" jurídico, entonces el derecho, es decir, la norma primaria, sólo vale directamente para el órgano que debe ejecutar la sanción. Sólo cuando se hace uso del concepto de norma secundaria en la presentación del derecho puede decirse que el súbdito "debe" evitar el acto antijurídico y cumplir su obligación, caso en el cual el derecho adquiere también, indirectamente, validez para el súbdito. Sólo el órgano puede, hablando estrictamente, "obedecer" o "desobedecer" la norma jurídica, al ejecutar o dejar de ejecutar la sanción prescrita. De acuerdo con el uso ordinario, las expresiones: "obedecer la norma" y "violar la norma" refiérense sin embargo a la conducta del súbdito. Este puede "obedecer" o "desobedecer" únicamente la norma secundaria. Si aceptamos la expresión de acuerdo con la cual el súbdito obedece o desobedece la ley, entonces habrá que decir que el órgano "aplica" o no "aplica" el derecho. Solamente con semejante distinción terminológica estaremos en condiciones de percibir claramente la diferencia entre la relación del derecho con el súbdito, o infractor potencial, y su relación con el órgano. En la medida en que por derecho entendemos la norma jurídica genuina, o norma primaria, aquél resulta eficaz si es aplicado por el órgano, es decir, si éste ejecuta la sanción. Y el órgano tiene que aplicar el derecho precisamente cuando el súbdito "desobedece"; este es el caso para el cual la sanción se establece. Hay, sin embargo, una cierta conexión entre la obediencia y la aplicación efectivas del derecho. Si una norma jurídica es permanentemente desobedecida por los particulares, probablemente dejará de ser aplicada también por los órganos del Estado. Por esto, aun cuando la eficacia del derecho consiste primordialmente en su aplicación por el órgano que corresponda, secundariamente significa que los particulares le prestan su obediencia.

E) LA DISTINCION DE AUSTIN ENTRE DEBERES PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

Una de las principales deficiencias de la teoría de Austin, es la falta de una clara visión del carácter secundario de la norma que estipula la

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario. Normalmente, esto es, cuando la sanción se dirige contra el infractor inmediato, el individuo es responsable de su propia conducta. En este supuesto coinciden la persona responsable y la sujeta al deber jurídico.

En la teoría tradicional se distinguen dos clases de responsabilidad: basada en culpa y absoluta (*liability*). Como lo dijimos en otra parte, el orden jurídico enlaza una sanción a la conducta de un individuo tomando en cuenta el efecto de tal conducta sobre otros individuos. La técnica del derecho primitivo se caracteriza por la circunstancia de que la relación entre el comportamiento y su resultado no está psicológicamente calificada. Es indiferente que el autor haya anticipado o tratado de provocar de manera intencional las consecuencias de su conducta. Basta con que haya provocado el resultado que el legislador considera perjudicial, y que exista una conexión externa entre el acto y sus efectos. No es necesaria una relación entre el fuero interno del agente y el resultado de su comportamiento. Esta clase de responsabilidad denomínase absoluta.

Una técnica jurídica refinada exige la distinción entre el caso en que el agente ha previsto y querido el efecto de su conducta, y aquél en que el comportamiento de una persona produce un efecto perjudicial que no había sido previsto ni querido por el sujeto actuante. Un ideal individualista de justicia reclama que la sanción se enlace a la conducta de un individuo, sólo cuando el efecto perjudicial ha sido previsto o buscado por el autor y éste ha tenido la intención de causar daño a otra persona, supuesto en el cual tal intención puede considerarse viciada. Un resultado que el legislador considere perjudicial puede ser realizado intencionalmente por un individuo, pero sin el propósito de causar daño a otro. Así, por ejemplo, un hijo puede dar muerte a su padre incurablemente enfermo, con el deseo de poner fin a los sufrimientos de éste. La intención del hijo, provocar la muerte de su padre, no es en tal hipótesis maliciosa.

El principio de enlazar la sanción a la conducta de un individuo sólo cuando el resultado ha sido previsto o maliciosamente buscado por el actuante, no es completamente admitido en el derecho moderno. Los individuos son considerados jurídicamente responsables no sólo cuando el resultado positivamente dañoso ha sido maliciosamente provocado por su conducta, sino también cuando ha sido querido sin malicia, o, no habiendo sido querido, ha sido previsto por el sujeto y provocado por su actividad. Pero las sanciones pueden ser diferentes en todos esos casos. Caracterízanse

por el hecho de que la conducta que constituye el acto antijurídico se encuentra psicológicamente condicionada. Un cierto estado mental del infractor, a saber, la previsión o el deseo del resultado perjudicial (la llamada *mens rea*), es un elemento del acto antijurídico. Este elemento se designa por medio del término "culpa" (*dolus* o *culpa* en un sentido amplio del término). Cuando la sanción es atribuída únicamente a una violación psicológicamente calificada, se habla de responsabilidad basada en culpa o de culpabilidad, en contraposición a la responsabilidad absoluta.

El derecho moderno, sin embargo, también enlaza sanciones a la conducta que ha provocado sin intención o previsión un resultado perjudicial, especialmente cuando el individuo no ha tomado las medidas por las cuales ese resultado puede normalmente evitarse. El derecho moderno obliga a la persona a tomar aquellas providencias que pueden evitar la producción de consecuencias perjudiciales de su propia conducta en relación con otras personas. La falta del cuidado prescrito por el derecho se llama negligencia; y ésta es considerada como otra especie de "culpa" (*culpa*), aun cuando menos grave que la que consiste en prever y tratar de provocar —con o sin malicia— el resultado perjudicial. Hay, empero, una diferencia esencial entre los dos casos. Sólo el último implica una calificación psicológica del acto antijurídico; sólo entonces un cierto estado espiritual del autor se convierte en condición esencial de la sanción. La negligencia caracterízase en cambio por una completa falta de previsión e intención. No es la calificación específica de un acto antijurídico, es el mismo acto antijurídico, la omisión de ciertas medidas precautorias, es decir, el no ejercicio de esa especie de cuidado que, de acuerdo con la ley, debe ejercitarse. La negligencia es un acto antijurídico de omisión, y la responsabilidad por negligencia es más una especie de responsabilidad absoluta que un tipo de culpabilidad.

Lo anterior resulta patente cuando se compara una violación por omisión que tenga el carácter de negligencia, con otra que implique culpabilidad. Un niño, jugando a la orilla de un lago, cae al agua y se ahoga. La madre que acompañaba al niño, no ejercitó el cuidado necesario, porque tuvo el deseo de desprenderse del chiquillo. Previó claramente la posibilidad del hecho y lo deseó maliciosamente. Este es un caso de culpabilidad. En otro caso ocurre el mismo hecho, pero la madre omite el cuidado necesario no porque desee la muerte del niño; al contrario, lo ama; pero en el momento crítico está leyendo un interesante pasaje de una historia policíaca y se olvida de lo que ocurre a su alrededor. Este es un caso de

imprudencia o negligencia. La madre no previó el accidente porque su conciencia estaba completamente ocupada en los acontecimientos ficticios de la novela; e, incuestionablemente, no tuvo la intención de que el accidente se produjera. Pero debió haber previsto la posibilidad de la desgracia y, por tanto, no haber leído un relato interesante y olvidar la circunstancia externa de que su hijo se encontraba jugando a la orilla de un lago. El acto antijurídico cometido por ella consistió en no haber anticipado la posibilidad del accidente y no haber hecho lo que era necesario para evitarlo. Este es el aspecto jurídico o moral, no el psicológico, de la situación. Desde el punto de vista psicológico no hay relación entre la muerte del niño y la conducta de la madre. Su estado de ánimo respecto a la muerte del niño sólo puede ser caracterizado en un sentido negativo. Si la responsabilidad absoluta consiste en el hecho de que una sanción sea enlazada a una conducta, sin considerar si el resultado perjudicial de la misma ha sido previsto o querido por el individuo actuante, y el infractor queda sujeto a una sanción, aun cuando no haya una relación psicológica entre su estado de ánimo y el resultado perjudicial de su conducta, el referir una sanción a un acto antijurídico cometido por imprudencia constituye entonces una especie de responsabilidad absoluta.

Hay, sin embargo, una diferencia entre este tipo de responsabilidad absoluta y la que prevalece en el derecho primitivo. Este último no obliga a los individuos a adoptar las medidas necesarias para que las consecuencias perjudiciales de su comportamiento, en relación con otros individuos, puedan ser evitadas. Además, no restringe las sanciones a aquellos casos en que la consecuencia perjudicial ha sido prevista y querida por el infractor o a aquellos otros en que no se ha cumplido la obligación de ejercer el cuidado necesario. De acuerdo con el derecho primitivo, la sanción es enlazada a una conducta aun cuando el efecto perjudicial haya sido provocado a pesar de que el sujeto ejerció el cuidado necesario. El derecho moderno —aun cuando sin rechazar completamente el principio de la responsabilidad absoluta— tiende a restringir tal principio al caso de incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas por las cuales, normalmente, los efectos nocivos del comportamiento pueden ser evitados. Cuando un individuo ha producido un efecto perjudicial sobre otro, puede, en principio, liberarse de una sanción penal o civil si prueba que no ha previsto o querido el resultado perjudicial de sus actos, y que cumplió el deber jurídico de tomar las medidas por las cuales, en circunstancias de normalidad, el efecto nocivo habría podido evitarse.

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

mulgación del precepto, por lo cual éste no tenía validez en el momento en que el acto antijurídico pudo haberse cometido u omitido. Conviene advertir que el deber jurídico adquiere significación precisamente en el supuesto de que el orden jurídico no produzca el efecto psíquico deseado, y el individuo falte al cumplimiento de su deber porque la idea del orden jurídico no fue motivo suficiente para evitar la inobservancia.

c) *El deber jurídico como temor a la sanción*

Por tanto, la definición de Austin es enteramente correcta cuando indica que "un particular está *sometido* u *obligado* a hacer o a omitir, en cuanto está expuesto a un daño". Pero el citado autor añade: "y porque teme ese daño". "Para emplear las expresiones corrientes, aun cuando no muy exactas, diremos que, por su temor a sufrir el daño, se encuentra *constreñido* a realizar el acto que le ha sido prescrito, o que el mismo temor le hace abstenerse de ejecutar el acto que le ha sido vedado."³⁹ Esto contradice la otra definición: "Estar obligado... es encontrarse sujeto a una sanción en el caso de desobedecer el mandato." El que uno esté "sujeto a una sanción" o deje de estarlo, en manera alguna depende de que tema o no la sanción misma. Si fuese verdad que "el particular está sujeto u obligado porque teme el daño", entonces la definición tendría que decir: "Estar obligado es temer la imposición de la sanción." Pero semejante definición sería incompatible con los principios de la jurisprudencia analítica, tal como Austin la concibe. El derecho es, en opinión del citado jurista, un sistema de mandatos, y ningún análisis de lo contenido en éstos puede revelar el hecho psicológico del temor. Austin dice explícitamente: "A fin de que una obligación tenga eficacia (o, en otras palabras, a fin de que la sanción pueda actuar como motivo determinante del cumplimiento), tienen que concurrir dos condiciones. En primer lugar es necesario que el particular conozca la ley que impone la *obligación*, y a la que la sanción se encuentra enlazada. En segundo lugar, que realmente sepa (o que, mediante la debida atención o consideración, *pueda* realmente saber) que el acto en cuestión, o una omisión determinada, son *violatorios* de la ley o implican un *desacato* a la obligación. A menos de que concurren estas condiciones, resulta imposible que la sanción actúe sobre los deseos del obligado."⁴⁰ Austin no niega, sin

39 Austin, *Jurisprudence*, 444.

40 Austin, *Jurisprudence*. 480-481.

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

tivo de usar un camino que atraviesa la propiedad de otra persona, significa: el dueño de tal propiedad está jurídicamente obligado a no impedirme el uso de ese camino. La afirmación de que tengo el derecho de conducirme en determinada forma puede encerrar —es cierto— sólo una significación negativa, a saber, la de que no estoy obligado a conducirme de otra manera. Al declarar: tengo el derecho de hacer algo, posiblemente sólo quiero decir que no estoy obligado a abstenerme de hacerlo; y al decir: tengo el derecho de abstenerme de algo, posiblemente sólo quiero expresar que no estoy obligado a hacerlo. En este sentido la frase: tengo un derecho, posee únicamente la significación negativa de que —con respecto a cierta conducta— soy libre, en cuanto no hay norma que me obligue a ese comportamiento o al contrario.

Pero para que yo pueda ser jurídicamente libre en relación con cierta conducta, otro individuo o todos los individuos tienen que estar obligados al comportamiento correlativo. No soy jurídicamente libre de hacer lo que quiero si los demás no están jurídicamente obligados a no impedirme que lo haga. Mi libertad jurídica es siempre la sujeción jurídica de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de una persona distinta. Tengo el derecho subjetivo de hacer algo, o de abstenerme de hacer algo, sólo porque o en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga o deje de hacerlo. Si tengo el derecho de usar un camino que atraviesa una propiedad ajena, ello implica jurídicamente que el dueño de tal propiedad y, por esa razón, todas las demás personas, están obligadas a no impedirme que use el mismo camino. Si me impiden hacer tal cosa, violan un deber que el orden jurídico les impone y quedan expuestos a una sanción. Decir que soy dueño de una cosa significa, desde el punto de vista jurídico, que todo el mundo está obligado a no estorbar la facultad que tengo de disponer de esa cosa. Si alguien interfiere con esa facultad, comete un acto antijurídico y se hace acreedor a una sanción. Declarar que tengo el derecho subjetivo de permanecer en mi alojamiento, significa a su vez que si alguien tratase de constreñirme a salir de él, incurriría en la comisión de un acto antijurídico. No hay derecho subjetivo en relación con una persona sin el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto.

Por otra parte, la obligación de un individuo de observar cierta línea de conducta, refiérese siempre el comportamiento de éste en relación con

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

cho antes de que apareciera el Estado con un orden jurídico deliberadamente establecido. Tenían su base en la personalidad de un individuo y en el respeto que éste era capaz de obtener e imponer. El concepto de orden jurídico pudo lograrse a través de la consideración de los derechos subjetivos existentes y gracias a un proceso de gradual abstracción. Por ello es incorrecto, tanto histórica como lógicamente, suponer que los derechos subjetivos no son sino emanaciones del objetivo. El orden jurídico garantiza y configura los derechos subjetivos, pero no los crea.”⁴⁸

c) *El derecho subjetivo como reconocimiento de una voluntad o protección de un interés*

Claramente se advierte que esta teoría de la prioridad de los derechos subjetivos es insostenible, tanto desde el punto de vista lógico, como desde el psicológico. A través de los sentidos no se puede percibir el carácter jurídico de un fenómeno. El hecho de que un individuo tenga o no el derecho de poseer una cosa no puede ser visto, oído o tocado. El juicio de que un individuo tiene o no derecho a poseer una cosa, es un juicio de valor que sólo es lógica y psicológicamente posible cuando el individuo que lo emite presupone la existencia, es decir, la validez de una norma general concerniente a la posesión. Esta norma no es, ni lógica ni psicológicamente, el resultado de una abstracción basada en un conjunto de percepciones singulares de derechos subjetivos, como el concepto general de árbol es el resultado de una abstracción basada en una serie de percepciones semejantes; pues los derechos subjetivos no son perceptibles mediante la sensibilidad, como pueden serlo los árboles. Determinar de qué manera la idea de una regla adquiere existencia, es problema que no nos corresponde tratar aquí. Únicamente necesitamos establecer cómo, sin pre-

48 Heinrich Dernburg, *System des Römischen Rechts* (Der Pandekten, achte, umgearbeitete Auflage). Primera parte (1911), 65. Blackstone, *Commentaries*, libro I, párrafo 167: “El principal objeto de la sociedad es proteger a los individuos en el goce de aquellos derechos absolutos procedentes de las leyes inmutables de la naturaleza, derechos que no podían ser preservados pacíficamente sin esa asistencia mutua y sin la comunicación recíproca que se obtiene gracias a la institución de comunidades sociales y amigables. De lo anterior se sigue que la finalidad esencial y primaria de las leyes humanas es mantener y reglamentar esos derechos absolutos de los individuos. Derechos como los sociales y los relativos resultan de la formación de los estados y las sociedades y son posteriores a éstos...” Los llamados derechos absolutos existen con anterioridad a la formación del Estado.

suponer una norma general reguladora de la conducta humana, cualquier juicio sobre existencia o inexistencia de derechos subjetivos resulta imposible. Allí donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica. Los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo. La definición de un derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, o como voluntad reconocida legalmente, vagamente expresa la intelección de este hecho. Mientras un derecho subjetivo no ha sido "garantizado" por el orden jurídico —para usar la frase de Dernburg— no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a serlo sólo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico. Ello significa que el derecho objetivo y los subjetivos existen concomitantemente.

Aun cuando insostenible desde el punto de vista lógico, la teoría de la prioridad de los derechos subjetivos es de la mayor importancia política. Su propósito es obviamente ejercer influencia en la formación del derecho, más que analizar la naturaleza del derecho positivo. Si el orden jurídico no puede crear, sino únicamente garantizar la existencia de los derechos subjetivos, tampoco podrá destruirlos. De este modo resulta jurídicamente imposible la abolición de la propiedad privada y, lo que es más, la legislación resulta incapaz de privar a cualquier individuo de sus derechos particulares de propiedad. Todas estas consecuencias de la doctrina de la prioridad de los derechos subjetivos están en contradicción con la realidad jurídica. La doctrina de la prioridad del derecho subjetivo no es una descripción del derecho positivo, sino una ideología política.

Definir el derecho subjetivo como interés protegido o voluntad reconocida por la ley, es igualmente incorrecto. Permítasenos que en primer lugar analicemos críticamente la teoría del interés, en que el error básico común a ambas doctrinas es quizás más patente. Decir que alguien está interesado en una cierta conducta de otro sujeto, significa que desea tal conducta porque considera que le es útil. La palabra "interés" denota una cierta actitud mental. Ahora bien: es obviamente falso que sólo se tiene el derecho de exigir de alguien una determinada forma de comportamiento, en cuanto se está interesado en tal comportamiento. Incluso si a uno le resulta indiferente que su deudor le pague o deje de pagarle lo que le ha prestado o, por alguna razón, desea no ser pagado, conserva, a pesar de ello, el derecho subjetivo de exigir la devolución de su dinero. Cuando el legislador obliga a un individuo a conducirse frente a otro en cierta forma, con la mira de salvaguardar un interés de este último, tal interés encuentra su expresión específica en la conducta por la cual el segundo usa o

ejercita su derecho. Pero es posible que usemos o no usemos, según nuestra voluntad, los derechos subjetivos que nos corresponden. Un derecho subjetivo se tiene aun cuando no se quiera ejercitarlo. Es incluso posible tener un derecho subjetivo sin conocer su existencia. En tal caso no puede hablarse de interés ninguno. Por otra parte, se puede estar profundamente interesado en que otro individuo cumpla su deber jurídico, y no tener un derecho subjetivo (en el sentido estricto o técnico del vocablo) contra este último. Asimismo, se puede tener un derecho a determinada conducta de otro sin estar interesado en tal conducta, o tener un interés sin tener un derecho subjetivo.

Es indudable que el legislador concede al acreedor el derecho de exigir la devolución de su dinero y al propietario la facultad de disponer de su propiedad, precisamente en cuanto supone que, por regla general, el acreedor está interesado en cobrar lo que se le debe y el propietario tiene interés en que los demás no le impidan que disponga de lo que es suyo. El legislador da por supuesto que los individuos tienen, en ciertas condiciones, determinados intereses, y trata de proteger algunos de éstos. Pero el derecho existe incluso en aquellos casos en que —contrariamente a lo que el legislador suponía— no existe realmente ningún interés. El derecho subjetivo tiene que consistir, por ende, no en el presunto interés, sino en la protección jurídica. La que el legislador da a un tipo de interés consiste en el establecimiento de normas jurídicas de cierta naturaleza. El derecho del acreedor es, por consiguiente, la norma jurídica por la cual el deudor es obligado a devolver lo que debe; el derecho del propietario, la norma jurídica por la cual otros individuos son obligados a no interferir con el propietario en la disposición de su derecho. El derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo.

d) *El derecho subjetivo como posibilidad jurídica de poner en movimiento la sanción*

Como ya se dijo, no toda norma jurídica que obliga a un individuo a conducirse de cierta manera frente a otro, confiere a éste un derecho subjetivo en contra de aquél. Al obligar al individuo a no matar, el derecho penal no confiere a los protegidos por esta norma, el derecho subjetivo de no ser muertos, empleada la expresión derecho subjetivo en el sentido técnico en que se usa cuando se dice que el acreedor tiene el derecho de exigir

que su deudor le pague, o que el propietario tiene el derecho de usar de su propiedad en forma exclusiva. ¿Por qué no es únicamente conforme al "derecho" que el deudor haga el pago al acreedor? ¿Por qué es un "derecho subjetivo del acreedor" que el deudor pague lo que ha recibido en préstamo? "Derecho", en su sentido originario, es lo mismo que "derecho objetivo"; por ejemplo, en la frase "derecho es poder". ¿Por qué razón se dice que el derecho es —en determinada situación— mi derecho o, más precisamente, mi derecho subjetivo? ¿Cuál es la relación específica en que el acreedor y el propietario se encuentran frente a las normas jurídicas protectoras de sus intereses? ¿En virtud de qué relación tales normas son "su" derecho, es decir, "derecho subjetivo"? ¿Qué razón hay para considerar el derecho objetivo, el sistema de normas reguladoras del comportamiento humano, o a una norma de este sistema —dadas ciertas circunstancias— como derecho de un sujeto, o derecho subjetivo?

La doctrina de que el subjetivo es una voluntad reconocida por el derecho objetivo o un poder otorgado por éste, se encuentra más próxima a la solución de nuestro problema que la que hace del derecho subjetivo un interés protegido por la ley. El poder que, de acuerdo con esta opinión, constituye la esencia del derecho subjetivo de un individuo, reside en el hecho de que el orden jurídico enlaza a la expresión de voluntad individual el resultado o efecto a que ésta se dirige. El orden jurídico concede realmente a los hombres semejante "poder"; por ejemplo, el de regular sus relaciones económicas por medio de transacciones jurídicas, especialmente contratos. Un contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más individuos, relativamente a cierta forma de conducta recíproca. "Acuerdo de voluntades" es una expresión con la que quiere decirse que las voluntades de las partes contratantes, en relación con su misma conducta, coinciden. El contrato tiene el efecto jurídico de obligar a las partes a conducirse de acuerdo con lo convenido. Cada uno de los contratantes tiene el "derecho" de que el otro se conduzca en los términos del contrato; tal derecho no es, sin embargo, su voluntad, la voluntad que expresó al celebrar el contrato. No es su voluntad o la expresión de ésta, sino el acuerdo de voluntades, la expresión concordante de las voluntades de todas las partes, lo que de acuerdo con el orden jurídico crea las obligaciones de éstas. El individuo aislado no tiene el poder jurídico de obligar, por una expresión de su voluntad, a otro individuo. Si el "derecho subjetivo" que una de las partes tiene contra la otra se considera como "voluntad", tendrá que tratarse de algo diverso de la voluntad expresada en el acto por el cual el contrato fue cumplido.

Uno de los contratantes tiene un derecho contra el otro sólo cuando éste está obligado a conducirse en cierta forma frente al primero; el segundo tiene un deber jurídico sólo en cuanto el derecho objetivo establece una sanción para el caso de la conducta contraria. Ello no basta, sin embargo, para constituir un derecho subjetivo de la otra parte. Uno de los contratantes tiene un derecho subjetivo contra el otro, porque el orden jurídico hace depender la ejecución de la sanción, no únicamente del hecho de la celebración del contrato y del cumplimiento de éste por una de las partes, sino también de la expresión de voluntad de la otra en el sentido de que la sanción se ejecute en contra del infractor. La parte expresa tal voluntad mediante la presentación de una demanda en contra del otro contratante. Al hacerlo así, el actor pone en movimiento la maquinaria coercitiva del derecho. Sólo en virtud de tal demanda puede iniciarse el procedimiento por el cual el acto antijurídico, es decir, el incumplimiento del contrato, es comprobado, y el tribunal aplica la sanción. Esto forma parte de la técnica específica del derecho civil. La sanción se hace depender, entre otras condiciones, del hecho de que una de las partes demande a la otra, lo que significa que el actor ha declarado su voluntad de que el mencionado procedimiento se inicie. Queda abierta a las partes la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la norma sancionadora correspondiente. En este sentido, por tanto, tal norma es "su" derecho, es decir su "derecho subjetivo". Sólo cuando un individuo se encuentra en tal relación con la norma jurídica, la aplicación de ésta, es decir, la aplicación de la sanción, depende de la expresión de voluntad de un individuo orientada hacia tal objeto, por lo cual el derecho objetivo está a la disposición del mismo individuo, y podemos considerar que el derecho objetivo es "su" derecho subjetivo. Sólo entonces queda justificada la subjetivación del derecho objetivo implícita en el concepto de derecho subjetivo, o sea, la presentación de una norma jurídica objetiva como derecho subjetivo de un particular.

Solamente cuando lo definimos de esta manera no coincide el concepto de "derecho subjetivo" con el de deber jurídico, y el derecho subjetivo de *A* a cierta conducta de *B*, no es idéntico al deber de *B* de conducirse de ese modo frente al otro sujeto. En el caso de que un individuo tenga abierta la posibilidad de "hacer efectivo", mediante la presentación de una demanda, el deber jurídico de otro, la situación jurídica no queda completamente descrita si sólo se presenta el deber jurídico de *B* de conducirse en cierta forma frente a *A*. Si el concepto de derecho subjetivo no ha de confundirse con el de deber jurídico, el primero tendrá que ser restringido a dicho caso,



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

colectivo en la aplicación de las normas y concede importancia real únicamente a los intereses de los particulares. Por ello es que el proceso que culmina en la ejecución de la sanción se inicia y desenvuelve sólo como consecuencia de una declaración de voluntad hecha al efecto por una persona privada, el actor.

En este respecto, el derecho penal presenta una técnica opuesta. Un proceso penal no puede ser iniciado, por regla general, por la persona cuyos intereses resultan más directamente perjudicados por el delito. Comúnmente es una autoridad pública, un órgano de la comunidad, el facultado y, generalmente también, el obligado a ejercitar la acción indispensable. Como la sanción penal no depende de la demanda de un particular, ningún individuo privado tiene el "derecho subjetivo" de no ser robado o muerto, o, en general, de no ser víctima de un delito. Pero como la ejecución de la sanción se hace depender del ejercicio de una acción por un órgano estatal competente, cabe hablar de un "derecho subjetivo" del Estado, a saber, el de que los miembros de la comunidad se abstengan de realizar actos delictuosos. En esta esfera, en la cual tienen que ser protegidos intereses de importancia vital para la comunidad, el legislador coloca el colectivo por encima del privado. Sin embargo, el proceso penal tiene la misma forma o, al menos, la misma apariencia externa que el civil; éste presenta la de una contienda entre dos particulares, demandante y demandado; el proceso penal la de una controversia entre la comunidad jurídica, es decir, el Estado, representado por uno de sus órganos, y un particular, el acusado.

La técnica del derecho moderno, civil y criminal, de acuerdo con la cual el proceso que conduce a la sanción sólo puede ser iniciado por la presentación de una demanda por el individuo designado; técnica según la cual el procedimiento de los órganos jurisdiccionales, los tribunales, tiene el carácter de una controversia entre dos partes, no es la única posible. La sanción podría ser aplicada por un órgano del Estado sin acción previa de otro órgano estatal, como sucede en el derecho penal, o de un particular, como acontece en el civil. Si el orden jurídico fuera de esta naturaleza, crearía a pesar de todo un deber jurídico de abstenerse del acto violatorio, mas no concedería a ninguna persona el derecho de exigir el cumplimiento de tal deber. No se concibe un derecho subjetivo sin la correspondiente obligación, pero sí puede existir un deber jurídico sin que exista correlativamente un derecho subjetivo (en el sentido estricto de la palabra).

E) DERECHOS SUBJETIVOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS

En cuanto el derecho subjetivo de un individuo sólo es posible en relación con el deber jurídico de otro, todos los derechos subjetivos son relativos. Los deberes jurídicos son relativos todos, sólo en cuanto una persona está obligada a conducirse de cierta manera en relación con otra, la cual puede ser, pero no es necesariamente, titular de la correspondiente facultad jurídica (en el sentido técnico o estricto de la palabra).

Los términos "absoluto" y "relativo" son sin embargo entendidos en otro sentido cuando se distingue entre deberes y derechos absolutos y relativos. Deberes relativos son aquellos que se tienen frente a un individuo determinado; absolutos los que se tienen frente a un número indeterminado de individuos o frente a todo el mundo. No matar, no robar, no interferir con otros en la disposición de su propiedad, son deberes absolutos. El del deudor de devolver al acreedor la cantidad prestada, es en cambio relativo. Un derecho subjetivo relativo, en este sentido estricto, es un derecho al que corresponde únicamente el deber de una persona individualmente determinada; mientras que un derecho absoluto implica deberes de un número indeterminado de personas. Derecho relativo típico es el de crédito; el acreedor sólo puede exigir del deudor el pago de la cantidad prestada. La propiedad es un derecho absoluto: el propietario tiene el derecho de exigir de todo el mundo que no se le moleste en el ejercicio de su propiedad. A un derecho subjetivo absoluto corresponde un deber jurídico absoluto; a un derecho subjetivo relativo, un deber jurídico relativo. La distinción entre *jus in personam* y *jus in rem* tiene su antecedente en la distinción entre derecho relativo y absoluto. Pero el término *jus in rem* puede provocar equívocos. El *jus in rem* es, hablando estrictamente, un *jus in personam*, un derecho frente a las personas y no sobre las cosas, como el término parece sugerir. La bien conocida definición de la propiedad como el dominio exclusivo de un individuo sobre una cosa, ignora el hecho esencial de que todas las personas, con excepción del propietario, quedan excluidas de la facultad de disponer del objeto. El derecho de propiedad es la facultad que un individuo tiene frente a todos los demás, de exigir a éstos que se conduzcan de cierto modo en relación con él, a saber, absteniéndose de cualquiera interferencia en la facultad de disposición de la cosa objeto del derecho. Con excepción del propietario, todas las demás personas están jurídicamen-

te obligadas a abstenerse de disponer en cualquier forma del objeto de la propiedad, y a no interferir con el dueño en el ejercicio de su derecho sobre la cosa. Lo mismo que el derecho subjetivo, el deber correspondiente recae sobre un número indeterminado de personas. El derecho de *A*, como propietario del predio *a*, derecho que consiste en usar un camino que atraviesa el predio *b* del sujeto *B*, tiene el carácter de una servidumbre, de un *jus in rem*, con tal de que no solamente *B*, sino cualquiera otra persona y, especialmente, cualquiera de los posibles propietarios del predio *b*, se encuentren estrictamente obligados a no impedir a *A* o a cualquier propietario del predio *a*, el uso del camino. Todo propietario del predio *a* será titular del derecho; todo propietario del predio *b* estará sujeto al deber correspondiente. El predio *a* es llamado "predio dominante"; el predio *b* recibe el nombre de "predio sirviente", como si el derecho estuviese incorporado al primero. Esta es una descripción figurada y muy demostrativa en la situación jurídica, pero, al propio tiempo, resulta muy equívoca. El derecho subjetivo o el deber jurídico no son cosas que puedan vincularse a otras cosas. El derecho y el deber jurídico son relaciones específicas de un individuo con otros. Un *jus in rem* no es un derecho sobre una cosa, sino un derecho frente a un número indeterminado de personas, obligadas a conducirse de cierto modo con respecto a un determinado objeto; trátase de un derecho subjetivo, absoluto, al que corresponde un deber jurídico igualmente absoluto.

F) EL DERECHO SUBJETIVO COMO PARTICIPACION EN LA CREACION DEL DERECHO OBJETIVO

El orden jurídico, según lo hemos indicado, confiere un "derecho subjetivo" a un individuo cuando otorga a éste, o a su representante, la posibilidad de poner en movimiento el proceso que habrá de terminar en la ejecución de la sanción. La resolución judicial —que es el acto típico determinante de la sanción en un caso concreto— crea una norma individualizada que, en forma condicional o incondicional, estipula la sanción. El fallo de una corte penal, por ejemplo, ordena que cierto individuo que —de acuerdo con la resolución del tribunal— ha cometido un robo, sea encarcelado durante dos años. Esta norma individualizada debe ser ejecutada por otros órganos del poder público.

El fallo de un tribunal civil estipula que determinado individuo, el demandado, quien —de acuerdo con la resolución del tribunal— no ha pagado en la debida fecha la renta de su casa, deberá entregar dentro de un plazo de diez días al propietario, es decir, al actor, determinada cantidad de dinero; y que si esa suma de dinero no fuese pagada dentro del término establecido, deberá despacharse ejecución contra el demandado. Esta es una norma especial; pero mientras que dicha norma tiene un carácter condicional, en cuanto la ejecución se hace depender de que el demandado no pague dentro del plazo de diez días la cantidad a que fue condenado, la individualizada que en material penal impone la sanción es incondicional, en cuanto establece categóricamente que el delincuente debe sufrir la pena de prisión. La creación de la norma individual o la decisión del tribunal civil es el propósito inmediato del procedimiento judicial que se inicia con la demanda del actor. Desde un punto de vista dinámico, el actor desempeña un papel esencial en la creación de la norma individualizada que llamamos el fallo del tribunal. Tener un derecho subjetivo es encontrarse jurídicamente facultado para intervenir en la creación de una norma especial, la que impone la sanción al individuo que —de acuerdo con la misma resolución— ha cometido el acto antijurídico o violado su deber. Si el derecho subjetivo es un fenómeno jurídico, entonces esta norma especial habrá de tener necesariamente carácter jurídico. El derecho objetivo no puede estar integrado únicamente por reglas o normas generales.

G) DERECHOS SUBJETIVOS CIVILES Y POLITICOS

Si, desde un punto de vista dinámico, la naturaleza de un derecho subjetivo consiste en la capacidad de intervenir en la creación del derecho objetivo, entonces la diferencia entre los derechos subjetivos "privados" y los "públicos", o sea los llamados "derechos subjetivos políticos", no puede ser tan fundamental como comúnmente se supone. Por derechos subjetivos políticos entendemos las posibilidades abiertas al ciudadano de tomar parte en el gobierno y en la formación de la "voluntad" del Estado. Dicho sin metáforas, esto significa que el ciudadano puede intervenir en la creación del orden jurídico. Cuando se afirma tal cosa se piensa especialmente en la creación de normas generales, o "legislación", en el sentido más amplio del término. La participación, en la función legislativa, de los individuos sujetos al orden jurídico, es característica de la democracia, a diferencia

de la autocracia, régimen dentro del cual los súbditos quedan excluidos de la legislación y no tienen derechos políticos. En una democracia el poder legislativo debe ser ejercitado, ya directamente por el pueblo en asamblea primaria, ya únicamente a través del parlamento electo, o en cooperación con el jefe electo del Estado. La democracia puede ser directa o indirecta (representativa). En una democracia directa el derecho subjetivo político decisivo es el que el ciudadano tiene de participar en las deliberaciones y decisiones de la asamblea popular. En una democracia indirecta, la formación de la voluntad del Estado, en cuanto ésta se traduce en la creación de normas generales, realizase en dos etapas: primeramente, la elección del Parlamento y del Jefe del Estado; en segundo lugar, la creación de la norma general, ya exclusivamente por el Parlamento, ya en colaboración con el Jefe del Estado. En una democracia indirecta (representativa) el derecho político fundamental es el de votar, es decir, el derecho del ciudadano de participar en la elección del Parlamento, del Jefe del Estado, y de otros órganos creadores (y aplicadores) del derecho.

Pudiera creerse que el concepto de derecho subjetivo, al que llegamos previamente a través de la consideración del derecho civil, es enteramente distinto del concepto de derecho político. El problema de los derechos políticos subjetivos recibirá un tratamiento más completo en la teoría del Estado y en el derecho público. Aquí procuraré simplemente demostrar de qué manera pueden subsumirse bajo el término general de "derecho" el llamado derecho subjetivo "político" y el derecho subjetivo "privado"; o sea, lo que el actor tiene en común con el votante, y lo que hay de común entre el ejercicio de una acción y el hecho de votar.

Si el derecho político subjetivo es un "derecho" en el mismo sentido que el derecho privado subjetivo, tendrá que existir un deber jurídico correlativo del derecho político. ¿Cuál es el deber correlativo del derecho de sufragio? Es el deber de los órganos jurídicos que intervienen en el acto electoral, de recibir la boleta del votante y proceder de acuerdo con los preceptos de la ley, especialmente declarar electo al individuo que tiene el número de votos prescrito por la misma ley. El derecho que una persona tiene de votar, implica el de que su voto sea recibido y contado, de acuerdo con las leyes respectivas, por los correspondientes funcionarios. Al derecho de voto del ciudadano, corresponde el deber de los funcionarios electorales. Este deber está garantizado por ciertas sanciones; en el supuesto de su violación, el votante puede ejercitar una acción que tiende a la aplicación de tales sanciones, análoga a la que sería ejercitada por el titular de un dere-



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

deberes y derechos a través del contrato mismo, cuando éste ha quedado concluído. Son sin embargo jurídicamente capaces para contratar. No hay un deber ni un derecho relativos a la omisión de actos antijurídicos. Existe en cambio la capacidad jurídica de cometerlos. El órgano no tiene un derecho subjetivo a ordenar la sanción, e incluso puede no estar obligado a establecerla. Pero es jurídicamente capaz de hacer tal cosa. Cuando una norma califica el acto de cierto individuo como supuesto jurídico o consecuencia de derecho, esto significa que sólo ese individuo es "capaz" de realizar dicho acto; o sea que sólo él es "competente" para realizarlo (usado el término en su sentido más amplio). Sólo si este individuo capaz y competente realiza o deja de realizar el acto, pueden producirse la acción o la omisión que de acuerdo con la norma constituyen la condición o la consecuencia jurídicas.

Ya se ha dicho que la conducta humana, en cuanto regulada por las normas del derecho, consta de dos elementos: uno material y otro personal, es decir, aquello que debe ser hecho y omitido, y el sujeto que debe hacerlo u omitirlo. Al hacer del comportamiento humano una condición o una consecuencia jurídica, la norma de derecho determina los dos citados elementos. La relación que la norma jurídica establece entre el elemento personal y el material es lo que en la terminología francesa y alemana se llama "competencia", tomado el término en su sentido más general. Decir que un individuo es "competente" para ejecutar determinado acto, significa que dicho acto sólo tiene la calidad de supuesto jurídico o de consecuencia de derecho cuando es realizado por ese individuo. Inclusive el acto antijurídico presupone la "competencia", en el sentido más general de la palabra, del autor de dicho acto. No todo ser puede cometer actos antijurídicos. En el derecho de los pueblos civilizados, únicamente los seres humanos son capaces de ejecutar actos de tal especie. Cosa distinta ocurre en el derecho primitivo, pues en éste, los animales, las plantas e incluso ciertos objetos son considerados como capaces de realizar actos violatorios. De acuerdo con el derecho de los pueblos civilizados, ni siquiera todos los seres humanos están sujetos a sanciones; por regla general, los niños y los lunáticos no están sujetos a ninguna sanción y, por tanto, son incapaces de ejecutar actos antijurídicos.

Es verdad que el término "competencia" se toma ordinariamente en un sentido más estricto. Por lo general se habla sólo de competencia para realizar determinadas acciones, no de competencia en relación con omisio-

nes. Además, el término se usa solamente para designar la capacidad jurídica de ejecutar acciones distintas de los actos antijurídicos, y en virtud de las cuales son creadas las normas del derecho. Se dice que el Parlamento es "competente" para expedir una norma. Pero esta forma de expresión en realidad no implica sino el hecho de que determinada conducta de los individuos que forman el Parlamento, tiene, de acuerdo con el orden jurídico, el carácter de función legislativa, por lo cual tales individuos son capaces de hacer leyes. Se afirma que el juez es competente para dictar sentencias. Esto significa que cierta conducta de determinado individuo es considerada por el orden jurídico como función judicial y que, por ello mismo, ese individuo es capaz de resolver las controversias sometidas a su conocimiento. El concepto de jurisdicción, tal como se usa en la terminología jurídica inglesa, no es sino el concepto general de competencia aplicada a un caso especial. La jurisdicción, propiamente dicha, es la competencia de los tribunales. Sin embargo, las autoridades administrativas y, en general, todos los órganos del Estado tienen su "jurisdicción", es decir, la capacidad de ejecutar actos que el orden jurídico considera como de un órgano determinado y no de otro. Tan pronto como se tiene conciencia de este hecho, resulta necesario reconocer cierta "jurisdicción" en todo individuo humano, o sea la capacidad que éste tiene de ejecutar o de omitir un acto que el orden jurídico considera como acto u omisión de la misma persona. Esta es la esencia del concepto de "competencia", y tal concepto es el que se usa cuando se dice que únicamente determinados individuos son "capaces" de realizar actos antijurídicos.

VIII. IMPUTACION (IMPUTABILIDAD)

La capacidad de realizar actos antijurídicos es a menudo expresada por el concepto de imputación (en alemán: *Zurechnung*). Las sanciones, especialmente las penales, son atribuidas, como ya se dijo, únicamente a la conducta de individuos que reúnen ciertas calidades, una edad mínima y determinada capacidad mental. Comúnmente se dice que un acto antijurídico no es "imputable" a un niño o a un enajenado. En alemán, el niño y el lunático caracterizanse como *unzurechnungsfähig* (irresponsables). La afirmación de que un hecho antijurídico no es imputable a un niño o a un lu-

nático, es, sin embargo, equívoca. Su conducta no constituye en absoluto una violación del derecho. Habría tenido el carácter de acto antijurídico sólo en la hipótesis de que aquéllos hubieran alcanzado la edad requerida o recuperado la salud mental. El que cierto tipo de acción, por ejemplo, el homicidio, tenga o no carácter de delito, depende de que el autor posea determinadas calidades establecidas por el orden jurídico como supuestos generales de la sanción. Pero en todo caso la acción es, por supuesto, "su" acción, y esto significa que el acto se imputa a su autor aun cuando dicho acto no sea —como en el ejemplo— delictuoso. Un lunático puede cometer un homicidio, es decir, puede, por medio de uno de sus actos, causar intencionalmente la muerte de otro hombre. No se discute que el homicidio sea acción del lunático, pues éste no es en realidad un problema jurídico. La cuestión estriba en saber si el homicidio es un acto antijurídico. En el caso del ejemplo no lo es, porque la ley no enlaza ninguna sanción al homicidio cometido por un loco. Así pues, lo que no puede "imputarse" a éste es la sanción, no el homicidio. Declarar que un sujeto es *unzurechnungsfähig*, irresponsable, significa que ninguna sanción puede aplicársele, porque no tiene ciertas condiciones personales que forman el supuesto de la sanción. Cuando la irresponsabilidad de un individuo se identifica con el hecho de que no ha alcanzado la edad requerida o de que no está mentalmente sano, y así sucesivamente —es decir, con el hecho de que no reúne las condiciones personales en que el orden jurídico hace a los individuos susceptibles de sufrir una sanción—, entonces la palabra "responsabilidad" designa simplemente el supuesto previo de la responsabilidad misma. La irresponsabilidad jurídica de un individuo designa simplemente el hecho de que tal individuo no es sancionable. El vocablo inglés *irresponsible* es equivalente al alemán *unzurechnungsfähig*, que literalmente significa no ser susceptible de imputación. La palabra "imputación" implica, es cierto, la idea de que tal o cual hecho es atribuido o puesto en conexión con determinado individuo. Pero la imputación de que tratamos ni es la relación entre un individuo y un acto de éste, sino la que existe entre la sanción jurídica y el acto e, indirectamente, entre la sanción y el autor del mismo acto. Lo que no puede vincularse al individuo jurídicamente irresponsable es la sanción, no el hecho que habría tenido el carácter de acto antijurídico si lo hubiera cometido un sujeto distinto. El concepto de imputación refiérese, pues, a la relación específica entre el acto antijurídico y la sanción.

*image
not
available*

Sin embargo, la persona jurídica no es realmente una entidad separada de "sus" deberes y derechos, sino sólo su unidad personificada o —puesto que los deberes y los derechos son normas jurídicas— la unidad personificada de un conjunto de tales normas.

B) LA PERSONA FISICA

a) *La persona física y el ser humano*

¿Qué es lo que constituye esta especie de unidad? ¿Cuándo un conjunto de deberes y derechos, un conjunto de normas jurídicas, presenta esa especie de unidad? Hay dos diferentes criterios, que emergen de un análisis de los dos tipos de personas jurídicas que usualmente se distingue: físicas (o naturales) y jurídicas.

La manera corriente de definir la natural o física y, al mismo tiempo, distinguirla de la jurídica, consiste en declarar que es un ser humano, mientras que la jurídica no lo es. Austin, por ejemplo, da la siguiente definición: "es un ser humano en cuanto *titular de derechos y sujeto de obligaciones*".⁴⁹ Persona es, en otras palabras, el hombre, considerado como sujeto de derechos y obligaciones. Decir que un ser humano A está sujeto a determinado deber, o tiene un deber determinado, únicamente significa que cierta conducta del mismo constituye el contenido de un deber jurídico. Declarar que un hombre A es sujeto de cierto derecho o tiene cierto derecho, significa únicamente que determinada conducta del mismo constituye el objeto de una facultad jurídica. La significación de ambos juicios es que cierta conducta del individuo A constituye, en una forma específica, el contenido de una norma de derecho. Esta última determina sólo una acción u omisión especiales de A, no su existencia total. Ni siquiera el orden jurídico total determina de manera completa la existencia de un ser humano sometida al mismo orden, ni afecta todas sus funciones mentales y corporales. El hombre está sometido al orden jurídico solamente con respecto a ciertas acciones y omisiones específicas; respecto a todas las demás no se encuentra en relación con el orden jurídico. En las consideraciones jurídicas nos referimos al hombre sólo en la medida en que su conducta entra en el contenido del orden legal. Únicamente aquellas acciones u omisiones de un ser humano calificadas por dicho orden como deberes

49 John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (5th ed., 1885), 350.

o derechos, tienen importancia para el concepto de persona jurídica. Esta existe sólo en cuanto "tiene" deberes y derechos. Independientemente de tales deberes y derechos, la persona carece por completo de existencia. Definir a la persona física (o natural) como un ser humano, es incorrecto, porque el hombre y la persona no son solamente dos conceptos heterogéneos, sino también el resultado de puntos de vista enteramente distintos.

Hombre es un concepto de la biología y la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales. Persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas.

La tesis de que hombre y persona son conceptos enteramente distintos, puede ser considerada como un resultado generalmente admitido de la jurisprudencia analítica. Sólo que no siempre se lleva tal resultado hasta su consecuencia última. Esta es que la persona física (o natural), como sujeto de deberes y derechos, no es el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes o el objeto de tales derechos, sino simplemente una personificación de esos derechos y deberes. Formulado con mayor exactitud: la persona física (o natural) es la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir deberes y derechos que contienen la conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de tal individuo. Un *jus in rem* es, como hemos visto, no un derecho sobre una cosa, sino la facultad de exigir que otros individuos se conduzcan de cierta manera en relación con una cosa determinada. Esta no constituye el objeto de un *jus in rem*, sino —como Austin certeramente lo expresa— "lo que el derecho *abarca*".⁵⁰ Así pues, el ser humano no es la persona física o natural, sino lo "abarcado" por ésta. La relación entre la llamada persona física o natural y el ser humano con que la primera es a menudo indebidamente identificada, consiste en el hecho de que las obligaciones y derechos comprendidos en el concepto de la persona se refieren todos a la conducta de un ser humano. Decir que un esclavo no es jurídicamente persona, o no tiene personalidad jurídica, significa que no hay normas jurídicas que califiquen su conducta como deber o como derecho. Declarar que un hombre A es un sujeto de derecho, o tiene personalidad jurídica, quiere decir por el contrario que sí existen tales normas. La "persona A" es el conjunto de todas las normas jurídicas que califican los actos de A como deberes o derechos. Podemos hablar de la "personalidad de A" cuando concebimos esas normas como una sola unidad y la personificamos.

50 Austin, *Jurisprudence*, 369.

b) *La persona física como persona jurídica*

El concepto de persona física o natural no es otra cosa que la personificación de un complejo de normas jurídicas. El hombre, como hombre individualmente determinado, es sólo el elemento que constituye la unidad en la pluralidad de esas normas.

Que la afirmación de que "la persona física o natural es un ser humano" es incorrecta, resulta obvio cuando se considera que lo que es verdad en relación con el ser humano de quien se dice que es "persona", de ninguna manera es siempre verdadero en relación con la persona. El aserto de que un ser humano tiene deberes y derechos significa que las normas jurídicas regulan la conducta de éste en una forma específica. Por otra parte, la afirmación de que una persona tiene deberes y derechos carece de sentido o es una mera tautología. Significa que un conjunto de deberes y derechos cuya unidad es personificada, "tiene" deberes y derechos. Para evitar tal tautología tenemos que interpretar el "tiene" como "es": un conjunto de deberes y derechos "son deberes y derechos". Tiene indudablemente un buen sentido declarar que el derecho impone deberes y confiere derechos a los seres humanos. Pero no lo tiene decir que el derecho impone deberes y confiere facultades jurídicas a las personas. Tal afirmación equivaldría a la de que el derecho impone deberes a los deberes y confiere derechos a los derechos. Únicamente los seres humanos —no las personas— pueden ser pasibles de deberes y titulares de derechos, pues sólo la conducta de los seres humanos puede formar el contenido de las normas jurídicas. La identificación del hombre con la persona física tiene la peligrosa consecuencia de oscurecer un principio fundamental en una ciencia jurídica libre de ficciones.

La persona física o natural no es pues una realidad natural, sino una construcción del pensamiento jurídico. Trátase de un concepto auxiliar que puede usarse, pero que no es necesario emplear para representar determinados fenómenos jurídicos. Toda exposición del derecho habrá de referirse en último término a las acciones u omisiones de los seres humanos cuyo comportamiento es regulado por las normas jurídicas.

C) LA PERSONA JURIDICA

Como el concepto de la "persona" llamada física es sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre, la persona física es en realidad una persona "jurídica". Si la llamada persona física es persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como "jurídica". Es cierto que la jurisprudencia tradicional se inclina a conceder que la llamada física es también en realidad una persona "jurídica". Pero al definir la física como hombre y la jurídica como algo que no es un hombre, la ciencia jurídica tradicional vuelve a obscurecer la igualdad esencial que entre ellas existe. La relación entre hombre y persona física no es más íntima que la que media entre hombre y persona jurídica en sentido técnico. Declarar que toda persona jurídica es, en el fondo, un sujeto de derecho, y que sólo las personas jurídicas existen en el reino del derecho, es a fin de cuentas sólo una tautología.

a) *La sociedad*

El caso típico de una persona "jurídica" (en el sentido técnico y estricto de la palabra) es la sociedad. Esta se define usualmente como un grupo de individuos tratados por el derecho como una unidad, es decir, como una persona que tiene derechos y deberes distintos de los de los individuos que la componen. La sociedad es considerada como persona porque en relación con ella el orden jurídico estipula ciertos derechos y deberes relativos a los intereses de los miembros de la misma, pero que no parecen ser derechos y deberes de éstos, por lo cual se consideran como de la sociedad misma. Tales derechos y deberes son creados especialmente por actos de los órganos de la persona colectiva. Por ejemplo, se renta un edificio por un órgano en interés y representación de una sociedad. El derecho de usar el edificio es, pues, de acuerdo con la interpretación usual, un derecho de la sociedad, no un derecho de sus miembros. La obligación de pagar la renta se considera como obligación de la sociedad misma y no como deber jurídico de quienes la componen. Cuando un órgano de la sociedad compra un bien raíz, éste es propiedad de la persona colectiva, no de sus miembros. En caso de que alguien viole un derecho de la sociedad,

es esta última la que debe presentar una demanda, no los miembros de la misma. La indemnización asegurada por una sanción civil, debe añadirse a la propiedad de la persona colectiva. Si una obligación de ésta permanece incumplida —por ejemplo, si la renta no se paga en la debida forma—, es la sociedad la demandada, no sus miembros, y la sanción civil se dirige contra la primera; esto significa que la sanción se hace efectiva en la propiedad de la persona colectiva, no en la de sus componentes. Podemos aquí pasar por alto los casos en que se dirige también contra la propiedad de los miembros, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando los bienes de aquélla no bastan para reparar el daño. La razón decisiva por la que una sociedad es considerada como persona jurídica, parece ser el hecho de que la responsabilidad por actos antijurídicos civiles de aquélla se limita en principio a la propiedad de la persona colectiva.

b) *Deberes y derechos de la persona jurídica como deberes y derechos de los hombres*

Cuando se dice que la sociedad, como persona jurídica, entra en transacciones legales, hace contratos, presenta demandas, etc., o que tiene deberes y derechos porque el orden jurídico los impone o confiere a ésta, tales juicios son obviamente meras figuras de lenguaje. No se puede negar en serio que actos y omisiones sólo pueden existir en relación con los seres humanos. Cuando se habla de actos y omisiones de una persona jurídica, se trata en realidad de actos y omisiones de seres humanos. El único problema es establecer el carácter específico de esos actos y omisiones y explicar por qué son interpretados como propios de la sociedad, en cuanto sujeto de derecho. En realidad los de una persona jurídica son siempre actos de seres humanos considerados como actos de la persona jurídica. Se trata de los de los individuos que obran como órganos de la persona colectiva. De este modo, la jurisprudencia se encuentra frente a la tarea de determinar cuándo un individuo debe ser considerado, en su actividad, como órgano de una persona jurídica. Este es el problema de la sociedad como persona que actúa. Enteramente análogo es el de la sociedad en cuanto sujeto de deberes y derechos.

Como el orden jurídico puede imponer deberes y conferir derechos sólo a los seres humanos, y la conducta de éstos es la única que puede ser regulada por el mismo orden, los deberes y derechos de la sociedad, en



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

munidad, implica la relación de un hecho con el orden jurídico que determina tal hecho en una forma específica, es decir, su relación con el orden jurídico tomado como unidad.

Tal imputación nos permite hablar de la comunidad como de una persona actuante. La imputación a la comunidad implica la personificación del orden tomado como unidad.

f) *La persona jurídica como orden personificado*

La persona jurídica en el sentido estricto de la palabra no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, o —por decirlo así— un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden. La llamada persona física es la personificación de un complejo de normas que regulan la conducta de uno y el mismo individuo. El sustrato de la personificación es pues, en principio, el mismo en ambos casos. Sólo puede encontrarse una diferencia entre los elementos que confieren unidad al complejo de normas personificadas.

Un problema del que más tarde habremos de decir mucho todavía, es el que consiste en determinar qué es lo que hace un orden de una multiplicidad de normas diferentes. Baste por ahora subrayar el hecho de que las personas colectivas son órdenes jurídicos parciales dentro del orden jurídico total constitutivo del Estado. El orden jurídico constitutivo del Estado se halla, pues, en una relación completamente distinta frente a la persona jurídica sometida al mismo orden, de la que tiene frente a los individuos humanos a quienes impone deberes y concede derechos. La relación entre el orden jurídico total constitutivo del Estado, el llamado derecho del Estado u orden jurídico nacional, y la persona jurídica de una sociedad, es la relación entre dos órdenes jurídicos, uno total y otro parcial, el derecho del Estado y los estatutos de la sociedad. Para hablar en forma más precisa, se trata de un caso de delegación.

g) *Imposición de obligaciones y otorgamiento de facultades a las personas jurídicas*

Al imponer deberes y conceder derechos a una persona jurídica, el "derecho del Estado" u orden jurídico nacional, regula la conducta de individuos, y convierte ciertas acciones y omisiones de los seres humanos en

contenido de deberes jurídicos y objeto de derechos subjetivos. Pero sólo lo hace indirectamente. El orden jurídico total constitutivo del Estado únicamente determina el elemento material de la conducta, y deja la tarea de fijar el elemento personal al orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad, es decir, a sus estatutos. Este orden determina al individuo que en su calidad de órgano tiene que realizar los actos en virtud de los cuales son creados los derechos y deberes de la sociedad, y aquellos por los cuales tales derechos y deberes son ejercitados y cumplidos. Cuando el "derecho del Estado", el orden jurídico total, impone deberes y concede derechos a una sociedad, como persona jurídica, los que resultan de este modo obligados y facultados son los individuos humanos que obran como "órganos" de la misma; pero la función de imponer deberes y conceder derechos aparece dividida entre dos órdenes, uno parcial y otro total, el segundo de los cuales complementa al primero. Declarar que el "derecho del Estado" da a una persona jurídica derechos y deberes, no significa que un ser diferente de los individuos humanos resulte obligado o facultado; simplemente quiere decir que esos deberes y derechos se establecen indirectamente para ciertos individuos. La función característica del orden jurídico parcial del cual la persona jurídica colectiva es una personificación, consiste en servir como intermediario en tal proceso.

h) El concepto de persona jurídica como noción auxiliar

Todo orden regulador de la conducta de varios individuos puede ser considerado como "persona", puede personificarse. Sin embargo, la persona jurídica, en el sentido técnico y estricto de la palabra, sólo se considera existente cuando los órganos de la comunidad, en cuanto personas, son capaces de representar jurídicamente a la comunidad, es decir, a los individuos que pertenecen a ésta, o, expresado de otro modo: cuando son capaces de celebrar transacciones legales, comparecer ante los tribunales y hacer declaraciones obligatorias en nombre de la comunidad, o sea de los individuos que la forman, y la responsabilidad de la comunidad (o, con otras palabras, de sus componentes) se encuentra limitada en una forma específica. Dicha responsabilidad se encuentra limitada en relación con la propiedad colectiva, es decir, la que aquéllos tienen como miembros de la corporación — no como particulares. Esto únicamente es posible cuando el "derecho del Estado" da ese efecto al hecho de que haya un estatuto constitutivo de la sociedad. La misma idea se expresa diciendo que el "dere-

cho del Estado" otorga a la sociedad personalidad jurídica. El jurista puede a voluntad usar o no el concepto de persona jurídica. Pero este concepto auxiliar es particularmente útil cuando el "derecho del Estado" da al establecimiento de una sociedad las consecuencias antes mencionadas, a saber: que los órganos de aquélla son capaces de celebrar transacciones legales y comparecer ante los tribunales en nombre de la misma, es decir, de sus miembros, y que la responsabilidad civil de éstos se encuentra limitada a la propiedad de la sociedad, a la propiedad colectiva de los miembros. En tal caso, pueden surgir derechos y deberes que pertenecen a los miembros de una sociedad en forma completamente distinta de la de los derechos y deberes que tienen independientemente de su calidad de miembros. Al presentar esos derechos y deberes como de la sociedad misma, subrayamos tal diferencia. Esta no consiste en que los derechos y deberes presentados como derechos y deberes de la sociedad no sean deberes y derechos de los individuos que la forman. Ello sería imposible, puesto que los deberes y los derechos sólo pueden corresponder a seres humanos. La diferencia estriba en que los deberes y derechos presentados como de la sociedad, son deberes y derechos que los miembros de ésta poseen en una forma específica, distinta de aquella en que poseen otros deberes y derechos sin el carácter de miembros de una persona colectiva.

i) *Deberes y derechos de la persona jurídica. Deberes y derechos colectivos de los hombres*

El que la sociedad que concebimos como una persona jurídica tenga la obligación de observar determinada conducta, significa, en primer término, que el derecho del Estado convierte tal conducta en contenido de un deber, y que el individuo cuya conducta representa el contenido de ese deber y en su calidad de órgano de la sociedad está obligado a cumplirlo, se encuentra determinado por los estatutos de la misma sociedad, por el orden jurídico parcial constitutivo de ésta. El deber corresponde a un individuo determinado. Pero en cuanto éste se encuentra determinado por el orden jurídico parcial constitutivo de la sociedad, y tiene que cumplir ese deber como órgano de la misma sociedad, es posible imputar el propio deber a la persona colectiva, o hablar de una "obligación de ésta".

Consideremos el ejemplo de una sociedad que ha comprado un edificio y se encuentra obligada contractualmente a pagar el precio. El pago de éste es un deber establecido por el "derecho del Estado". Normalmente,

el individuo que como comprador celebró el contrato está obligado a pagar. Pero si un contrato de venta ha sido concluído por una sociedad a través de un órgano competente, a través del individuo determinado por los estatutos de la sociedad, entonces quien tiene que pagar el precio, con fondos de la persona colectiva, es un órgano de ésta.

Tal característica también tiene importancia en otro aspecto. Pues el hecho de que la sociedad esté obligada a observar cierta conducta significa asimismo que si la obligación no es cumplida, puede hacerse efectiva una sanción en los bienes que constituyen la propiedad de la sociedad. Esto presupone que la persona jurídica tiene derechos, puesto que la propiedad significa solamente la suma de aquellos que representan un valor monetario. A fin de entender lo que quiere decirse cuando se afirma que una persona jurídica tiene un deber, es necesario entender antes qué es lo que quiere decirse cuando se afirma que tiene un derecho subjetivo.

Declarar que una sociedad, en cuanto persona jurídica, tiene un derecho relativo o absoluto, significa que determinado individuo o un número indeterminado de individuos están obligados por el "derecho del Estado" a cierta conducta frente a la sociedad, y que, en caso de que la obligación no sea cumplida, deberá ejecutarse una sanción a consecuencia de una demanda presentada "por la sociedad", es decir, por el individuo designado en los estatutos de la misma. Tener una obligación para con la sociedad es estar obligado hacia sus miembros. Pero hay una diferencia entre tener una obligación frente a un solo individuo, y tenerla frente a varios individuos en su calidad de miembros de la persona colectiva. La diferencia reside en la manera en que las obligaciones correlativas de los derechos se hacen efectivas, cuando son violadas. En el caso de un derecho de la sociedad, la sanción que constituye la obligación correspondiente no puede ser puesta en movimiento por cualquiera de los individuos frente a los cuales, como miembros de la sociedad, se tiene un deber jurídico, sino sólo por aquel a quien los estatutos de la sociedad autorizan a comparecer ante los tribunales en representación de ésta. La indemnización garantizada por la sanción corresponde a la propiedad de la persona colectiva.

Otra diferencia entre el derecho de un determinado individuo y el de una sociedad consiste en la forma en que el derecho es "ejercitado", en el sentido de que el individuo "hace uso" de su derecho, o "goza" de él. En tal sentido, los de una sociedad son siempre ejercitados por individuos. Pues sólo los seres humanos pueden ejercitar derechos, consumir una cosa,

gastar dinero, habitar un inmueble, hacer uso de un teléfono y así sucesivamente. En tal sentido, únicamente los individuos que pertenecen a la sociedad tienen el derecho que consideramos como de la persona colectiva. Así, por ejemplo, si un club posee un campo de golf, son los miembros del club, no el club mismo, la persona jurídica, quienes juegan en ese campo, y de este modo ejercitan el derecho de propiedad. El derecho de una sociedad es ejercitado por los individuos en su carácter de miembros de la misma, es decir, en su carácter de órganos (usado el término en un sentido más amplio) de la propia sociedad. Sin embargo, aunque normalmente un derecho puede ser ejercitado a voluntad por el individuo a quien pertenece, los estatutos de una sociedad establecen en qué forma los miembros de ésta deben ejercitar un derecho que se considera como de la persona colectiva.

Expresado de una manera más general, el derecho de una persona jurídica es el de los individuos cuya conducta está regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona. El derecho, sin embargo, no es ejercitado a voluntad por aquellos individuos. El orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad determina la forma en que deberá ejercitarse. Aquellos individuos no tienen el derecho en la forma usual, es decir, individualmente, sino en forma colectiva. El derecho de una persona jurídica es un derecho colectivo de los individuos cuya conducta está regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona jurídica.

j) *El acto antijurídico civil de la persona colectiva*

Declarar que una persona colectiva tiene un deber jurídico, significa, como ya dijimos, que en caso de que éste no sea cumplido deberá ejecutarse una sanción en bienes de la misma persona, a consecuencia de una demanda presentada por el titular del derecho correlativo. ¿Implica esto también que el acto antijurídico que consiste en la inobservancia de la obligación puede imputarse a la sociedad y ser considerado como acto antijurídico de la persona colectiva? El acto antijurídico consiste siempre en una acción u omisión de un ser humano. Sin embargo, lo que un individuo hace o deja de hacer únicamente puede ser imputado a una persona jurídica, cuando la conducta del individuo se encuentra determinada por el orden jurídico parcial constitutivo de la persona colectiva. Este es el único criterio de imputabilidad en lo que concierne a las personas jurídicas. En cuanto la

validez del orden jurídico parcial constitutivo de la persona jurídica, especialmente la de los estatutos de una sociedad, depende en última instancia del derecho del Estado, los estatutos de acuerdo con los cuales los órganos de la sociedad deben realizar actos antijurídicos, no pueden —en general— considerarse como válidos, y menos aún cuando son establecidos bajo el control de autoridades estatales. Cuando un órgano de una persona jurídica comete un acto violatorio, usualmente no obra en su calidad de órgano. El acto antijurídico no se imputa a la persona colectiva. Sin embargo, una sociedad puede ser responsable de un acto antijurídico cometido por uno de sus miembros si tal acto se encuentra en cierta conexión con las funciones que ese miembro debe realizar como órgano de la persona colectiva. En tal hipótesis, la sanción, condicionada por el acto antijurídico, puede recaer sobre la propiedad de la sociedad. Esto significa que los miembros responden colectivamente de un acto antijurídico cometido por uno de ellos. Si, por ejemplo, una sociedad está obligada a pagar la renta del edificio que ocupa, pero el órgano indicado deja de hacerlo, los miembros de la sociedad responden colectivamente con la propiedad de ésta por el incumplimiento de la obligación. Así, pues, es posible que un acto antijurídico cometido por un órgano sea imputable a la sociedad misma. Supongamos, por ejemplo, que, en el caso anterior, el órgano que dejó de pagar la renta ejecutó un acuerdo de la asamblea general de accionistas y que, atendiendo a los estatutos, los accionistas reunidos en asamblea tienen competencia para tomar resoluciones de ese tipo. La asamblea pudo haber sido erróneamente aconsejada por el abogado de la sociedad, en el sentido de que la renta no se debía legalmente. Un acuerdo de los accionistas crea una norma que pertenece al orden jurídico parcial constitutivo de la sociedad, precisamente en la misma forma en que una decisión del Parlamento crea otra que pertenece al orden jurídico total del Estado. En el caso del ejemplo la falta de pago sería, por consiguiente, imputable a la sociedad, y ésta sería responsable de un acto antijurídico cometido por ella misma.

k) *Delitos cometidos por una persona jurídica*

Hasta ahora hemos considerado únicamente sanciones civiles y actos antijurídicos civiles. ¿Puede un delito ser imputado a una persona jurídica? ¿Puede ésta quedar sujeta a una sanción penal? Ninguna de las dos cuestiones ha sido contestada categóricamente en forma negativa.

Algunas veces, la doctrina *societas non potest delinquere* (una sociedad no puede cometer delitos) se basa en el hecho de que una persona jurídica no puede tener una intención criminal, es decir, el estado de ánimo específico que constituye la culpabilidad, ya que, no siendo una persona real, no puede en absoluto tener intenciones. Este argumento no es concluyente. La regla de la *mens rea* no carece de excepciones. La responsabilidad absoluta no queda excluida, incluso en el derecho penal moderno.⁵¹ Por otra parte, si es posible imputar un acto físico realizado por un ser humano a una persona jurídica, a pesar de que ésta carece de cuerpo, tiene que ser posible imputarle actos psíquicos aunque carezca de alma. Si el derecho establece una sanción penal contra una persona jurídica bajo la condición de que el órgano de la misma haya obrado intencional y maliciosamente, entonces es enteramente posible declarar que la persona jurídica ha de tener una intención delictuosa para poder ser castigada. La imputación a una persona jurídica es una construcción jurídica, no la descripción de una realidad natural. Por ello no es necesario realizar el inútil intento de demostrar que una persona jurídica es un ser real y no una ficción de la ley, a fin de probar cómo los actos antijurídicos, y especialmente los delitos, deben serle imputados. Más delicada es la cuestión que consiste en determinar si una sanción penal puede hacerse valer contra una persona de este tipo.

Las colectivas son a menudo multadas por fraudes en el pago de impuestos, que se imputan a tales personas. Pero, desde nuestro punto de vista, las multas no difieren esencialmente de las sanciones civiles; ambas se dirigen contra la propiedad de la persona jurídica. Imponer una multa a una persona colectiva es incuestionablemente algo que no resulta más problemático que imponer una sanción civil contra la propiedad de la misma persona. Sin embargo, parece imposible imponer a una persona colectiva un castigo corporal, como la prisión o la pena de muerte. Sólo los seres humanos pueden ser privados de la vida o de la libertad. Pero si bien únicamente los seres humanos pueden actuar, concebimos sin embargo a la sociedad como una persona actuante, en cuanto le imputamos acciones humanas. Determinar si una pena corporal puede imponerse a una persona colectiva, implica el mismo problema de imputación que existe en el caso en que se investiga si tal persona puede actuar. Se trata de establecer si el sufrimiento de una pena corporal por determinados individuos puede ser imputado a la persona colectiva de que dichos individuos forman parte.

51 Cf. *supra*, p. 75.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

*image
not
available*

guna analogía de esta especie puede, sin embargo, esclarecer la relación del órgano con la sociedad, ya que aquél no es un representante de ésta, sino de los individuos que la componen.

m) *La persona jurídica como ser real (Organismo)*

El error básico de la teoría según la cual la persona jurídica es representada por sus órganos en la forma en que un pupilo es representado por su tutor o el principal por su agente, consiste en que la persona jurídica es concebida como una especie de ser humano. Se supone que si la persona física es un hombre, la jurídica tendrá que ser un superhombre. La doctrina de que la persona jurídica tiene voluntad, aun cuando sólo es una ficción, es decir, la tesis de que la voluntad del órgano es "atribuída" a la misma persona colectiva, no es sin embargo tan distinta de la que afirma que la persona jurídica, especialmente la sociedad, es una entidad real, un organismo, un superhombre dotado de voluntad propia, diferente de la de sus miembros, y que la voluntad del Estado reconoce y —según algunos escritores— tiene que reconocer. La teoría de que la persona jurídica es una entidad real y tiene voluntad real, implica algunas veces la tendencia, consciente o inconsciente, a inducir al legislador a una regulación definida en relación con los entes colectivos, y el deseo de justificar tal regulación como la única "posible" y, por tanto, correcta.

La idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas que llevaron al hombre primitivo a atribuir un "alma" a los objetos de la naturaleza. Como el animismo, esta teoría jurídica implica una duplicación de su objeto. El orden regulador de la conducta de los individuos es personificado, y la personificación es concebida como una nueva entidad, distinta de los individuos, pero a pesar de ello "formada" de alguna manera misteriosa por éstos. Los deberes y derechos de los individuos señalados por el orden son entonces atribuídos al ser sobrehumano, al superhombre formado por hombres. De esta manera se hace la hipóstasis del propio orden, es decir, el orden se convierte en una substancia y ésta es vista como algo separado, como un ser distinto del hombre y de los individuos cuya conducta es regulada por el propio orden.

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

*image
not
available*

*image
not
available*

*image
not
available*



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

*image
not
available*

*image
not
available*



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

*image
not
available*



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

*image
not
available*



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.



You have either reached a page that is unavailable for viewing or reached your viewing limit for this book.

Prólogo del autor	v
-----------------------------	---

PRIMERA PARTE: EL DERECHO

NOMOESTATICA

I. EL CONCEPTO DEL DERECHO	3
A) Derecho y justicia.	3
a) La conducta humana como objeto de regulación normativa.	3
b) Definición científica y definición política del derecho	4
c) El concepto del derecho y la idea de la justicia	6
1. La justicia como juicio subjetivo de valor	7
2. Derecho natural	9
3. El dualismo de derecho positivo y derecho natural	13
4. Justicia y paz	15
5. Justicia y legalidad	16
B) El criterio del derecho (el derecho como una técnica social específica).	17
a) Motivación directa e indirecta	17
b) Sanciones trascendentes y sanciones socialmente organizadas	18
c) Castigo y recompensa	20
d) El derecho como orden coactivo.	21
e) Derecho, moralidad y religión	23
f) Monopolio del uso de la fuerza	24
g) Derecho y paz	25
h) Coacción psíquica	26
i) Los motivos de la conducta conforme al derecho	27
j) Argumentos contra la definición del derecho como orden coercitivo.	28
1. La teoría de Eugen Ehrlich	28
2. La serie infinita de sanciones	33



textos universitarios