

I. Derecho y naturaleza

- 5. El sistema social 38**
 - a) Sistemas sociales que estatuyen sanciones 38**
 - b) ¿Existen sistemas sociales sin sanciones? 41**
 - c) Sanciones trascendentes y sanciones socialmente immanentes 42**
- 6. El orden jurídico 44**
 - a) El derecho: orden de la conducta humana 44**
 - b) El derecho: un orden coactivo 46**
 - α) Los actos coactivos estatuidos por el orden jurídico como sanciones 48**
 - β) El monopolio de la coacción por la comunidad jurídica 49**
 - γ) Orden jurídico y seguridad colectiva 50**
 - δ) Actos coactivos carentes del carácter de sanciones 53**
 - ε) El mínimo de libertad 55**
 - c) El derecho como orden coactivo normativo. Comunidad jurídica y "bandas de ladrones" 57**
 - d) ¿Obligaciones jurídicas sin sanción? 63**
 - e) Normas jurídicas no independientes 67**

5. *El sistema social*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Mateo v, 38 ss.

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

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

¹⁹ Cfr. *infra*, pp. 86 y ss.

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

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

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

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

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

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

6. *El orden jurídico*

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

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

Las normas de un orden jurídico regulan conducta humana. Pareciera, por cierto, que esto sólo correspondiera a los sistemas sociales de los pueblos civilizados, puesto que en sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, las plantas, inclusive de cosas inanimadas es regulado en idéntica manera por el orden jurídico que el de los hombres. Así, leemos en la Biblia²¹ que un buey que ha matado a un hombre, debe ser muerto. En la Antigüedad existía en Atenas un tribunal especial ante el cual se procesaba una piedra o una espada, o cualquier objeto que hubiera provocado la muerte de un hombre, hay que suponer que sin intención.²² Y todavía en la Edad Media era posible querellar a un animal, por ejemplo, a un toro, que hubiera producido la muerte de un ser humano, o a la langosta que hubiera destruido la cosecha. El animal querrellado era juzgado ateniéndose a las formas de derecho, y colgado, en un todo igual a un delincuente humano.²³ Si las sanciones previstas por el orden jurídico no se dirigen sólo contra seres humanos, sino también contra animales, ello significa que jurídicamente no sólo es exigible una conducta por parte de los hombres, sino también por parte de los animales; ello quiere decir, si corresponde ver en lo que es jurídicamente ordenado el contenido de una obligación jurídica,²⁴ que debe considerarse obligados jurídicamente a una determinada conducta no sólo a los hombres, sino también a los animales. Este contenido normativo, absurdo para nuestras concepciones actuales, debe retrotraerse a una representación animista, según la cual, no sólo los hombres sino también los animales y los objetos inanimados tienen un "alma", y, por ende, no existe ninguna diferencia esencial entre ellos y los seres humanos. En consecuencia, las normas que estatuyen sanciones, y luego, obligaciones jurídicas, pueden aplicarse tanto a los hombres como a animales y cosas. Que los órdenes jurídicos modernos sólo regulen la conducta de los hombres, y no la de los animales, las plantas o la de objetos inanimados, en cuanto dirigen sanciones sólo contra aquéllos, pero no contra éstos, no excluye que esos órdenes jurídicos prescriban una determinada conducta humana no sólo en relación con seres

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

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

²³ Cfr. Karl von Amira. *Tierstrafen und Tierprozesse*. Innsbruck, 1891.

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

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

Ese comportamiento puede consistir en una acción positiva, o en una omisión negativa. Pero, en la medida en que el orden jurídico es un sistema social, sólo regula positivamente²⁵ la conducta de un hombre en tanto y en cuanto se refiere, inmediata o mediatamente, a otro hombre. Se trata de la conducta de un hombre frente a otro hombre, a varios hombres o a todos los demás hombres; es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esa regulación. La relación de la conducta de un hombre, hacia este o aquel otro hombre, puede ser individual, como en el caso de la norma que obliga a todo hombre a abstenerse de matar al otro; o la norma que obliga al deudor a pagar una determinada suma de dinero al acreedor; o la norma que obliga a todos a respetar la propiedad ajena. La relación puede tener también carácter colectivo. La conducta regulada por la norma que obliga a cumplir el servicio militar, no es la conducta de un individuo frente a determinado otro individuo, como en el caso de la norma que prohíbe el homicidio, sino una conducta frente a la comunidad jurídica, es decir: frente a todos los hombres sujetos al orden jurídico, pertenecientes a la comunidad de derecho. Lo mismo sucede cuando se sanciona penalmente la tentativa de suicidio. Y, en este sentido, las normas arriba mencionadas, destinadas a proteger animales, plantas y objetos inanimados, pueden ser entendidas como normas sociales. La autoridad jurídica exige una determinada conducta humana sólo porque —con razón o sin ella— la considera valiosa para la comunidad jurídica de los hombres. Esta relación a la comunidad jurídica es, a la postre, decisiva también para la regulación jurídica del comportamiento humano que se encuentra en la relación individual con respecto de otro determinado hombre. Mas, no es solamente, quizás, el interés del acreedor concreto, lo protegido por la norma jurídica que obliga al deudor; es más bien el interés asumido por la autoridad jurídica de la comunidad jurídica en el mantenimiento de un determinado sistema económico.

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

²⁵ Cfr. *supra*, pp. 15 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ Cfr. *infra*, p. 300.

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

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

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

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

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

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

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

⁸¹ Cfr. *infra*, p. 130.

menos la libertad humana, en cuanto obliga a más o a menos. Pero un mínimo de libertad, es decir, de independencia jurídica, una esfera de la existencia humana en que ningún orden o prohibición interviene, permanece siempre resguardada. Inclusive existe bajo órdenes jurídicos muy totalitarios algo así como una libertad no exteriorizable; no como un derecho innato al hombre, un derecho natural, sino como consecuencia de la posibilidad técnicamente limitada de regulación positiva de la conducta humana. Con todo, sólo puede considerarse jurídicamente garantizada esa esfera de libertad, como se ha dicho previamente, en la medida en que el orden jurídico prohíbe que se la intervenga. En ese respecto, los denominados derechos y libertades constitucionalmente garantizados tienen un especial significado político. Se trata, en ellos, de disposiciones constitucionales mediante las cuales se limita la competencia del órgano legislativo, de manera que éste no es facultado en absoluto, o sólo lo es bajo condiciones más graves, para dictar normas que obliguen o prohíban a los hombres conductas de determinada especie, como el ejercicio del culto religioso, la expresión de opiniones y parecidas.³²

c) *El derecho como orden coactivo normativo. Comunidad jurídica y "bandas de ladrones"*. Se suele a veces caracterizar el derecho como un orden coactivo, afirmando que el derecho obliga a determinada conducta humana bajo "amenaza" de actos coactivos, es decir, de ciertos males como la privación de la vida, la libertad, la propiedad, etcétera. Pero esta formulación ignora el sentido normativo en que los actos coactivos en general y, en especial, las sanciones son estatuidas por el orden jurídico. El sentido de una amenaza radica en que será infligido un mal bajo determinadas condiciones; el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas condiciones, *deben* infligirse ciertos males; que, formulado con mayor generalidad, determinados actos coactivos *deban* ser ejecutados bajo determinadas condiciones. Este no es sólo el sentido subjetivo de los actos mediante los cuales se instaura el derecho, sino también su sentido objetivo. Justamente al entenderse así su sentido objetivo, son reconocidos como actos instauradores de derecho, productores de norma o ejecutores de normas. También el acto de un ladrón de caminos³³ que ordena, bajo amenazas de cierto mal a alguien, entregarle su dinero, tiene, como ya se destacó anteriormente, el sentido subjetivo de un deber. Si se expone la situación creada por esa orden de tal manera que se diga: un individuo expresa su voluntad dirigida hacia la conducta de otro individuo, sólo se describe así la acción del primero como una acción que fácticamente se va desarrollando, como un acontecimiento real. El comportamiento del otro, previsto en el acto volitivo del primero, no puede ser descrito como un acontecimiento real, puesto que

³² Cfr. *infra*, pp. 145 y ss.

³³ El problema de la distinción entre el Estado, como comunidad jurídica, y la banda de ladrones, la expone Agustín en su *Civitas Dei*, iv, 4.

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ Cfr. *infra*, pp. 196 y ss.

³⁵ Cfr. *infra*, pp. 221, 333 y ss.

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

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

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

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

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

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

³⁶ Cfr *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, tomo II, p. 270.

³⁷ *Civitas Dei*, IV, 4.

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

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

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

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

³⁸ *Ibid.*, XIX, 21, 2.

³⁹ *Cfr.* H. Kelsen. *Die Normen der Gerechtigkeit*, § 10.

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

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

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

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

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

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

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

⁴¹ Cfr. *infra*, pp. 55 y ss.

⁴² Cfr. *infra*, pp. 271 y ss, 275 y ss.

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

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

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

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

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

⁴³ Cfr. *infra*, pp. 289 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ Cfr. *supra*, p. 16.

⁴⁵ Cfr. *infra*, pp. 43 y ss.