

CAPÍTULO VIII
EL DUALISMO EN LA TEORÍA DEL DERECHO Y SU ELIMINACIÓN

I. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

a) *El error lógico de la doctrina del derecho natural*

La teoría general del derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podían así

ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza replazaría las funciones legislativas y sería así el legislador supremo¹.

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser

objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza. En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son reemplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, con- trariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, solo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatárselos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado¹, pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudorracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquéllas

¹ Hemos desarrollado esta idea en un artículo titulado "The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science", aparecida en *The Western Political Quarterly* (Universidad de Utah), vol. 2, 1949, págs. 481-513.

¹ Cf. p. ej.: HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, pr. 12; I. b. I, cap. I, sección 10; THOMAS HOBBS, *Leviathan*, I, cap. 15; SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, libro II, cap. 3, sección 20.

por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos más arriba ¹ una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es immanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella.

¹ Ver pág. 19.

Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y solo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

b) *Las contradicciones de la doctrina del derecho natural*

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo —imperfecto y creado por los hombres—, un derecho natural, perfecto, absoluto-

mente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudiera descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar que es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo han de recurrir a la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Si el derecho positivo extrae su validez de su correspondencia con el derecho natural, toda norma legis-

lativa o consuetudinaria contraria al derecho natural debería ser considerada nula e inexistente. Esta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del derecho positivo un sistema de normas subordinado al derecho natural. Podemos juzgar de la sinceridad de los teóricos del derecho natural examinando en qué medida admiten esta consecuencia, pero muy pocos de entre ellos pueden pasar tal prueba. Dichos autores intentan a menudo salir de apuros probando, según los métodos específicos de la doctrina del derecho natural, que un conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es imposible¹, o si admiten la posibilidad de tal conflicto, éste se presentaría solamente en aquellos casos excepcionales que muy poco podrían afectar la validez del derecho positivo². Para eliminar prácticamente la posibilidad de una anulación del derecho positivo por el derecho natural en caso de conflicto entre estos dos derechos, se ha argumentado que se trata necesariamente de un conflicto de opiniones sobre el contenido del derecho natural en un caso particular, conflicto en que se oponen el órgano estatal que crea o aplica el derecho positivo y el sujeto sometido a este derecho. Según esto el sujeto no puede resolver el conflicto. Únicamente el órgano estatal es competente para decidirlo, de tal modo que su opinión prevalece cuando un sujeto considera una norma jurídica positiva como contraria al derecho natural³.

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hacen la mayor parte de los partidarios del derecho

1 HOMBES, *De Cive*, cap. XIV, pr. 10.

2 PUFENDORF, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 2.

3 PUFENDORF, *op. cit.*, lib. VIII, cap. 1, sección 5; libro VII, cap. 4, sección 2.

natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reténvto al derecho positivo es inevitable. En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o solo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada ¹.

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no

ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un efecto automático del derecho natural. Se parte, pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural. Notemos, sin embargo, que ciertos partidarios del derecho natural se han opuesto a toda forma legislativa ¹.

c) *Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural*

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno ². Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y solo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes ³. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado ⁴; Hobbes ha extralado el principio contrario ⁵.

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas ju-

¹ BENEDICTUS WINKLER, *Principiorum iuris libri quinque*, 1615.

² JOHN LOCKE, *The Second Treatise on Civil Government*, capítulo VIII, pr. 99.

³ ROBERT FILMER, *Patriarcha*, cap. II, pr. 1.

⁴ *Op. cit.*, cap. XI, pr. 185.

⁵ *The Elements of Law*, publicado por F. Toennies, Cambridge, 1928, págs. 87 y sigs.

¹ PUFENDORF, *op. cit.*, lib. VII, cap. 8, secciones 4 y 5; EMMA NUEL KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Gesammelte Schriften herausgegeben von der Preussischen Akademie der Wissenschaften, vol. VI, págs. 320.

rídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se ve rífica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que solo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Esta tesis resulta tanto más notable cuanto que, según las Sagradas Escrituras y la interpretación dada por la Iglesia, Dios dio todas las cosas en común a todos los hombres. Es, por lo tanto, particularmente difícil demostrar que la propiedad privada, dominio exclusivo de un hombre sobre una cosa, es conforme a la naturaleza, tal como ella ha sido creada por Dios. Se ha llegado a esto por el razonamiento siguiente: creado a la imagen de Dios, el hombre era originariamente bueno, pero habiendo, conforme a la Providencia divina, sucumbido al pecado, se ha convertido en malo. Las cosas han debido adaptarse a esta segunda naturaleza después de la caída y así se han convertido en propiedad privada del hombre¹.

Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el derecho positivo, es justa, puesto que es conforme al derecho natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta

distribución garantiza el máximo de felicidad posible, toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al derecho natural y en consecuencia injusta¹.

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza². La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

Es comprensible que una teoría fundada sobre el derecho natural sea considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo el mismo derecho natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título de *Code de la Nature ou le véritable esprit de ses lois*³. Atribuیدا

¹ RICHARD CUMBERLAND, *De legibus naturae*, 1672, cap. I, pr. 27; cap. VII, prs. 2 y 9.

² LOCKE, *op. cit.*, cap. XI, prs. 138 y 139.

³ Publicado en la Colección de economistas y reformadores sociales de Francia, por E. Dolléans, París, 1910.

¹ GROTIUS, *op. cit.*, lib. II, cap. 2.

Primeramente a Diderot, esta obra, en rigor de verdad, es debida a la pluma de un tal Morelli, de quien no sabemos gran cosa. Considerada como el evangelio del socialismo durante el siglo XVIII, Babeuf, jefe de un movimiento comunista durante la revolución francesa, la cita frecuentemente. Muchas de sus ideas han sido desarrolladas, más tarde, por Fourier y otros teóricos comunistas.

La doctrina del derecho natural, al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés para quien busca la verdad desde un punto de vista científico. Pero si bien dicha doctrina en modo alguno sirve para el avance de la ciencia, puede ser de gran utilidad en el dominio de la política, como instrumento intelectual para la defensa de ciertos intereses.

En el diálogo *Las leyes*¹, Platón distingue las mentiras permitidas de las que no lo son. Una mentira está permitida si es útil al gobernante. Se puede, por ejemplo, enseñar que sólo el hombre justo es feliz, aunque esto sea contrario a la verdad. Si es una mentira, es muy útil, ya que garantiza la obediencia al derecho. De la misma manera, la doctrina del derecho natural destruye la verdad al pretender ser apta para determinar de manera objetiva lo que es justo, pero sus partidarios pueden considerarla como una mentira útil.

2. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, en-

¹ Libro III. (N. del T.)

cubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya por encima del derecho positivo un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera immanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que es-

te último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultado de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció una influencia considerable en la formación de las nociones de la teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que estos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"¹.

¹ HEINRICH DERNBURG, *Pandekten*, 4ª ed., 1894, vol. I, pr. 39: "Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich schon lange, ehe sich eine selbstbewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der Einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine unge-

b) *La noción de sujeto de derecho o de persona*

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerle si quiere ser un verdadero derecho.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es por esencia la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad"¹.

schichtliche und eine unrichtige Anschauung, dass die Rechte im subjektiven Sinne nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn."

¹ G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 7ª ed., 1871, vol. I, págs. 4, 6 y 8: "Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit... Der abstrakte Begriff der Freiheit ist: Möglichkeit, sich zu etwas

c) *Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho*

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y solo se trata de una autonomía muy restringida e impropia mente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de derecho, de tal manera que en último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es im-

zu bestimmen... Der Mensch ist Subjekt des Rechts darum, dass ihm jene Möglichkeit, sich zu bestimmen, zukommt, das er einen Willen hat."

portante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo —que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho— se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reservado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un sistema de normas que no reconozca dicha libertad de los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos.

Un ejemplo muy característico de esta tendencia es la filosofía del derecho de Hegel, para la cual el derecho subjetivo, que identifica con la propiedad, consiste en la realización exterior de la libertad. El hombre es una persona gracias a la libertad de su voluntad, pero ello requiere un dominio exterior donde esa libertad se ejerza; este dominio es la propiedad. Para Hegel la propiedad es la primera existencia de la libertad y, como tal, un fin en sí, de una importancia esencial. La razón exige, pues, que el hombre posea bienes. En tanto que personas los hombres son iguales, pero no lo son en tanto que propietarios. Identificando la noción de propiedad con la de propiedad privada o individual, Hegel descarta resueltamente el postulado de la igualdad de la propiedad. Para él, la voluntad de un individuo particular se realiza en la propiedad. De aquí resulta que la noción de propiedad colectiva, o de comunismo, es incompatible con la

de propiedad¹. Hegel llega a decir: "La idea de una cofradía, religiosa, amistosa o aun impuesta, de la humanidad, con comunidad de bienes y abolición del principio de la propiedad privada, puede seducir fácilmente a los que desconocen la naturaleza de la libertad del espíritu y la del derecho y no las conciben en sus momentos determinados"². Esta teoría del derecho subjetivo no es sino una ideología destinada a sostener un sistema político fundado en el principio de la propiedad privada.

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda

¹ G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, publicado por Georg Lasson, Leipzig, 1911, 3ª ed., 1930, traducido al francés por André Kaan con el título: *Principes de la philosophie du droit*, Paris, 7ª ed., 1949. Ver los párrafos 41, 45, 46, 49 y 71.

² *Op. cit.*, pr. 46: "Die Vorstellung von einer frommen oder freundschaftlichen und selbst erzwungenen Verbrüderung der Menschen mit Gemeinschaft der Güter und der Verbannung des privateigentümlichen Prinzips kann sich der Gesinnung leicht darbieten, welche die Natur der Freiheit des Geistes und des Rechts verkennt und sie nicht in ihren bestimmten Momenten erfasst."

al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad, la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario solo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de

los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

3. REDUCCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO AL DERECHO OBJETIVO

a) *El deber jurídico*

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría pura del derecho coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así los últimos conse-

cuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero solo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

b) *El derecho subjetivo*

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir derechos subjetivos. Solo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son contruidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es sin embargo utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado" y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues en lugar del individuo lesionado en sus intereses interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho entendido en el sentido subjetivo, la Teoría pura está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y

de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

Hemos visto que hay derecho subjetivo cuando una manifestación de voluntad del interesado (querrela o acción judicial) es un elemento esencial del procedimiento que desemboca en la norma individual por la cual el tribunal determina la sanción por aplicar en un caso concreto. En otros términos, el individuo al cual le es acordado un derecho subjetivo es admitido a participar en la creación del derecho.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, solo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos.

Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unas como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario

del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo solo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

4. LA NOCIÓN DE PERSONA

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobra el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considerara la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica de derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica

cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física es el punto central de un orden jurídico parcial compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre

que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es a veces la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación, y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona fi-

sica y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría pura del derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas. Ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipótesis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas solo regulan conductas humanas. Cuando un orden

estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial que, unida expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial.

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) *La imputación de un acto a una persona jurídica*

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la mis-

na manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Solo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano solo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos ¹.

d) *La responsabilidad de la persona jurídica*

Cuando un individuo que obra como órgano de una persona jurídica hace valer un crédito perteneciente a esta última, es decir un crédito colectivo de los individuos que constituyen la comunidad personificada por la persona jurídica, los valores realizados por vía de ejecución forzada entran en la propiedad colectiva de estos individuos. De la misma manera, cuando una persona jurídica no realiza una prestación a la cual está obligada, cuando un acto ilícito de derecho privado le es imputable, la ejecución forzada no es dirigida contra la propiedad

individual de sus miembros; sino, contra su propiedad colectiva. De aquí que la responsabilidad de la persona jurídica sea la responsabilidad colectiva de sus miembros. Un acto ilícito le es imputable cuando es cumplido por un individuo que obra en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Es posible también que la persona jurídica sea responsable de un acto ilícito cometido por un individuo que no tenga la calidad de órgano, pero en este caso, como en el otro, se trata de una responsabilidad colectiva de los miembros de las personas jurídicas.

Si la persona jurídica no cumple uno de sus deberes y la ejecución forzada es dirigida exclusivamente contra su propiedad colectiva y no contra la propiedad individual de sus miembros, la responsabilidad de la persona jurídica se denomina limitada; ésta es una de las características de las personas jurídicas del derecho privado.

Una persona jurídica puede ser también pasible de una responsabilidad penal si sus miembros deben ser sancionados por crímenes o delitos imputables a la persona jurídica en sí misma. Esta tiene, entonces, una responsabilidad penal colectiva. Empero, un crimen o un delito solo puede ser imputado a una persona jurídica cuando ha sido cometido por un individuo que ha obrado en calidad de órgano de la comunidad que ella constituye. Esto supone que dicho individuo ha obrado conforme a los estatutos de la persona jurídica. Sin duda, resulta inconcebible que esos estatutos, sometidos generalmente al control de las autoridades estatales, autoricen a los órganos de la persona jurídica a cometer un crimen o un delito, pero ello no excluye que puedan ser interpretados en este sentido, o que contengan cláusulas secretas no sometidas al control de las autoridades.

¹ Ver pág. 17.

Independientemente del caso en que la persona jurídica sea responsable de un crimen o de un delito que le fuere imputable, también puede ser responsable de un crimen o de un delito cometido por un individuo que no ha obrado en calidad de órgano. Ella es, entonces, responsable del crimen o del delito de otro. En cuanto a la persona jurídica del Estado, que es la personificación de un orden jurídico nacional, no puede evidentemente imputársele la conducta de un individuo si ésta constituye un crimen o un delito respecto del orden jurídico nacional. Dicho orden difícilmente puede autorizar a un individuo a violarlo, ya que no podría, a la vez, prescribir una sanción para una conducta determinada y establecer que ninguna sanción será aplicada a quien se conduzca de esta manera. Por el contrario, no hay contradicción lógica en el caso de que un derecho nacional prescriba una conducta a la cual el derecho internacional impone una sanción, pues si el Estado no puede violar su propio orden jurídico, puede en cambio violar otro, y especialmente el del derecho internacional. En consecuencia, es posible que un acto ilícito con respecto al derecho internacional sea imputado a un Estado y que éste sea responsable. Veremos más adelante que esta responsabilidad del Estado no es otra cosa que la responsabilidad colectiva de los individuos que son sus súbditos¹.

5. CARÁCTER OBJETIVISTA Y UNIVERSALISTA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Al despojar de esta manera de todo elemento metafísico a las nociones de derecho subjetivo y de sujeto

¹ Ver págs. 202 y 203.

de derecho, y al buscar siempre las verdaderas relaciones jurídicas que se ocultan bajo el velo de las personificaciones, únicamente encontramos relaciones establecidas por normas jurídicas, entre individuos, o más exactamente entre conductas humanas que tienen, unas el carácter de una obligación o de una responsabilidad, y otras el carácter de un derecho subjetivo. Hemos visto también que para la Teoría pura las diversas formas denominadas subjetivas del derecho (sujeto de derecho, deber, responsabilidad, derecho subjetivo) solo son funciones particulares del derecho objetivo o una manera antropométrica de describirlo. Por ello se rehúsa a adoptar con relación al derecho la actitud subjetivista del abogado encargado de la defensa de ciertos intereses particulares y preocupado únicamente de buscar cuál es la significación del derecho para el individuo, en qué medida le es provechoso o desventajoso, si sirve a sus intereses o amenaza con ocasionarle perjuicio. Esta actitud corresponde especialmente a la ciencia del derecho entre los romanos, que nació esencialmente de las consultas evacuadas por los juriconsultos y cuya recepción se produjo al mismo tiempo que la del derecho romano.

La Teoría pura del derecho, por el contrario, tiene un carácter objetivista y universalista. Estudia el derecho en su totalidad y sólo se interesa por los fenómenos particulares para establecer una relación sistemática entre cada uno de ellos y para volver a encontrar en ella la función general del derecho. Sustenta una concepción orgánica del derecho, sin que por ello participe de la opinión de los que por razones de orden ético o político ven en el derecho una entidad supra-individual, de naturaleza biológica o psicológica que escaparía a la existencia, y que tendría así un carácter metafísico. Para la Teoría pura la idea de que

el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

CAPÍTULO IX

LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL
ORDEN JURÍDICO

1. ¿CUÁNDO LAS NORMAS FORMAN UN ORDEN?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tie-

ne una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. UN ORDEN JURÍDICO ES UN SISTEMA DINÁMICO DE NORMAS

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de

una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Solo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Es-

ta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez la validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

3. LA NORMA FUNDAMENTAL

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entre

un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Solo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el

derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

4. LA NORMA FUNDAMENTAL DE UN ORDEN JURIDICO NACIONAL

a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca remplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no

se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Este es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un or-

den normativo pierde su validez cuando deja de estar en cierta medida de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) *Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza*

La comprobación de esta relación de dependencia puede fácilmente conducir a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicado a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica sólo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per*

quam. Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas solo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) *La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional*

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenece a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida

en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz¹.

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente solo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma funda-

¹ Ver pág. 217.

mental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante¹.

d) Validez y eficacia de una norma jurídica particular

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aun si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, solo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la efica-

¹ Ver págs. 212 y 213.

cacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aun si la Constitución escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aun antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

5. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL

a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma solo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consecuencia la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limiamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la pa-

labra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no se dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen a alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) La legislación y el concepto de fuente del derecho

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no solo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando,

en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en remplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, solo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también designar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del debero subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general sólo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *ius-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene,

por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia de que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediatas o indirecta, no siempre

este caso de la administración. Esta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o presidiarios, dando asistencia a los enfermos en los hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, contándose oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en rigor de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, llegado el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución,

el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de coacción que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si

se considera —volveremos más adelante sobre este punto¹— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley inconstitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. El mismo tomó en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su ca-

¹ Ver pág. 216.

rácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescribe a veces expresamente un *mínimum* de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un

ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que concierne a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto nin-

gundo, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establece para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero es señalado por la norma superior, y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Solo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues solo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nu-

lidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declarar la nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos incluyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.

¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Solo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargarse a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significarla, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente

válida es considerada contraria al derecho si sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.

CAPÍTULO X

LA INTERPRETACION

1. RAZÓN DE SER Y OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de

aplicación del derecho desciende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. DETERMINACIÓN PARCIAL DE LA NORMA INFERIOR POR LA NORMA SUPERIOR

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano *A* ordena al órgano *B* proceder a la detención de un malhechor, el órgano *B* debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano *A* no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden añadir tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una

norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permien acreditar esta voluntad sin atenderse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera de una manera muy general esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no deter-

minación de un acto jurídico puede resultar de una concepción total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico ¹.

3. LA NORMA ES UN MARCO ABIERTO A VARIAS POSIBILIDADES

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que

¹ Ver pág. 155.

desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor y están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. El que tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACION

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en re-

lación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permite evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a va-

rias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

5. ¿LA INTERPRETACION ES UN ACTO DE CONOCIMIENTO O DE VOLUNTAD?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación del derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no solo tiene

en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero en tal caso dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

6. LA ILUSORIA SEGURIDAD JURÍDICA

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que solo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.

7. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

a) *Las lagunas lógicas*

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debiera limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constreñido a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a ese derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de

conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado, aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Solo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la

interpretación. Esta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y remplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo remplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que por definición no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

b) *Las lagunas técnicas*

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de ha-

ber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Este debe ser elegido por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que en ausencia de un presidente todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aun cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera

prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

c) Las lagunas admitidas por el legislador

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizá el sentido que el legislador les atribuye. Éste puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente, disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que estableciera si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciera conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitiesen en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales solo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía el mismo las normas que le parecerían apropiadas. No tiene, pues,

otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como el sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad de la creación del derecho podría tener así la tendencia a pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estando normas individuales.

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley formulada de tal manera que no se perciban los pler poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué casos puede sustituir al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear conscientemente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infringiendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría

la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

CAPÍTULO XI

LOS MODOS DE CREACION DEL DERECHO

FORMACION DEL DERECHO Y FORMA DEL ESTADO

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y hetero-

Siempre aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución, ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstracciones se efectúan también en el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera

en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinado al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, es decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han so-

metido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

3. FUNCIÓN IDEOLÓGICA DEL DUALISMO DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paradoja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendería el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la finalidad del Estado en el marco de la ley y aun contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido

por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados¹. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reserva esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato

Ver pág. 122.

pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.

CAPÍTULO XII

EL DERECHO Y EL ESTADO

I. EL DUALISMO TRADICIONAL DE DERECHO Y ESTADO

La oposición que la doctrina tradicional establece entre el derecho público y el privado constituye ya un ejemplo muy claro del dualismo fundamental de Estado y derecho que caracteriza a la ciencia jurídica moderna y a nuestra concepción misma de la sociedad. Para la doctrina tradicional, el Estado es una entidad distinta del derecho a la vez que es una entidad jurídica. El es una persona y un sujeto de derechos y obligaciones, pero al mismo tiempo su existencia es independiente del orden jurídico. Así como para ciertos teóricos del derecho privado la personalidad jurídica del individuo es lógica y cronológicamente anterior al derecho objetivo, por lo tanto al orden jurídico, para los teóricos del derecho público el Estado, entidad colectiva capaz de querer y de obrar, es independiente del derecho y hasta anterior a su existencia. Enseñan que el Estado cumple su misión histórica al crear el derecho, "su" derecho, es decir, el orden jurídico objetivo, y al someterse al mismo, puesto que su propio derecho le confiere derechos y

obligaciones. Así concebido como un ente metajurídico, una especie de superhombre todopoderoso o de organismo social, el Estado sería a la vez la condición del derecho y un sujeto condicionado por el derecho.

A pesar de sus contradicciones evidentes y de las críticas que no han dejado de dirigirsele, esta teoría denominada de los dos aspectos del Estado o de la autolimitación del Estado continúa siendo enseñada con una perseverancia sombrosa.

La doctrina tradicional difícilmente puede renunciar al dualismo de Estado y derecho, pues él cumple una función ideológica cuya importancia no puede subestimarse. Para que el Estado pueda ser legitimado por el derecho es preciso que aparezca como una persona distinta del derecho y que el derecho en sí mismo sea un orden esencialmente diferente del Estado, sin relación con el poder que se encuentra en el origen de éste. Es preciso, pues, que sea en cierto sentido un orden justo y equitativo.

El Estado deja así de ser una simple manifestación de la fuerza para convertirse en un Estado de derecho, que se legitima creando el derecho. En la medida misma en que una legitimación religiosa o metafísica del Estado pierde su eficacia, esta teoría se convierte en el único medio de legitimar el Estado. No se turba por sus contradicciones internas y continúa viendo en el Estado una persona jurídica, un objeto de la ciencia del derecho, e insiste a la vez sobre la idea de que es una manifestación de la fuerza, un ente extraño al derecho que no puede ser comprendido jurídicamente. Además, las contradicciones jamás han turbado seriamente una ideología. Por el contrario, son un elemento necesario, ya que no se trata de profundizar el conocimiento científico, sino de determinar la voluntad, y en el caso que nos ocupa

importa menos comprender la naturaleza del Estado que reforzar su autoridad.

2. IDENTIDAD DEL DERECHO Y DEL ESTADO

a) El Estado es un orden jurídico

Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización.

En las comunidades jurídicas primitivas, preestatales, las normas generales son creadas por vía consuetudinaria. Son el resultado de la conducta habitual de los sujetos de derecho. No hay un tribunal central encargado de crear las normas individuales y de asegurar su aplicación por un acto coactivo. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquellos cuyos intereses protegidos por el derecho son lesionados. Corresponde al hijo vengar la muerte de su padre ejerciendo la *vendetta* sobre el homicida y su familia; corresponde al acreedor prender a su deudor

unidad de un orden jurídico, es un punto de imputación, y únicamente la necesidad de representarse concretamente una noción tan abstracta induce demasiado a menudo a imaginar detrás del orden jurídico un Estado que sería otra cosa que tal orden.

c) El Estado considerado como un conjunto de órganos

Desde el momento en que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y la aplicación del derecho permanecen siempre descentralizadas. La actividad de los órganos especializados forma en general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria. Tiende además a tomar el carácter de una actividad profesional y remunerada. Los individuos que realizan esta tarea se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Esta evolución histórica, que está ligada al pasaje de la economía natural a la economía monetaria, supone la formación de un fisco estatal, de un tesoro central, cuya constitución y empleo, incremento y disminución, son objeto de una regulación jurídica especial. Este tesoro permite retribuir a los funcionarios del Estado y cubrir los gastos de su actividad. La administración directa, tal como la hemos definido precedentemente¹, es

¹ Ver pág. 170.

también una actividad que el Estado ejerce por intermedio de sus funcionarios. Una escuela o un ferrocarril son instituciones públicas o privadas según la calificación jurídica de quien las dirige.

La creación de órganos estatales compuestos de funcionarios señala el pasaje del Estado judicial al Estado administrativo, pero este último es, también él, un orden coercitivo. Sus funcionarios persiguen la finalidad estatal creando directamente el estado social deseado. No se limitan a crear y aplicar normas que obliguen por una parte a los sujetos de derecho desprovistos de la calidad de funcionarios a conducirse de una manera determinada y por la otra a los funcionarios a reaccionar contra la conducta contraria por medio de actos coactivos. El método jurídico es, sin embargo, el mismo en los dos casos. Cuando se trata de crear directamente el estado social deseado, la obligación está a cargo de un funcionario y en caso de conducta contraria corresponde a otro órgano del Estado aplicar el acto de coacción. La administración está, pues, también ella, sometida al aparato coactivo del Estado.

Cuando se ha constituido un sistema de órganos especializados se puede oponer a la noción de sujeto de derecho, considerado como persona privada, la de órgano estatal en el sentido restringido de la palabra, es decir, un órgano compuesto de funcionarios y sometido a reglas jurídicas particulares. Este sentido restringido es el del lenguaje corriente que no ve un órgano del Estado en un particular que crea en un contrato normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, la función del particular en el marco del orden jurídico no se diferencia de la de un funcionario que dicta un decreto. El lenguaje común no es, por otra parte, lógico, ya que reconoce al elector, al diputado y al parlamento mismo el carácter de órga-

nos del Estado, aunque no respondan a la definición de funcionario. El término de órgano está tomado aquí en su sentido primario.

A la noción restringida del órgano estatal corresponde una noción restringida del Estado, concebido como un conjunto de órganos compuestos de funcionarios, como una organización más concentrada en el interior de un Estado entendido en sentido amplio, que abarca a todos los súbditos. Ésta es una concepción muy difundida, pero un poco ingenua. Un análisis exacto de la estructura del derecho conduce, en la definición del órgano, a remplazar la noción de persona (más concreta, pero incorrecta) por la de función, ya que la calificación jurídica de un individuo que ejerce la función de órgano del Estado sólo es uno de los elementos de esta función. El Estado en su sentido restringido aparece entonces como un sistema de funciones jurídicas claramente determinadas, correspondientes unas a los individuos a los cuales el orden jurídico atribuye la calidad de funcionarios y otras a los órganos que no tienen esta calidad, como son los órganos legislativos.

Entendido en este sentido restringido, el Estado es un conjunto de hechos que tienen una significación jurídica particular. Es el sistema de normas jurídicas que dan su significación a estos hechos. Podemos, pues, definirlo como un orden jurídico parcial extraído de manera más o menos arbitraria del orden estatal total que denominamos orden jurídico nacional.

d) *La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho*

Nuestra conclusión es confirmada por el hecho de que los problemas examinados tradicionalmente en el

marco de la teoría general del Estado se relacionan, en realidad, con la teoría del derecho, pues se refieren a la validez y a la creación del orden jurídico. La teoría de los "elementos" del Estado (poder público, territorio, población) solo es un modo de encarar la validez del orden jurídico, ya sea en sí misma, ya en su alcance territorial o personal. La naturaleza jurídica de las divisiones territoriales del Estado y la de las uniones de Estados plantea únicamente un problema de centralización o de descentralización en el marco del problema general de la validez territorial de las normas que constituyen un orden jurídico. Por último, la teoría de los tres poderes o funciones del Estado versa sobre las diferentes etapas del proceso de creación de las normas jurídicas. Los órganos del Estado solo tienen por función crear y aplicar las normas jurídicas y la forma del Estado señala solamente cómo estas normas se producen o, para emplear una expresión figurada, cómo se crea la "voluntad" del Estado.

e) *Poder del Estado y efectividad del orden jurídico*

Si el Estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida en que los sujetos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. Las manifestaciones exteriores del poder del Estado, las cárceles y las fortalezas, las horcas y las ametralladoras, no son en sí mismas más que cosas inertes. Se convierten en instrumentos del poder estatal solo en la medida en que los individuos se sirven de ellas en el marco de un orden

jurídico determinado, es decir, con la idea de que deben conducirse de la manera prescrita por este orden.

Admitiendo lo expuesto, el dualismo Estado y derecho desaparece, ya que se trata solamente de un desdoblamiento producido por la ciencia jurídica cuando emplea un vocablo tal como el de persona para designar la unidad de un objeto y luego atribuye a esta unidad una realidad distinta de los elementos que la componen. Para la teoría del conocimiento, el dualismo de la persona estatal y del orden jurídico recuerda el dualismo también contradictorio de Dios y el mundo. La ideología político-jurídica coincide en todos los puntos esenciales con la ideología teológico-religiosa de la cual emana y de la cual constituye un sucedáneo.

Por el contrario, para una ciencia que no se entreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su derecho son un solo y mismo sistema de coacción. De aquí resulta la completa imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho, pues no es posible legitimar el derecho por sí mismo, a menos que se trate de dos derechos diferentes, el derecho positivo y el derecho justo o la justicia.

La tentativa de legitimar el Estado presentándolo como un Estado fundado sobre el derecho, como un *Rechtsstaat*, resulta enteramente vana. Todo Estado está necesariamente fundado sobre el derecho si se entiende por esto que es un orden jurídico. Un Estado que no fuera o que aún no hubiera llegado a ser un orden jurídico, no existe, ya que un Estado no puede ser otra cosa que un orden jurídico. Esta comprobación no significa, por otra parte, ningún juicio sobre el valor político del Estado. Para ciertos teóricos un Estado sólo está fundado sobre el derecho si garantiza los derechos indi-

viduales, permite el control de la legalidad de los actos estatales y asegura la formación de normas jurídicas según los métodos democráticos. Ver en estos sistemas normativos los únicos órdenes jurídicos verdaderos constituye, sin embargo, un prejuicio de derecho natural. Para una teoría positivista consecuente consigo misma, el derecho (o el Estado) sólo puede ser un orden coactivo aplicado a la conducta de los hombres y esto no comporta ningún juicio sobre el valor de dicho orden desde el punto de vista de la moral o de la justicia. El Estado no es ni más ni menos jurídico que el mismo derecho. En tanto que realidad de orden intelectual, es un sistema de normas estudiado por la ciencia normativa del derecho, pero si se lo considera como una serie de actos de carácter psicofisiológico que se motivan los unos a los otros, es una fuerza y como tal su estudio pertenece a la psicología social o a la sociología.

f) *Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho*

Al suprimir así, por el análisis crítico, el dualismo Estado y derecho, la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado. De ahí la resistencia apasionada que oponen los partidarios de la teoría tradicional a la tesis de la identidad del derecho y del Estado.

La negativa de la Teoría pura a legitimar el Estado por el derecho no significa que considere toda legitimación del Estado como imposible. Sostiene solamente que la ciencia del derecho no está en condiciones de justificar el Estado por el derecho o, lo que es lo mismo, de que corresponda a una ciencia justificar cosa alguna. Una justificación es un juicio de valor, que tiene siem-

pre un carácter subjetivo y atañe a la ética o a la política. Si los teóricos del derecho quieren hacer ciencia y no política, no deben salir del ámbito del conocimiento objetivo.

CAPÍTULO XIII

EL DERECHO INTERNACIONAL

I. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA Y LA NORMA FUNDAMENTAL DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. Una de las más importantes se expresa con la fórmula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. Estos tratados, que son normas creadas por declaraciones concordantes de voluntad emanadas de órganos competentes de dos o más Estados, constituyen el derecho internacional particular, puesto que sus normas no son válidas para todos los Estados sino solamente para las partes contratantes, o sea grupos de dos o más Estados que