

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (trad. Roberto J. Vernengo). México: UNAM, 1982, pp. 44-57, 123-134, 201-214.

HANS KELSEN

TEORIA PURA DEL DERECHO

Traducción de la segunda edición en alemán, por

ROBERTO J. VERNENGO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México 1982

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

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

ISBN 968-58-0032-4

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

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

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

6. El orden jurídico

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese comportamiento puede consistir en una acción positiva, o en una omisión negativa. Pero, en la medida en que el orden jurídico es un sistema social, sólo regula positivamente²⁶ la conducta de un hombre en tanto y en cuanto se refiere, inmediata o mediatamente, a otro hombre. Se trata de la conducta de un hombre frente a otro hombre, a varios hombres o a todos los demás hombres; es el comportamiento recíproco de los hombres lo que configura el objeto de esa regulación. La relación de la conducta de un hombre, hacia este o aquel otro hombre, puede ser individual, como en el caso de la norma que obliga a todo hombre a abstenerse de matar al otro; o la norma que obliga al deudor a pagar una determinada suma de dinero al acreedor; o la norma que obliga a todos a respetar la propiedad ajena. La relación puede tener también carácter colectivo. La conducta regulada por la norma que obliga a cumplir el servicio militar, no es la conducta de un individuo frente a determinado otro individuo, como en el caso de la norma que prohíbe el homicidio, sino una conducta frente a la comunidad jurídica, es decir: frente a todos los hombres sujetos al orden jurídico, pertenecientes a la comunidad de derecho. Lo mismo sucede cuando se sanciona penalmente la tentativa de suicidio. Y, en este sentido, las normas arriba mencionadas, destinadas a proteger animales, plantas y objetos inanimados, pueden ser entendidas como normas sociales. La autoridad jurídica exige una determinada conducta humana sólo porque —con razón o sin ella— la considera valiosa para la comunidad jurídica de los hombres. Esta relación a la comunidad jurídica es, a la postre, decisiva también para la regulación jurídica del comportamiento humano que se encuentra en la relación individual con respecto de otro determinado hombre. Mas, no es solamente, quizás, el interés del acreedor concreto, lo protegido por la norma jurídica que obliga al deudor; es más bien el interés asumido por la autoridad jurídica de la comunidad jurídica en el mantenimiento de un determinado sistema económico.

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

²⁶ Cfr. *supra*, pp. 15 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ Cfr. *infra*, p. 300.

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

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

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

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

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

entonces puede valer la conducta no prohibida (y en ese sentido negativo, permitida) como justificada, es decir, valer como contenido de un derecho que es el reflejo de una obligación correspondiente.³¹ Pero no toda conducta permitida, en el sentido negativo de no estar prohibida, está garantizada mediante la prohibición de la conducta de otro que la impida, de la conducta opositora de otro; no siempre se encuentra, frente a la conducta de esa suerte permitida de un hombre, una obligación correspondiente de otro. Cierta conducta de un hombre puede estar no prohibida por el orden jurídico y, en ese sentido, estar permitida, sin que la conducta contrapuesta a esa conducta de otro hombre esté prohibida por el orden jurídico, de suerte que también esa segunda conducta está permitida. Una determinada conducta de un hombre puede no estar prohibida, sea porque carece de relación con otro hombre, o por no tener ningún efecto perjudicial sobre ningún otro hombre. Pero tampoco toda conducta humana de efecto perjudicial sobre algún otro hombre, está prohibida. Así, puede, por ejemplo, que no esté prohibido que el propietario dé una casa efectúe un orificio en un muro construido sobre el linde de su predio, para colocar un ventilador. Puede que simultáneamente no esté prohibido que el propietario del fundo vecino construya una casa, una de cuyas paredes cierre el orificio de ventilación en la pared de la casa vecina, de suerte que el uso del ventilador sea imposible. Tendríamos entonces que a uno se permite impedir lo que se permite hacer al otro, a saber, introducir aire mediante un ventilador en una habitación de su casa. Si la conducta de un individuo no está prohibida (y en ese sentido, está permitida), aun tratándose de conducta que se contrapone a la conducta tampoco prohibida (en ese sentido, permitida) de otro individuo, es posible un conflicto en cuyo respecto el orden jurídico no prevé ninguna medida. No trata de evitarlo, como en el caso de otros conflictos, prohibiendo la conducta de un individuo que es contraria a la de otro; o, en otros términos, prohibiendo que se satisfaga el interés de uno, cuando es contrario al interés de otro. El orden jurídico no puede ciertamente intentar evitar todos los conflictos posibles. Lo que los órdenes jurídicos modernos prohíben, casi sin excepción, es el impedir mediante la fuerza física la conducta no prohibida del otro. Puesto que el recurso a la fuerza física —esto es, la ejecución de un acto coactivo— está en principio prohibida, en la medida en que no esté positivamente permitida a determinados hombres, en que determinados hombres no estén facultados para ello.

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

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

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

³² Cfr. *infra*, pp. 145 y ss.

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

³¹ Cfr. *infra*, p. 130.

IV. ESTATICA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸³ Cf. *infra*, pp. 321 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28. Obligación jurídica y responsabilidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁵ Cf. *supra*, p. 22.

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

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

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

V. DINAMICA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

¹¹⁷ Cf. *supra*, pp. 9, 23, 46 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²³ Cf. *supra*, pp. 76 y ss.