
Hans Kelsen

Teoría
pura del derecho



universidad nacional
autónoma de méxico

TEORIA PURA DEL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS

Serie G: ESTUDIOS DOCTRINALES 20

HANS KELSEN

TEORIA PURA DEL DERECHO

Traducción de la segunda edición en alemán, por

ROBERTO J. VERNENGO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

México 1982

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

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

ISBN 968-58-0032-4

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

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México

PRESENTACIÓN

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

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

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

^a Novísimo Digesto Italiano, p. 404.

^b Op. cit.

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

merables reimpresiones, El contrato y el tratado (UNAM, México 1943), La idea del derecho natural (Córdoba, 1943) Sociedad y naturaleza (Buenos Aires, 1945), Principios de derecho internacional público (Buenos Aires, 1965), artículos y ensayos.⁴

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

Si en la primera edición Kelsen formula los resultados de la teoría pura del derecho, en esta segunda edición Kelsen intenta resolver los problemas fundamentales de una teoría general del derecho de acuerdo con los principios de la pureza metodológica del conocimiento jurídico tratando de determinar, en un mayor grado que antes, la posición de la ciencia del derecho en el sistema del conocimiento científico.⁵ Cabe decir que Kelsen ha querido presentarnos en esta obra una síntesis de más de cincuenta años de su labor jusfilosófica (los Hauptprobleme der Staatsrechtslehre aparecieron en 1911).

En esta nueva edición se revela el intento de Kelsen de no hacer simplemente una tesis más sobre el derecho positivo, sino que apunta más a realizar una contribución esencial a la teoría metódica de la ciencia del derecho.⁶

Comparada con la primera edición, ésta ha doblado prácticamente su tamaño. El número de capítulos específicamente aumenta. Pero, también, ha crecido en sustancia. Las nociones básicas de la Teoría pura han sido refinadas y replanteadas de manera de superar malentendidos a los cuales daban origen las formulaciones de la primera edición. Así, por ejemplo, el significado de la norma fundamental del orden jurídico es dilucidado con mayor claridad en el presente volumen.⁷ En la presente edición merece destacar el esfuerzo de Kelsen por distinguir la ciencia del derecho de la ciencia natural no exactamente como mundos distintos el uno del otro, sino, simplemente, como dos diferentes unidades de consideración científica. Es importante destacar en esta segunda edición la explicación que hace Kelsen en el último inciso del primer capítulo sobre las normas no independientes y el carácter complejo de la norma jurídica que señalan una marcada preferencia por la nomodinámica. También son interesantes las adiciones y la clasificación que realiza Kelsen sobre la relación de derecho internacional y de derecho nacional, especialmente en lo que se refiere a la teoría monista. En algunos casos Kelsen llega a modificar

⁴ Vid. R. A. Metall. Hans Kelsen *leben und Werk*, Franz Deuticke Verlag, 1969, p. 157.

⁵ Vid. Max Knight, prefacio p. v.

⁶ Vid. ZVREER. 1964, p. 135.

⁷ Vid. EJIM, vol. 56, núm. 1, enero 1962, p. 236.

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

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

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

Rolando TAMAYO y SALMORÁN

^h Cfr. Hart. *Kelsen's doctrine of the Unity of Law*.

ⁱ Vid. EJIM, vol. 56, núm. 1, enero 1962, p. 236.

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

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ginebra, mayo de 1934.

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

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

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

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

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

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

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

Agradezco al señor doctor Rudolf A. Méta11 la confección del inventario de mis escritos y la valiosa ayuda que me prestó en la corrección de las pruebas.²

HANS Kelsen

Berkeley, California, abril de 1960

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

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

I. Derecho y naturaleza

1. La "pureza" 15
2. Lo que acontece y su significado jurídico 15
3. El sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. La autoatribución de significado 16
4. La norma 17
 - a) La norma como esquema de explicitación conceptual 17
 - b) Norma y producción de normas 18
 - c) Validez y dominio de validez de la norma 23
 - d) Regulación positiva y negativa: obligar, facultar, permitir 28
 - e) Norma y valor 30

I. DERECHO Y NATURALEZA

1. La "pureza"

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

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

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

2. Lo que acontece y su significado jurídico

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

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

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

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

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

4. La norma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Cfr. *infra*, p. 196 y ss.

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

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

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

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

⁶ Cfr. *infra*, p. 23.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ Cfr. *infra*, p. 228 y ss.

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

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

¹⁰ Cfr. *infra*, p. 116 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

por ello, son esencialmente diferentes de los juicios de realidad; y juicios de valor que expresan un valor subjetivo, en la medida en que establecen la relación de un objeto y, en especial, de una conducta humana, con el hecho de que un hombre, o también muchos hombres, desean o quieren ese objeto o su contrario, y, en especial, aprueban o desaprueban una determinada conducta humana, siendo por lo tanto juicios de realidad específicos, se sostiene que también los juicios de valor mencionados primeramente son juicios de realidad. Puesto que la norma que constituye el fundamento del juicio de valor es puesta por un acto imperativo humano, o es producida por la costumbre —por ende, mediante hechos de la realidad empírica— la relación de un hecho —en especial de una conducta fáctica— con una norma, expondría así también sólo la relación entre hechos de la realidad empírica. Pero este contrargumento pasa por alto que el hecho del acto imperativo, o el hecho de la costumbre, y la norma producida por esos hechos, son dos cosas distintas: un hecho y un contenido significativo; y, por lo tanto, que la relación de una conducta fáctica con una norma y la relación de esa conducta con los hechos empíricos, cuyo sentido la norma constituye, son dos relaciones diferentes. Es ciertamente posible enunciar la relación de una conducta con la norma que establece esa conducta debida, sin tomar en consideración al hacerlo el hecho del acto imperativo, o el hecho de la costumbre a través de los cuales la norma se produjo. Así sucede evidentemente cuando se trata de normas cuya promulgación se ha producido mucho tiempo antes, normas producidas por acciones de hombres que han muerto hace tiempo y que han sido olvidados; y, en especial, cuando se trata de normas producidas por la costumbre de generaciones pasadas, de suerte que esas normas sólo son conocidas por los hombres, cuyas conductas regulan, como contenidos significativos. Cuando se juzga una determinada conducta como moralmente buena, o mala —por corresponder o contrariar una norma moral considerada válida—, por lo común no se tiene conciencia de la costumbre a través de la cual se produjo la norma moral que constituye el fundamento del juicio. Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y que la norma fundante que constituye el último fundamento de la validez de esas normas, de manera alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico.¹⁸

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

¹⁸ Con respecto de la distinción entre “poner” y “suponer” una norma, *cfr. infra*, pp. 46 y ss; pp. 197 y ss.

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

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

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

I. Derecho y naturaleza

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

5. *El sistema social*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Mateo v, 38 ss.

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

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

¹⁹ Cfr. *infra*, pp. 86 y ss.

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

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

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

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

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

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

6. *El orden jurídico*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ Cfr. *supra*, pp. 15 y ss.

contra la voluntad del que lo padece, inclusive, de ser necesario, recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente. Que el acto coactivo que funciona como sanción inflige un mal al que lo padece, debe entenderse en el sentido de que ese acto normalmente es percibido por el paciente como un mal. Pero puede suceder excepcionalmente que tal cosa no suceda; así, por ejemplo, cuando quien ha cometido un delito y desea, por remordimientos, sufrir el castigo estatuido por el orden jurídico, lo siente entonces como bueno; o cuando alguien comete un delito para sufrir la pena de prisión prevista para el mismo, porque así se asegura techo y comida. Pero se trata, como se señaló, de excepciones. Puede aceptarse que el acto de coacción que funciona como sanción, normalmente será sentido por el que lo sufre como un mal. En ese sentido, los sistemas sociales designados como "derecho" son órdenes coactivos de la conducta humana. Ordenan una determinada conducta humana, en cuanto enlazan a la conducta contrapuesta un acto coactivo, dirigido contra el hombre que así actúa (o contra sus parientes). Esto es: faculta a determinado individuo para dirigir contra otro individuo un acto coactivo como sanción. Las sanciones estatuidas por un orden jurídico son, a diferencia de las trascendentes, socialmente 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 una característica de la función esencial de esos sistemas sociales. Desempeñan, dentro de los sistemas que funcionan como órdenes coactivos, un papel muy subordinado. Por lo demás, las normas relativas a la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ Cfr. *infra*, p. 300.

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

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

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

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

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

entonces puede valer la conducta no prohibida (y en ese sentido negativo, permitida) como justificada, es decir, valer como contenido de un derecho que es el reflejo de una obligación correspondiente.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

³¹ Cfr. *infra*, p. 130.

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

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

³² Cfr. *infra*, pp. 145 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ Cfr. *infra*, pp. 196 y ss.

³⁵ Cfr. *infra*, pp. 221, 333 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ *Civitas Dei*, IV, 4.

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

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

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

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

³⁸ *Ibid.*, XIX, 21, 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴¹ Cfr. *infra*, pp. 55 y ss.

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

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

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

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

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

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

⁴³ Cfr. *infra*, pp. 289 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ Cfr. *supra*, p. 16.

⁴⁵ Cfr. *infra*, pp. 43 y ss.