EL DERECHO COMO HECHO

KARL OLIVECRONA

ROQUE Depalma EDITOR

KARL OLIVECRONA

Profesor de derecho en la Universidad de Lund (Suecia)

EL DERECHO COMO HECHO

En apéndice:

EL IMPERATIVO DE LA LEY

ROQUE *Depalma* EDITOR

BUENOS AIRES - 1959

AC. 21323 - IV. 2010
Ex. 6100046260

U. F. Pe.
FAC. DE DIREITO
BIBLIOTECA
462 | 4-8-61

Título del original en inglés: *Law as fact*

Ejnar Munksgaard (Copenhagen) y Humphrey Milford (London), 1939

Traducción por el Dr. GERÓNIMO CORTÉS FUNES

Del apéndice:

Título del original en alemán: *Der Imperativ des Gesetzes*

Ejnar Munksgaard, Kopenhagen, 1942

Traducción por el Dr. JOSÉ JULIO SANTA PINTER

Hecho el depósito de ley.
Derechos reservados.

ROQUE *Depalma* EDITOR
Talcahuano 494 - Buenos Aires

PRESENTACIÓN

Karl Olivecrona no es un autor totalmente desconocido para los lectores de habla española. En 1947 *se publicó en los Estados Unidos, dentro de un conjunto de ensayos sobre las modernas corrientes de filosofía jurídica, una prieta síntesis de su concepción realista del derecho* (Interpretation of modern legal philosophies. Essays in honor of Roscoe Pound, *Oxford University Press, New York, ps.* 542 *a* 556*). Ese ensayo lleva el mismo título del libro original allí sintetizado:* Law as fact, *y su traducción al español fue publicada con otros cuatro ensayos de otros autores (L. Cabral de Moncada, José Brandão, José Vilanova y Wilhelm Lündstedt), bajo el título común de* El hecho del derecho *(Editorial Losada).*

Nacido en Upsala en 1897 *e hijo de un juez local que recibió de la Universidad de esa ciudad el título de doctor "honoris causa", Karl Olivecrona se graduó de abogado en la misma Universidad en* 1920. *Alumno de Wilhelm Lündstedt, este destacado jusfilósofo llamó su atención sobre la labor de otro gran profesor sueco, Axel Hägerström, cuyos seminarios siguió Olivecrona y fueron decisivos en su vocación por la filosofía del derecho. Olivecrona alternó el ejercicio profesional con sus estudios filosóficos, y en* 1928 *obtuvo el grado de doctor en derecho, versando su tesis sobre el concepto de la personalidad jurídica en el derecho romano y en el moderno. Actuó como profesor adjunto de derecho privado*

en la Universidad de Upsala y después fue trasladado a la de Lund como profesor titular de derecho procesal. Es de señalar que en Suecia no existen cátedras de filosofía del derecho, y ello explica que Olivecrona se desempeñase como profesor de derecho positivo; pero, como él mismo lo ha dicho, la experiencia recogida en sus cátedras y en una breve actuación como juez en el Tribunal de Apelaciones del Sud de Suecia, le fue de suma utilidad en sus estudios filosóficos, al ponerlo en íntimo contacto con el derecho positivo; ello explica —agregaremos— la posición realista con que el autor encara los problemas del concepto del derecho y de su fundamento.

La actitud de Olivecrona ante las enseñanzas de las teorías filosóficas conocidas y aun de sus propios maestros (incluídos Lündstedt y Hägerström), fue de negación y rebeldía. Encontraba un vacío imposible de colmar tanto en la concepción pura del derecho como en su fundamentación esencial.

Con sistema lógico de notable estrictez y de contenido sociológico y jurídico —positivo, como filosófico, producto de la experiencia a que nos hemos referido—, y descartando de antemano todo elemento metafísico, enuncia su teoría propia y singular del derecho, que si no alcanza en extensión a la kelseniana, la supera en profundidad en muchos aspectos.

Olivecrona aplicó su sistema a materias aparentemente extrañas al campo tradicional de la filosofía y de la teoría pura del derecho, ahondando en el juzgamiento y decisión de los casos a través de la

esencia filosófica y de la "ratio legis" de las normas positivas. Publicó en tal sentido un tratado de sentencias civiles, de contenido dominantemente filosófico, y otro sobre derecho procesal y sobre teoría de las ejecuciones. Con igual criterio analizó las doctrinas dominantes de los economistas y con especial predilección las exposiciones de Keynes sobre el régimen monetario, y sobre la naturaleza de la "moneda", encontrándolos vacuos de contenido y sustancia. Sus conclusiones realistas al respecto han sido materia de la obra publicada en inglés The problem of the monetary unit.

La inquietud investigadora y analítica de Olivecrona se ha extendido a otros campos, como el estudio del valor ritual de las investiduras reales en las antiguas monarquías referido especialmente a Suecia (Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht, *Upsala*, 1947), *y de las instituciones públicas de Roma* (Three essays in roman law, *Copenhagen*, 1949). *Seleccionó y editó también en inglés los principales estudios filosóficos de su antiguo maestro Hägerström, bajo el título* Inquiries into the nature of law and of morals, *Upsala*, 1953.

La obra de Olivecrona tiene hoy difusión y gravitación universales a pesar de dificultades idiomáticas, en buena parte superadas por la extraordinaria cultura lingüística de su autor, muchas de cuyas obras (como la que ahora vertemos al castellano) no fueron escritas originariamente en su idioma natal sino en inglés y en alemán.

GERÓNIMO CORTÉS FUNES.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN VII

PREFACIO DEL AUTOR XV

INTRODUCCIÓN. *La fuerza obligatoria del derecho* 1

I. LA NATURALEZA DE LA NORMA JURÍDICA 17

Contenido de la norma jurídica 17

Forma de la norma jurídica 19

Una orden no es una manifestación de voluntad 20

Una norma jurídica no es una orden en sentido propio 22

El derecho no es una creación del Estado 26

Las normas jurídicas como "imperativos independientes" 27

II. LA IMPLANTACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS 35

Legislación ordinaria 35

Métodos informales de implantación de normas jurídicas 43

El establecimiento originario de una Constitución 47

La búsqueda de una explicación "final" del derecho 52

III. LA IDEA DE LOS DERECHOS 55

La idea de los derechos confrontada con los hechos 57

¿Cuál es el sentido de la idea de un derecho? 66

¿Con qué propósitos se utiliza la noción de un derecho subjetivo? 71

La noción de un poder ficticio tal cual aparece en el derecho .. 74

La noción de los derechos en la técnica legal explicada con especial referencia a la naturaleza de los fallos en casos civiles 78

La conexión entre las nociones imaginarias en el derecho y en la magia 86
Por qué se prescinde de la naturaleza imaginaria de los derechos 89

IV. EL DERECHO Y LA FUERZA 95
El uso efectivo de la fuerza en la organización del Estado 95
El contraste derecho-fuerza 97
¿Está el derecho garantizado por la fuerza? 99
La distinción entre las normas primarias y secundarias 100
El derecho consiste principalmente en normas sobre la fuerza . 103
La necesidad de la fuerza organizada 105
La influencia de la fuerza es primordialmente indirecta 108
La función del miedo 111
Nuestros conceptos morales y el derecho 116
La influencia de las ideas morales en el derecho 125
Resumen de lo que antecede 130
El monopolio de la fuerza 133
La canalización y la dirección de la fuerza 138
El significado del "imperio del derecho" 141
La teoría marxista del Estado 142
El derecho y la fuerza en las relaciones internacionales 151

APÉNDICE

EL IMPERATIVO DE LA LEY 169

A mi esposa

PREFACIO DEL AUTOR

Cuando este libro entraba en prensa falleció el profesor Axel Hägerström que fue mi querido y venerado maestro. No puedo intentar aquí describir la naturaleza y la extensión de su investigación filosófica, que con el tiempo será más ampliamente conocida y apreciada que lo que es ahora. En lo que a mí se refiere es suficiente decir que mi propósito de estudiar el derecho como hecho no podría haber sido logrado sin la base provista por su obra.

Estoy también profundamente agradecido al profesor Vilhelm Lundstedt, tanto por la inspiración que en él encontré como por las informaciones que he obtenido de sus múltiples investigaciones sobre el derecho. He utilizado liberalmente argumentos extraídos de sus escritos y de los del profesor Hägerström.

Mi esposa, además de estimularme en mi tarea con interés infatigable, ha sido de inestimable ayuda en la aclaración de muchos problemas de psicología.

Debo agradecer también al Dr. Asta Kihlbom, profesor auxiliar de la Universidad de Lund, y al Sr. A. H. King, B. A., lector de inglés de la misma Universidad, por su valiosa ayuda en la corrección del manuscrito y en la revisión de las pruebas.

KARL OLIVECRONA

Lund (Suecia), julio de 1939.

INTRODUCCIÓN

LA FUERZA OBLIGATORIA DEL DERECHO

La definición del derecho como un conjunto de normas, *obligatorias* para los miembros de una comunidad, parece ser la más generalizada. A pesar de su vaguedad, podemos tomar esta definición como punto de partida para nuestra investigación sobre la verdadera naturaleza del derecho. Contiene al menos un elemento común que, fuera de duda, aceptan casi todos los que han tratado esta materia: la afirmación de que el derecho es *obligatorio*. Dejando de lado por el momento el problema de definir la norma jurídica, nos preguntaremos en primer término qué se entiende por fuerza obligatoria del derecho, tratando de establecer si esa fuerza obligatoria es una realidad o no.

Esto importa atacar en la raíz las nociones dominantes sobre el derecho. Se considera la fuerza obligatoria como absolutamente esencial para el derecho. Un derecho sin fuerza obligatoria parece inconcebible. Según la opinión corriente tal derecho no sería verdadero derecho en modo alguno; por lo tanto, para muchos, el solo hecho de poner en duda la fuerza obligatoria es un absurdo.

En ocasiones el problema es considerado, sin embargo, también bajo otro aspecto, y con frecuencia se cree que una

crítica de esa índole va dirigida contra el derecho mismo y encuentra, por lo tanto, fuerte resistencia como una tentativa de promover la anarquía. Pero tal actitud es sumamente sospechosa.

Si la fuerza obligatoria es una realidad no puede ser afectada por teoría alguna. El derecho continuará obligando a pesar de lo que se escriba sobre él en los libros. Por lo tanto, en este supuesto ninguna teoría puede constituir un ataque al derecho mismo sino solamente a las teorías previas sobre la materia. Cabe agregar que si estas teorías fuesen sólidas el ataque no sería peligroso, ya que la verdad se impondrá a la larga. Si, por lo contrario, se descubriese que la fuerza obligatoria es una ilusión, sería de suma importancia que tal ilusión se disipe cuanto antes, ya que cualquier concepción errónea sobre la verdadera naturaleza del derecho redunda en detrimento de la ciencia social y de la educación social.

Solamente puede explicarse la resistencia a cualquier crítica de la fuerza obligatoria del derecho en cuanto tal crítica vulnera una *creencia* fomentada que se considera necesaria para conservar el derecho. Solamente esa hipótesis permite comprender por qué la idea de la fuerza obligatoria es defendida a toda costa, con prescindencia de la verdad, y el vigor de esa defensa. Y no hay duda que tal creencia está ampliamente arraigada.

No podemos, sin embargo, detener a la ciencia por causa de esa creencia. Debe investigarse la creencia misma partiendo de la verdad y examinar sin prejuicio alguno su función efectiva en la conservación del derecho. Supongamos que la fuerza obligatoria sea realmente una ilusión. No puede entonces darse por establecido que la existencia continuada de esa ilusión peculiar sea necesaria para mantener el derecho y el orden. Estamos muy predispuestos a sobrestimar la im-

portancia de nuestras propias ideas. Ningún conocimiento consistente de la verdadera posición actual puede lograrse sin un análisis comprensivo de los varios hechos psicológicos que están tras el derecho. Pero tal análisis debe a su vez presuponer un cuadro veraz del derecho mismo. Difícilmente podremos abarcar todas las fuerzas que mantienen el derecho si no conocemos en forma integral lo que se trata de mantener.

Por lo tanto, lo primero que corresponde hacer es investigar la naturaleza del derecho de manera científica. Pero esto no puede hacerse sin cuestionar la fuerza obligatoria. De otra manera partiríamos de una creencia establecida sobre el sujeto a ser investigado.

Es verdad que puede decirse que el derecho obliga a los miembros de una comunidad en un sentido muy real. En general cada uno de ellos debe mantenerse dentro de ciertos límites si quiere evitar un desastre: debe pagar sus deudas, debe abstenerse de apropiarse de las cosas ajenas o de dañarlas, debe evitar causar lesiones corporales a los demás, etc. Cualquiera que opta por traspasar los límites impuestos por el derecho se expone a riesgos considerables y probablemente incurrirá en penas o tendrá que pagar indemnizaciones. A esas consecuencias se suman otras reacciones del medio social que se traducen en pérdida de reputación, dificultades para encontrar trabajo, etc. Al final, una despreocupación total por las normas jurídicas llevará casi indefectiblemente al aniquilamiento.

Las normas jurídicas tienen así una efectiva influencia sobre nosotros, pero ello no es lo que se entiende por su fuerza obligatoria. Indudablemente la "fuerza obligatoria" no es lo mismo que el hecho de que puedan seguirse consecuencias desagradables del proceder ilegítimo. Si eso fuera lo que entendemos por fuerza obligatoria podríamos afirmar del mismo

modo que existe una norma obligatoria que prohibe a la gente poner sus manos en el fuego; las consecuencias de tal acto son por cierto desagradables, pero de ello no podemos deducir que estamos *obligados* a evitarlo. No puede decirse que exista un deber de mantenerse alejado del fuego. Es solamente de nuestro interés el hacerlo. Se supone, en cambio, que el derecho es "obligatorio" con prescindencia de nuestro propio interés.

Es verdad que por lo general nuestros intereses nos impulsan a observar la ley, pero esto es un hecho secundario. Conforme a las doctrinas corrientes, cuando se impone una sanción es *porque* se ha violado una norma obligatoria. Se concibe así la fuerza obligatoria como algo anterior a la sanción. Por lo tanto, no puede deducirse la naturaleza de la fuerza obligatoria del hecho de que incurramos en sanciones en caso de trasgresión. Ni se la puede definir a través de las normas que prescriben sanciones. Una norma "obligatoria" dice, por ejemplo: no robarás. Otra norma dice: si quebrantas esa norma y robas, serás castigado. El sentido de la idea de que la primera norma es obligatoria no puede evidentemente ser explicado señalando que existe otra norma (también obligatoria!) que dispone el castigo en caso de violación de la primera.

Más aún, cabe anotar que se presenta la fuerza obligatoria del derecho como absoluta e incondicional. Pero los vínculos efectivos con que el derecho nos domina son de naturaleza relativa. Depende de la eficiencia de la organización social y de otras circunstancias, que las sanciones se apliquen o no. Aunque la organización existente tuviese la máxima eficiencia que pueda concebirse, siempre existirán escapatorias. Pero esas imperfecciones no afectan a la fuerza obligatoria del derecho. Se considera a la ley como obligatoria para cada uno con

prescindencia del dominio efectivo que la ley ejerza sobre él. Y, por consecuencia, no se admite que el derecho deje de ser obligatorio para una persona porque ella esté en situación de violarlo impunemente!

Resulta así que la fuerza obligatoria del derecho debe ser algo distinto del hecho de que nos exponemos al riesgo de sanciones cuando traspasamos ciertos límites impuestos por la ley. ¿Cómo, pues, explicarla? Podría sugerirse quizá que tenemos cierto *sentir* de estar obligados por el derecho y que este sentir constituye una prevención eficaz de las violaciones legales. En efecto, toda persona normal se siente inhibida de hacer muchas cosas que la ley prohibe. Pero sería completamente erróneo identificar la fuerza obligatoria con la existencia de esas inhibiciones. El sentirse obligado y las inhibiciones consiguientes, pueden distinguirse con precisión de la fuerza obligatoria misma. Nadie afirmaría que el derecho no obliga a aquellos que no se sienten obligados por él. Esto equivaldría a decir que el derecho no obliga a los criminales sino a la gente de orden!

¿Qué es entonces la fuerza obligatoria del derecho? Es obvio que no es un hecho. No tiene sitio en el mundo real, el mundo del tiempo y del espacio. En la vida social efectiva, que constituye la esfera donde debería ubicarse el derecho, podemos observar multitud de hechos que determinan las acciones de la gente, y entre ellos las normas jurídicas. Pero su resultado es siempre relativo y condicionado por otros elementos circunstanciales. La fuerza obligatoria del derecho, en sentido absoluto, elude todo intento de ubicarla en el conjunto social.

Lo dicho no constituye novedad aunque habitualmente no se lo expone tan rudamente. Los juristas y los filósofos tienen plena conciencia del hecho de que la fuerza obligatoria

del derecho no pertenece al mundo del tiempo y del espacio que nos rodea, ni al mundo de la naturaleza. La conclusión obvia sería, pues, que la fuerza obligatoria solamente existe en la imaginación. Pero está tan profundamente arraigada la creencia de su realidad que rara vez se ha expresado aquella idea y, por lo contrario, se mantiene la fuerza obligatoria, en el sentido tradicional, como presupuesto fundamental de toda doctrina corriente.

La consecuencia es que el derecho debe ser concebido como estando por encima de los hechos de la vida, lo que significa en último término que el derecho no pertenece al mundo del tiempo y del espacio. Debe tener su esfera propia, fuera del mundo real, lo que es absurdo.

Hay una razón muy simple por la cual no puede concebirse el derecho fuera del mundo de la naturaleza. El derecho debe necesariamente tener alguna relación con los fenómenos de este mundo, pero nada puede relacionarse con los fenómenos del mundo del tiempo y del espacio sin pertenecer al tiempo y al espacio. Por lo tanto, discurrir sobre un derecho que en alguna manera misteriosa está por encima de los hechos de la vida importa una contradicción y carece de sentido.

Si descartamos la idea supersticiosa de que el derecho emana de un dios, es obvio que toda norma jurídica es una creación de los hombres. Las normas siempre han sido establecidas, por medio de la legislación o en otra forma, por gente común de carne y hueso; en otras palabras, son el producto de causas naturales. Por otra parte, sus efectos también son naturales en cuanto ejercen presión sobre los miembros de la comunidad. Las normas del derecho son motivos naturales —entre otros— de las acciones de los jueces en caso de litigio, así como de la conducta general de las personas en sus relaciones recíprocas. Los legisladores y otras personas que

están en situación de implantar normas jurídicas pueden influír efectivamente en el proceder de los miembros de la comunidad. Pero por cierto esto es lo único que pueden hacer.

Nunca podemos eludir la conclusión de que el derecho es un eslabón en la cadena de causa y efecto. Tiene, por lo tanto, un lugar entre los hechos del mundo del tiempo y del espacio, pero entonces no puede pertenecer al mismo tiempo a otro mundo. El derecho no puede, por una parte, ser un hecho (como lo es indudablemente) con causas naturales y efectos naturales, y, por la otra, algo extraño al vínculo de causa y efecto. Sostener lo contrario es pura superstición. Ello significaría —si es que algo significa realmente— que el derecho está investido de un poder sobrenatural. De otra manera las palabras resultan vacías y empleadas, siguiendo un hábito secular, sin un pensamiento real que las sustente.

Toda tentativa de sostener científicamente que el derecho es obligatorio en otro sentido que en el de ejercer una presión efectiva sobre la población, conduce necesariamente a absurdos y contradicciones. Aquí aparece en consecuencia la línea divisoria entre realismo y metafísica, entre el método científico y el misticismo, en la explicación del derecho. La "fuerza obligatoria" del derecho es realidad solamente como una idea de la mente humana. Nada hay en el mundo exterior que corresponda a esa idea.

Algunos filósofos han comprendido claramente la necesidad de situar al derecho fuera del mundo del tiempo y del espacio cuando se lo concibe como obligatorio en el sentido tradicional. El esfuerzo más persistente y lógico en tal dirección es tal vez el de Hans Kelsen en su intento de elaborar una "teoría pura del derecho". El propósito es demostrar cómo debe ser considerado el derecho sin mezclarlo con elementos extraños a su naturaleza pura. Esto significa, en especial,

que el derecho debe ser nítidamente diferenciado de la ética, por una parte, y por la otra, de los hechos de la vida social y del mundo de la naturaleza en general. KELSEN merece encomio por haber establecido sin transacciones las consecuencias de dar por establecida la fuerza obligatoria del derecho. Donde otros han defeccionado él ha seguido adelante sin temor a las paradojas. Por lo tanto, su teoría provee un ejemplo excelente de lo que ya hemos dicho sobre la necesidad de distinguir entre el derecho y los hechos del mundo real, cuando se toma como punto de partida la creencia en la fuerza obligatoria.

Una norma jurídica, según KELSEN, opera el efecto peculiar de colocar dos hechos, como por ejemplo un delito y su castigo, en una relación distinta de la de causa y efecto. La conexión consiste en que un hecho *debe* seguir al otro aunque no siempre ocurra así en la realidad. El castigo debe seguir al delito aunque no siempre lo siga. Pero en la teoría de KELSEN este "debe" no es una mera expresión en la ley o en la jurisprudencia. Significa una conexión objetiva establecida por el derecho.

Repitamos las palabras de KELSEN: "El derecho natural (en el sentido de causalidad) dice: si A es, entonces B tiene que ser. La norma jurídica dice: si A es, entonces B debe ser... Evidentemente esta relación no es la de causa y efecto. El castigo no sigue al delito como el efecto sigue a la causa. El legislador vincula los dos hechos en forma completamente distinta a la de causalidad; es una conexión totalmente diferente de la de causalidad, pero tan indiscutible como ésta, pues en el sistema jurídico el castigo es consecuencia constante e invariable del delito aunque en los hechos, por una u otra razón, su ejecución falte. Y aun cuando la ejecución no falte,

no se sigue de ello que el castigo se halle con respecto al delito en relación de efecto a causa"[1].

Tenemos aquí sintetizada toda la teoría. Todo en ello revierte a la presunción de ese vínculo como algo objetivamente presente a la par de la relación de causa y efecto. Ésta es la última razón por la cual el derecho "tiene que ser diferenciado de la naturaleza en la forma más simple posible": porque tiene un dominio propio, "el mundo del deber ser".

Ahora bien; es evidente que existe una relación de causa a efecto entre el crimen y el castigo. ¿Por qué se procesa a un asesino sino porque se sospecha que ha dado muerte a una persona? ¿Por qué se sospecha de él? ¿No ocurre en la mayor parte de los casos que él ha cometido efectivamente el crimen de que se lo acusa? Cuando se prueba este hecho en la forma exigida por la ley, el juez dicta su fallo e indudablemente este fallo está motivado por el crimen, por una parte, y por el contenido de la ley, por la otra, ya que esos hechos influyen en el juez cuando sentencia. Expresamente ubico el contenido de la ley entre los hechos. Las palabras impresas en los códigos son ciertamente hechos y lo son también las ideas que esas palabras sugieren en la mente de quienes las leen; esas palabras constituyen unas de las principales causas del acto del juez al dictar su fallo. Si las leyes no produjeran ese efecto podría abandonarse la función de legislar como una innecesaria pérdida de tiempo. Desde luego, hay otras causas determinantes del acto del juez, como su temperamento, su educación, sus intereses, etc. Pero el punto importante que

[1] Las citas de KELSEN se han tomado de su ensayo *The pure theory of law*, en "Law Quarterly Review", 50, 51 (1934, 1935). HÄGERSTRÖM ha formulado una crítica completa de la teoría de KELSEN en la revista crítica internacional "Litteris", 1928.

debemos acentuar aquí es que tanto el crimen como el derecho son *causas* del castigo.

KELSEN no tiene el menor interés en esta relación de causa a efecto en su teoría del derecho y ni siquiera niega expresamente que el derecho pertenezca a ese contexto. Admite, es verdad, que existen ciertas causas para la actitud del juez, pero para él se trata solamente de "cierto proceso natural paralelo" y no afecta al derecho mismo porque el derecho solamente tiene que ver con la relación del "deber ser".

Sin embargo, debería ser evidente que el hablar de esa relación mística es solamente una frase vacía. "El legislador vincula las dos circunstancias de manera totalmente diferente de la de causalidad. Una conexión totalmente diferente pero tan indestructible como la de causalidad"! ¿Cómo nuestros legisladores, en sus prosaicas reuniones, podrían ingeniarse para establecer tales relaciones? Difícil es para KELSEN encontrar una respuesta. Es imposible explicar racionalmente cómo hechos del mundo real pueden producir efectos en el totalmente distinto "mundo del deber ser". En una ocasión KELSEN declaró paladinamente que esto es en realidad "el Gran Misterio"[2]; eso es hablar con claridad: es un misterio y siempre lo será.

El único sustento de la oscura fraseología sobre la relación sobrenatural del "deber" consiste en dar expresión verbal en relación con ciertas emociones. La locución "deber ser" y otras similares son expresiones imperativas empleadas para determinar ciertas formas de conducta, y es simplemente absurdo decir que ellas significan una realidad. Su única función es obrar en las mentes de las personas orientándolas a

[2] La expresión aparece en la obra de KELSEN *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 441.

hacer esto o a abstenerse de aquello, pero no impartir conocimiento sobre un estado de cosas. Por medio de tales expresiones los legisladores pueden influír en la conducta de los funcionarios y del público en general. Las leyes son, por lo tanto, eslabones en la cadena de causa y efecto.

En la teoría clásica del "derecho natural", que predominó durante los siglos XVII y XVIII, se proclamaba más o menos abiertamente una base sobrenatural del derecho. Se afirmaba que la fuerza obligatoria del derecho positivo (leyes escritas y derecho consuetudinario) deriva del eterno e inmutable "derecho natural", generalmente por medio de un contrato. Según esta teoría los miembros de la comunidad estaban obligados por los actos del legislador soberano porque estaban vinculados por el contrato social. La fuerza obligatoria de este contrato se apoyaba a su vez en el principio de derecho natural que establece la adhesión a los contratos (*pacta esse servanda*). En Grocio el derecho natural es, en su esencia, un mandato divino[3]. La razón, dice, indica lo que es moralmente malo o bueno y, *por lo tanto,* prohibido u ordenado por el creador del universo. Así la obligación deriva de Dios.

En los últimos cien años el derecho ha sido definido con más frecuencia como la *voluntad del Estado*[4]. De hecho esto

[3] Grotius, *De iure belli ac pacis*, 1, 1, 10, 1, define el *ius naturale* como "*dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari, aut praecipi*". Conf.: Hägerström, *Nerhman-Ehrenströhles uppfattning*, etc. (Minnesskrift ägnad 1734 ars lag), p. 597.

[4] He aquí unas pocas citas tomadas al azar relativas al derecho como la voluntad del Estado:

Dernburg, *Pandekten*, t. I, p. 43: "El derecho es la voluntad general".

Wach comienza su famoso tratado sobre la ley de procedimiento

importa una tentativa de encontrarle un lugar en el mundo del tiempo y del espacio sin privarlo de su fuerza obligatoria. Se supone que la voluntad del Estado es un hecho del mundo real. Se considera un progreso con relación al punto de vista del derecho natural que no se suponga que el derecho reside en principios inmutables sin fundamento en un proceso histórico. En cambio, el derecho se presenta como basado en la voluntad de un Estado particular, y existente sólo en tanto que esa voluntad subsista. Se considera que esa voluntad es algo que obliga a los miembros de la comunidad.

En esta teoría las leyes escritas son simples expresiones o signos externos de la voluntad del Estado. La sustancia del derecho es la *voluntad* y no otra cosa. Es importante insistir en que tal es el sentido de la teoría, por absurdo que esto parezca. La teoría no debe interpretarse como significando solamente que las leyes son *impuestas* por medio de actos de legislación, como, por ejemplo, la votación en los parlamen-

---

civil definiendo el derecho como "la voluntad abstracta, hipotéticamente normativa".

BINDING, *Die Normen*, t. I, p. 185, dice expresamente: "La ley es la voluntad".

STARK, *Die Analyse des Rechts* (1916): "La sentencia de HEGEL «el derecho es la voluntad del Estado» vale como axioma casi en la mayoría de las ciencias jurídicas actuales".

KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: "El Estado quiere, según la acepción generalmente difundida, que sus súbditos no roben, no engañen, no asesinen; que devuelvan el préstamo recibido; que paguen el precio convenido de la venta; que paguen los impuestos y presten servicio militar, etc.;... Esta voluntad del Estado, dirigida hacia el comportamiento de sus súbditos conforme a la ley, fundamenta, según la teoría dominante, las obligaciones legales de los sujetos".

MORRIS R. COHEN, *Law and the social order* (1933), p. 249: "En casi todas las discusiones modernas legales o políticas con pretensión científica, se define el derecho como la voluntad del soberano".

tos. Tal afirmación sería un simple lugar común y, por otra parte, nada nos diría sobre la naturaleza del derecho. Indicaría solamente cómo el derecho nace, no lo que *es*. No, el sentido es que el derecho *consiste* en la *voluntad del Estado*.

Realmente bastaría establecer así, simplemente, el sentido de la teoría para demostrar su absurdo. De cualquier modo no es necesaria aquí una refutación prolija puesto que ella ha sido ya hecha por otros autores. La "voluntad del Estado" es pura imaginación, por cuanto no existe una voluntad sobrehumana perteneciente a una entidad colocada por encima de las personas físicas que componen el Estado. Solamente los seres humanos tienen voluntad y cada uno de ellos tiene una voluntad propia. Este hecho simple debería ser obvio.

Por otra parte, es imposible definir el derecho como el contenido de la voluntad de cualesquiera persona o personas. Aquellos que por el momento están en el poder (reyes, presidentes, miembros del Gobierno o del Parlamento) tienen muchas otras cosas que hacer que estar *queriendo* lo que se dice en las leyes. Ni siquiera *conocen* ellos más que una reducida parte del derecho, frecuentemente una muy pequeña parte. Muy probablemente desean que el derecho se aplique y cumplen su función en este aspecto. Pero este deseo y sus acciones consiguientes no implican que el derecho sea su voluntad. Ellos tratan solamente de cumplir su función en la organización del Estado y ansían que la ley y el orden se mantengan. La única diferencia entre su relación con el derecho y la del público en general, es que tienen acceso a la maquinaria legislativa.

Sería aún más absurdo, si fuese posible, sugerir que el derecho es el contenido de la voluntad del pueblo. Cada individuo, singularmente considerado, no tiene otra cosa que

hacer que ajustar su conducta al derecho si quiere evitar sanciones. Puede estar conforme o no con la ley: en cualquier caso ésta le es impuesta. Es verdad que un descontento general conduce generalmente con el tiempo a la modificación del derecho, pero esto es asunto distinto. No puede describirse científicamente el derecho como la voluntad del pueblo por el simple hecho de que a la larga ciertos deseos prevalecientes de éste pongan su impronta en aquél.

No es mi intención formular aquí una crítica completa de las teorías sobre la naturaleza del derecho. Si lo intentara, aun en un sentido restringido, tendríamos por delante un largo y arduo camino antes de llegar a nuestra propia materia, el derecho como hecho. Quiero aclarar este problema sin desviaciones y considerar directamente los hechos de la vida social. Si en este proceso logramos una explicación coherente, sin contradicciones, de los hechos comprendidos en la expresión "derecho", nuestra tarea estará cumplida. Cualquiera que afirme que hay algo más en el derecho, algo perteneciente a otro orden de cosas que los "meros" hechos, tendrá que tomar sobre sí la carga de la prueba.

El estudio no puede empezar con una definición del derecho. Es imposible partir de tal definición, ya que ello importaría una *petitio principii*. Antes de llegar a una definición, deben ser analizados los hechos. El método consistirá simplemente en tomar aquellos hechos comprendidos en la expresión "derecho". Ninguna afirmación inicial se hará sobre su naturaleza y solamente usaremos la palabra "derecho" como un mojón, por así decirlo, para señalar el objeto de la investigación.

Se impone, sin embargo, un distingo concerniente al objeto. Nada asegura que los hechos abarcados por la palabra "derecho" sean siempre de la misma naturaleza. Aun sin

investigación especial alguna parece extremadamente improbable, por ejemplo, que el derecho internacional o el derecho de la Iglesia Católica sean de la misma naturaleza que el derecho interno de un Estado moderno. La investigación se limitará a esta última clase de derecho mientras algo no se diga expresamente en contrario.

El estudio constará de cuatro partes. I) Primero examinaremos el contenido y la forma de una norma jurídica. II) Procederemos luego a investigar cómo tales normas se incorporan a la maquinaria social por medio de la legislación o de otro modo. III) Después de esto serán materia de una investigación especial las nociones de derechos y obligaciones y su vinculación con el sistema legal. IV) Finalmente serán consideradas las relaciones entre el derecho y la fuerza.

No considero necesario formular una definición del derecho. Sólo se trata de intentar una descripción y un análisis de los hechos.

Antes de encarar esta tarea deseo anotar una observación final con respecto a mi propósito. Los hechos que serán considerados aquí son simples a los ojos de cualquiera. Mi propósito es principalmente considerar los hechos como hechos y simplificar nuestra concepción del derecho en forma que concuerde con la realidad objetiva, más que aportar nuevos materiales sobre el derecho. Es de importancia primordial ubicar los más elementales y bien conocidos hechos concernientes al derecho en su ámbito propio sin permitir que una y otra vez se insinúen en él las concepciones metafísicas. Pero, para lograrlo, esos hechos deben ser analizados cuidadosamente aun cuando su significado parezca, a primera vista, simple y obvio. Las páginas siguientes deben ser consideradas como una modesta contribución a tal fin.

I

LA NATURALEZA DE LA NORMA JURÍDICA

Toda norma jurídica concierne indudablemente al proceder de las personas y su propósito es, siempre, influír en sus acciones de una u otra manera. No se concibe otra finalidad en el legislador y desde este ángulo deben considerarse el contenido y la forma de las normas jurídicas.

Contenido de la norma jurídica

Para cumplir su propósito el legislador impone formas de comportamiento a aquellos sobre quienes quiere influír. Imaginativamente concibe un cuadro de la conducta deseada que luego aplica a quienes concierne, de alguna manera adecuada. La ley establece, por ejemplo, que un asesino debe ser condenado a muerte y en tal forma diseña la acción final del juez en un proceso por asesinato. Un modo de comportarse aparece inmediatamente ante el magistrado; la acción imaginaria prevista por la ley debe servirle de modelo para su propia acción cuando él se halla en la situación imaginada en la ley, es decir, que conforme a las reglas de procedimiento, una persona sea conducida ante su estrado y que él encuentre que efectivamente ha cometido determinado delito.

El contenido de una norma de derecho de este tipo es así la idea de una acción judicial imaginaria en una situación imaginaria. Debemos agregar inmediatamente, sin embargo, que nunca una norma jurídica debe ser considerada aisladamente; siempre está en relación con otras normas y su sentido no surge hasta que esa conexión se observa. La norma que condena a muerte al asesino no solamente está relacionada con las reglas de procedimiento que describen las acciones conducentes al fallo. Muchas otras normas entran en juego. El acusado debe haber alcanzado cierta edad, debe haber estado en plena lucidez cuando cometió el crimen, etc. Por lo tanto, el cuadro de la situación imaginada que determinará el fallo es muy rico en detalles. Muchas normas deben conjugarse para hacer completo el cuadro de la situación y de la acción deseada.

Con esa aclaración, el contenido de las normas jurídicas puede definirse como *ideas de acciones imaginarias a ser cumplidas por personas* (p. ej., jueces) *en situaciones imaginarias.* La aplicación de la ley consiste en utilizar esas acciones imaginarias como modelos de conducta cuando las situaciones correspondientes surgen en la vida real.

En medida no pequeña el propósito efectivo de las normas jurídicas resulta oscurecido por la técnica de la creación legislativa basada en conceptos tales como derechos, obligaciones y sus complementarios. Por tal motivo algunas normas no tratan, o sólo lo hacen parcialmente, las *acciones* de las personas. Ellas parecen preocuparse primordialmente de la *existencia* de derechos, obligaciones, personas jurídicas, etc. Una ley dice, p. ej., que la propiedad se adquiere de tal o cual manera; p. ej., por la muerte de otra persona. Nada se dice directamente en ella sobre alguna acción realizada por alguien. Es obvio, sin embargo, que en último término las

normas jurídicas conciernen siempre a la conducta de las personas. No pueden tener otro significado razonable. Su única función es contribuír a la descripción de las *situaciones* en las cuales las acciones deseadas se producirían y a la descripción de estas *acciones*. En etapa ulterior se discutirá cómo eso se cumple, pues perturbaría la exposición a esta altura complicarla con los problemas de la técnica.

Forma de la norma jurídica

Baste con lo dicho, por el momento, en cuanto al *contenido* de las normas jurídicas, y volvamos nuestra atención sobre la *forma* en que se las expresa. Naturalmente los legisladores no usan la forma narrativa al redactar las leyes. Su finalidad no es decirnos cuáles son las ideas que tienen en sus mentes, sino imponer cierto comportamiento a las personas. Con este propósito las acciones imaginarias se exponen al común de las gentes en manera apta para provocar la idea de que determinada línea de proceder debe ser seguida incondicionalmente. De ahí que se use la forma *imperativa*.

Dejaremos de lado por el momento el problema de las condiciones que debe tener la forma imperativa para su efectividad psicológica. En realidad sólo nos referiremos muy brevemente a tan vasto problema en este libro que no pretende ser una obra de psicología. Nos referiremos, en cambio, con más detenimiento a la forma imperativa en sí misma, observando cómo se la usa. Muchos e importantes errores de concepto han surgido de la falta de claridad sobre este punto.

La forma imperativa de las leyes ha sido la causa de la teoría ampliamente difundida de que el derecho consiste en órdenes del Estado. Esta teoría se ha mezclado con la otra a que ya nos referimos, de que el derecho es la *voluntad* del

Estado. Se presentan las supuestas órdenes como expresiones o signos externos de la voluntad, a través de las cuales se nos hace conocer su contenido.

Aquí encontramos dos importantes errores. El primero concierne a la verdadera naturaleza de una orden. El segundo se refiere a la función del Estado en ese aspecto. Ambos puntos deben esclarecerse a fin de establecer perfectamente el real significado de las normas jurídicas.

Una orden no es una manifestación de voluntad

La afirmación de que una orden es una expresión o declaración de la voluntad de la persona que manda es muy difundida y muy antigua. Así, por ejemplo, dice HOBBES[5]: "Una orden consiste en la declaración o manifestación de la voluntad del que la imparte". Autores modernos expresan la misma idea y se da por establecido que la orden está dirigida al intelecto del que la recibe a fin de informarlo del contenido de la voluntad de quien ordena.

Esto es una grave falacia y debemos en el análisis distinguir claramente dos aspectos. De una orden impartida podemos extraer una conclusión sobre la voluntad de la persona que ordena, pero ello no importa que la orden en sí misma sea una declaración de su voluntad. Si vemos un hombre encender un fósforo y acercarlo a su pipa podemos presumir que desea fumar, pero su gesto no ha sido hecho para informarnos de su intención.

[5] HOBBES, *Leviathan*, parte II, cap. 26, 8. Un ejemplo moderno de esta teoría es la siguiente afirmación de KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 202: "La manifestación de la voluntad de parte del que manda no conduce directamente a la voluntad de otro; está dirigida a su intelecto, que es donde realmente provoca la presentación de la voluntad ajena".

Para que una orden fuese realmente una declaración de voluntad debería ser formulada como una aserción a ese efecto sin ninguna alteración de su sentido, lo que es imposible. Comparemos estas dos indicaciones dirigidas a un niño: "¡Suénate la nariz!" y "Es positivo que yo quiero que te suenes la nariz". *El efecto* de la segunda puede ser el mismo que el de la primera porque el niño sabe que el mayor tiene medios de imponer su voluntad, pero el *sentido* de las dos frases no es idéntico. En el primer caso no afirmamos hecho alguno y estamos, en cambio, en presencia de una indicación adaptada específicamente al propósito de suscitar una acción de la persona a quien va dirigida y a ese propósito solamente. En cambio, en el segundo caso encontramos una afirmación sobre un hecho, dirigida primordialmente a trasmitir el conocimiento de ese hecho.

Así puede nítidamente diferenciarse una orden de una afirmación o declaración de voluntad del que habla. Una orden es un acto por el cual una persona persigue influír en la voluntad de otra. Esto puede hacerse con palabras, con signos o quizá simplemente con una mirada. Es característico de la orden que la influencia en la voluntad no se obtiene invocando cosas que constituyan valores para el receptor de dicha orden. La orden puede ser apoyada o fortalecida por una promesa o por una amenaza, pero esto es algo secundario. La orden como tal no contiene referencia alguna a valores. Opera directamente sobre la voluntad y a tal fin el acto debe tener carácter sugestivo; sea que se usen palabras u otros medios, el propósito obvio es sugerir[6].

[6] La definición de AUSTIN de una orden es errónea. Dice: "Si usted expresa o da a entender su deseo de que yo haga tal cosa o que me abstenga de hacerlo y si usted ha de ocasionarme daño si no satisfago sus deseos, la expresión o la implicancia de su deseo es una orden". Se

De lo dicho resulta claro que hay una evidente confusión de pensamiento al identificar las afirmaciones de que el derecho es la voluntad del Estado y de que consiste en órdenes del Estado. En realidad ambos asertos son incompatibles. Si las leyes fuesen realmente declaraciones de la "voluntad del Estado" ellas no podrían ser órdenes del Estado, ya que una orden no es una declaración de voluntad.

Sin embargo, la confusión parece ser casi general y ha contribuído a mantener vivas ambas teorías. Se ha oscurecido el sentido de las dos y ellas han estado así menos expuestas a la crítica. Estableciendo el real sentido de cada teoría la crítica es muy fácil, y en verdad cuando ello se logra ambas teorías resultan patentemente absurdas. Ya lo hemos demostrado en cuanto a la primera teoría que sostiene que el derecho es la voluntad del Estado; nos referiremos ahora a la segunda, la teoría "imperativa".

Una norma jurídica no es una orden en sentido propio

La teoría imperativa ha sido criticada en forma tan completa por diversos autores que no es necesario discutirla extensamente aquí; nos limitaremos a confrontar esa teoría con hechos sociales obvios. Su sentido íntimo es situar el derecho entre los hechos del mundo actual. Las órdenes, cuando las hay, son por supuesto hechos naturales; por lo tanto, la finalidad de esa teoría coincide con la que perseguimos en este tratado, pero ocurre que se interpretan erróneamente esos hechos cuando se afirma que las normas jurídicas son órdenes en el sentido propio del término.

---

prescinde del carácter *sugestivo* de la orden. En cambio, AUSTIN pone el acento en las *amenazas* que con frecuencia acompañan a la orden, pero que deben ser diferenciadas de la orden misma.

Una orden presupone una persona que manda y otra a quien la orden va dirigida. Apreciando debidamente ese hecho, la teoría "imperativa" ha procurado precisar de quién emanan las "órdenes"; en términos generales no podría identificarse como tal a ningún individuo. Sería absurdo, en verdad, sostener que el inmenso conjunto de normas contenidas en el derecho de un Estado moderno son órdenes emanadas de una sola persona humana, ya que tal ocurrencia exigiría cualidades sobrehumanas; tal es la razón por la cual se adscriben las órdenes al "Estado".

Es imposible, sin embargo, sostener que el "Estado" propiamente hablando pueda emitir órdenes. El Estado es una organización, pero no puede decirse que una organización ordene como tal; si eso se afirma, en el mejor de los casos se trataría de una descripción superficial del hecho de que las órdenes son impartidas por individuos activos dentro de la organización. Sólo en este sentido la afirmación es realmente razonable.

Por lo tanto, la teoría imperativa sólo sería admisible como explicación del derecho si pudiese demostrarse que las normas jurídicas son órdenes de alguna persona (o personas) que pertenecen a la organización del Estado. Pero eso es claramente imposible. La maquinaria del Estado es conducida por una siempre cambiante multitud de personas, como los monarcas, los presidentes, los jefes y miembros del gobierno, los miembros del parlamento, etc. En general, ninguna de esas personas tiene la más leve idea de que el derecho consista en sus órdenes. Cada uno de ellos encuentra vigentes normas llamadas leyes que deben aplicarse en su conjunto, y solamente puede aportar un cambio en alguna parte del derecho cuyo conjunto existió antes que él y continuará rigiendo la vida del país después que él haya desaparecido.

Más aún, debe observarse que los legisladores en general llegan a esa posición y ejercitan su poder por medio de normas jurídicas. Así el monarca debe su posición a las normas constitucionales que conciernen a la sucesión del trono, el jefe del gobierno es designado por el rey, los miembros del parlamento han sido legalmente elegidos, etc. Carecería de sentido pretender que las normas que llevan a esas personas a sus posiciones son producto de sus propias órdenes.

Si las normas jurídicas fuesen las órdenes de algún individuo o grupo de individuos, resultaría aparente en el acto de legislar, y tal vez nada es más ilustrativo de la falsedad de la teoría imperativa que la parte que individualmente juegan los legisladores al sancionar nuevas leyes.

En un Estado constitucional, p. ej., el proceso usual de legislar es, en términos generales, el siguiente: se indica a una comisión que prepare un proyecto inicial que una vez redactado es objeto de examen por el ministro competente antes de someterlo al parlamento. Después de repetidos análisis y discusiones se produce la votación; si ella es favorable, el toque final consiste en el acto de promulgación emanado del gobierno o del jefe del Estado. Entonces la ley entra "en vigencia".

Entre las personas que actúan en el proceso legislativo ninguna ordena. En tal sentido solamente podrían ser considerados los miembros del parlamento o del gobierno y el jefe del Estado. Tras ellos pueden haber otras personas que son los verdaderos detentores del poder y que determinan el contenido de la ley sin aparecer en el acto de su formación y sanción, pero nadie pretenderá que la ley constituye una orden de esas personas desconocidas; solamente los legisladores formales pueden tenerse en cuenta en este aspecto.

Ahora bien; es indudable que los miembros del parlamento no ordenan. La votación sólo implica un acto formal prescrito por la Constitución. Los legisladores lo ejercitan saliendo por distintas puertas, poniendo sus manos en alto, etc., todo lo cual es algo muy distinto de impartir órdenes. Una razón adicional por la cual los legisladores, individualmente, no ordenan, es que solamente el resultado de la votación decide el destino del proyecto. ¿Cómo podría un legislador creer que él mismo ordena si sabe que su contribución es meramente añadir un voto al total de votos en uno u otro sentido? Por último, ni siquiera necesita conocer el contenido de las supuestas "órdenes", ya que en la mayor parte de los casos su conocimiento de ese contenido es muy fragmentario.

Los miembros del gobierno generalmente actúan como "consejeros" del jefe del Estado; siendo así, no puede decirse que ordenan aun cuando fuesen realmente los que ejercen el poder. Ellos "someten" sus propuestas al hombre que está en la cúspide; por otra parte, si actúan como legisladores formales, su posición es similar a la de los miembros del parlamento.

El jefe del Estado no ordena nada a nadie cuando promulga una nueva ley. Simplemente coloca su firma al pie de un documento que le presenta un ministro; además, no necesita tener y generalmente no tiene ni aun el más superficial conocimiento del contenido de las nuevas leyes. Es obvio que se limita a ejecutar cierto acto, prescrito por la Constitución, que tiene, por ciertas razones, consecuencias importantes en la vida social.

Es así evidente la imposibilidad de definir el derecho como un conjunto de órdenes de un individuo o de un grupo de individuos. Ni siquiera cuando se cumple el acto de legislar podemos hablar de órdenes; menos aún puede hablarse de

que los legisladores ordenan en forma permanente según el contenido de las leyes; idea monstruosa, que sin embargo debe ser aceptada por los adherentes a la teoría imperativa. No bastaría, en efecto, que en algún momento pueda haber habido una orden, ya que el sentido de esa teoría debe ser que existe, ahora y en todo momento, un vasto conjunto de órdenes gobernando nuestras vidas; lo que es absurdo.

Se disimulan estos hechos obvios o se prescinde de ellos cuando se define el derecho como las órdenes del Estado. En este aspecto "Estado" no puede ser considerado en un sentido realista; la palabra no significa solamente una organización efectiva sino también, y al mismo tiempo, una entidad sobrehumana. Las órdenes son atribuídas a esa entidad. Tal entidad, sin embargo, sólo existe en la imaginación. Conversar sobre eso es puro misticismo o hueco palabrerío. No habría necesidad aquí de refutar la noción de un ser sobrehumano, dotado de voluntad propia y de capacidad para ordenar. Sin embargo, sólo imaginando tal ser puede darse algún sentido a la teoría del derecho como conjunto de órdenes del Estado.

Podrían fácilmente multiplicarse los argumentos contra la teoría imperativa. En cualquier momento en que la teoría se confronta con la realidad, su falsedad aparece evidente; nadie puede tomarla en serio si sus implicancias son debidamente aclaradas; sólo a través de un análisis confuso pueden disimularse sus deficiencias.

El derecho no es una creación del Estado

Hemos visto así que el derecho no consiste en *órdenes* del Estado, pero podemos avanzar un paso más. Toda la tendencia a fundar el derecho en el Estado, a definirlo como una creación del Estado, se apoya en una ilusión. El Estado no

es una entidad, un poder que exista con independencia del derecho; por lo tanto, no puede decirse que el derecho emane del Estado.

Si consideramos el término "Estado" en un sentido realista, significa una organización; pero toda organización descansa en un sistema de normas que operan prácticamente en un grupo de hombres. Esto es, debe haber ciertos cánones de conducta más o menos conocidos dentro del grupo, que influyan en la conducta de los miembros del grupo. Si esta condición no se cumple no puede haber organización sino solamente anarquía. Ahora bien; las normas sobre las cuales se erige la organización del Estado son precisamente las que llamamos normas jurídicas. En otras palabras: el Estado (en sentido realista) presupone el derecho. No puede existir sin el derecho. Consiguientemente, carece de sentido sostener que el derecho es una creación del Estado.

El error común sobre esta materia se debe principalmente al hecho de que la organización del Estado provee una maquinaria psicológicamente efectiva para elaborar leyes (mediante el proceso legislativo). El error es tanto más natural cuanto la mayor parte de las leyes nuevas, en las circunstancias actuales, se introducen de este modo. Volveremos nuestra atención inmediatamente sobre el verdadero significado de la legislación, pero antes de ello debe definirse positivamente la naturaleza de las normas jurídicas.

Las normas jurídicas como "imperativos independientes"

Aun cuando las normas jurídicas no son verdaderas órdenes como se ha dicho, son redactadas en forma imperativa. Las ideas sobre ciertas acciones en determinadas circunstancias que constituyen el contenido de las leyes, no son descritas

en ellas en forma narrativa. El texto legal no dice que el legislador o alguna otra persona haya concebido efectivamente tales imágenes en su mente; decirlo sería absurdo. Las ideas son expresadas *imperativamente.* Cualesquiera que sean los vocablos usados, el sentido de una ley es siempre: tal *acción* debe cumplirse bajo tales y tales circunstancias, tal derecho *debe* surgir de tales y tales hechos, tal funcionario *tendrá* estas o aquellas facultades, etcétera.

¿No significa ello que las leyes son órdenes después de todo? No, en modo alguno. Sin duda, cualquiera puede usar el vocablo "orden" a su arbitrio a condición de que el sentido que le atribuya sea claro. Lo importante no es el problema terminológico, pero es menester separar diferentes *cosas* para que la verdadera naturaleza del derecho resulte clara. Deben así distinguirse simples expresiones imperativas como las que se encuentran en las leyes, de las órdenes propiamente dichas; éstas son algo más, y la teoría imperativa ha descuidado esta distinción. Por este motivo la teoría ha derivado a construcciones irreales, a fin de adaptar la realidad del derecho a la presunción de que las leyes son órdenes en el sentido propio de la palabra.

Una orden en sentido propio implica una relación personal. La orden es dada por una persona a otra mediante palabras o gestos destinados a influír en la voluntad. Ahora bien; la misma clase de palabras puede usarse en muchos aspectos en que no existe relación personal alguna entre la persona que ordena y quien recibe la orden. A pesar de ello las palabras pueden producir efectos similares cuando no idénticos. Ellas operan independientemente de persona alguna que ordene; podemos hablar en este caso de "imperativos independientes", a fin de llegar a una expresión adecuada.

Como ejemplo de imperativos independientes puede citarse el Decálogo. No puede decirse que Moisés nos ordene hacer esto o aquello, y nadie supone que así sea. Dícese que sus palabras constituyen los mandamientos de Dios. En realidad, el Decálogo es un conjunto de sentencias imperativas formuladas miles de años ha y trasmitidas a través de los siglos por tradición oral y escrita. No son órdenes de nadie, aunque tengan formalmente el lenguaje característico de una orden.

Las normas jurídicas tienen una naturaleza similar. Son declaraciones imperativas sobre acciones, derechos, obligaciones, etc., imaginarios. Como hemos visto, no se las puede definir como órdenes de alguien. Quienes las proyectaron o quienes actuaron como legisladores formales no han obrado en la manera en que lo hace una persona que ordena. Los legisladores son, por lo común, totalmente desconocidos para la mayoría de quienes deben aceptar las leyes; éstos sólo tienen ante sí declaraciones imperativas desvinculadas de los legisladores, que pueden haber muerto cien años atrás. Así esas declaraciones operan como guías de la conducta del pueblo, con independencia de cualquier persona que las ordene. Por causas distintas los cánones de conducta contenidos en las leyes sirven como modelos para la actuación en la vida real. Las ideas imperativamente expresadas operan como causa de la forma de proceder del pueblo en determinados aspectos.

Además, los imperativos independientes difieren de las órdenes en otros aspectos también. Una orden en sentido propio se dirige a una *persona* y es calculada para producir una acción de esta persona; p. ej., "Adelante, marchen!". Pero un imperativo independiente puede ser dirigido, por así decirlo, en el aire. No dice a un individuo: *tú* harás esto o aquello, sino, en abstracto: *esta acción* será cumplida; p. ej.,

un asesino será condenado a muerte. Un "deberá" aparece aquí vinculado a la idea de una acción no directamente referida a una persona. Es prácticamente imposible para los legisladores referirse directamente a los jueces presentes y futuros que puedan hallarse en situaciones como las imaginadas por la ley. En cambio, la acción misma es expuesta como una acción que *será* ejecutada. O el sentido de la ley puede ser que bajo tales o cuales circunstancias una "relación legal" *será* establecida; por ejemplo, el vínculo matrimonial existirá cuando el matrimonio se haya realizado. Aquí la expresión imperativa está vinculada con la idea del nacimiento de cierta relación calificada como matrimonio, no referida a una persona. De análoga manera el "deberá" de una ley puede vincularse con el establecimiento de un derecho o de una obligación. El derecho de propiedad, p. ej., *será* adquirido en tal o cual manera.

Podemos aún señalar brevemente otra diferencia entre las verdaderas órdenes y algunos imperativos independientes. Una verdadera orden no puede trascribirse en una oración expresando un juicio. La orden "Suénate la nariz" no puede ser reemplazada por una oración como ésta: "Es indudable que debes sonarte la nariz"; tal oración, literalmente considerada, es absurda.

Pero un imperativo independiente puede ser reemplazado a veces por una oración que exprese un juicio. En el Decálogo tenemos, p. ej., la expresión imperativa: "No robarás", y no nos parece tan intelectualmente absurdo reemplazar esa expresión diciendo: "Es indudable que no debes robar", o "Es tu obligación no robar". Formalmente estas oraciones expresan juicios mentales y nosotros creemos que tras ellas hay verdaderos juicios. De igual manera podemos instruírnos recíprocamente sobre lo que debemos hacer, esto es, sobre

nuestras obligaciones. Todos creemos tener el conocimiento de nuestras obligaciones y que podemos trasmitir ese conocimiento a otros, como si ello no fuera más que un problema de hechos en el mundo que nos rodea.

Pero en esto hay escondida una ilusión fatal. En rigor no trasmitimos conocimiento a través de nuestras exteriorizaciones, sino que sugerimos a fin de influír en la mentalidad y en los actos de otras personas. No hay un juicio real tras esas sentencias. La naturaleza objetiva de una acción no se determina con decir que debería o no ser ejecutada. Lo que hay tras esas sentencias es algo distinto de un juicio, es nuestra idea de que una expresión imperativa va unida a la idea de una acción. Psicológicamente esto es una simple conexión, aunque de la mayor importancia, en la vida social; pero por ciertas razones la conexión se nos presenta como existiendo objetivamente; logramos así la ilusión de una realidad extraña al mundo natural, una realidad expresada por este "deberá". Tal es el fundamento de la idea de la fuerza obligatoria de la ley.

Nuestras reglas morales en conjunto, son imperativos independientes que emanan de distintas fuentes y que no son siempre muy consistentes. Por ciertas razones psicológicas que no es necesario discutir aquí, llaman poderosamente a la mente y por lo tanto nos sentimos obligados por ellas; pero por eso mismo no nos conformamos con ver en ellas una mera secuencia de palabras que opera en nosotros por sugestión. Buscamos algo sólido tras ellas; usualmente, por lo tanto, son atribuídas más o menos abiertamente a Dios.

Este misticismo tiene su contraparte en el campo legal. En la misma forma en que se sitúa a Dios tras las normas morales se sitúa al Estado tras las normas jurídicas. Se presenta a éstas como expresión de la voluntad del Estado o como

órdenes del Estado y, por lo tanto, obligándonos realmente. El Estado real, sin embargo, no imparte órdenes, como se ha visto. Solamente el Estado en un sentido metafísico, como un verdadero dios sobre la tierra, puede ser concebido como ordenando o expresando su voluntad a través de las normas jurídicas; pero esto es misticismo puro.

Al desaparecer el respaldo místico, nuestra noción de la *existencia* del derecho debe sufrir un cambio radical. Somos vagamente concientes de la existencia permanente de normas jurídicas, y hablamos de ellas como si actuaran siempre como entes reales; pero esto no es exacto. Es imposible atribuír una existencia permanente a una ley o a cualquier otra norma.

Una norma solamente existe como el contenido de una noción de un ser humano. Ninguna noción de esta índole está presente en forma permanente en la mente de nadie. El imperativo sólo aparece en la mente en forma intermitente, y por cierto la situación no varía por el hecho de que las palabras imperativas se expresen en forma escrita. El texto escrito —en sí mismo simples rasgos en el papel— tiene la función de provocar ciertas nociones en la mente del lector, y eso es todo.

En rigor, el derecho de un país consiste en una masa inmensa de ideas relativas a la conducta humana, acumuladas durante centurias a través de innúmeros colaboradores. Estas ideas han sido expresadas en forma imperativa por sus autores, especialmente a través de la legislación formal, y se las conserva en la misma forma en los repertorios legales. Las ideas reviven una y otra vez en las mentes humanas acompañadas por la expresión imperativa: "Esta línea de conducta *debe* ser seguida", o algo parecido y al mismo efecto.

No discutiremos aquí, específicamente, la diferencia entre las normas morales y las jurídicas. Me siento inclinado a sugerir que es imposible trazar una línea separatoria precisa, porque aparentemente no existe entre ellas una diferencia fundamental. Muchas normas jurídicas son consideradas al mismo tiempo como normas morales. El motivo por el cual una norma es considerada como norma moral, imponiendo una obligación moral, no se encontrará en la naturaleza misma de la norma sino en la contestación que ella evoca en el intelecto. En otras palabras: la norma moral no puede ser distinguida de la norma jurídica por su carácter objetivo; la distinción obedece a sentimientos, pero erróneamente se la cree fundada en circunstancias objetivas.

II

LA IMPLANTACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Hasta ahora he tratado de explicar qué es una norma jurídica y cuáles son su contenido y su forma. Pasaremos ahora a considerar cómo esos "imperativos independientes" adquieren su significado social al incorporarse a la estructura de la sociedad. En las circunstancias actuales la manera principal de lograr esa incorporación es la legislación formal dictada según las normas constitucionales; por lo tanto, examinaremos en primer término el significado de tal legislación.

Aparte de la legislación ordinaria hay otros medios de introducir nuevos imperativos en el sistema legal, el más importante de los cuales es el precedente sentado por los tribunales de justicia. Puede mencionarse también la influencia de la doctrina en algunos países. Trataremos enseguida y brevemente estos problemas procurando explicar, además, el establecimiento originario de una Constitución; de otra manera quedaría en el aire la respuesta a la primera pregunta.

Legislación ordinaria

El acto de legislar importa algo inexplicable desde el punto de vista tradicional, aunque esto no es claramente

apreciado por lo común. Sin embargo, es inexplicable cómo el proyecto o su sanción pueden ser trasportados a otra esfera de realidad por el hecho de su promulgación como ley. El proyecto es sólo un conjunto de artículos ficticios presentado a la consideración de los legisladores; por su parte, la ley promulgada contiene normas "obligatorias", es decir, tiene una fuerza sobrenatural. Así el proyecto ha sufrido una profunda trasformación en virtud del acto de promulgación; la ley es algo totalmente distinto del proyecto; y este cambio ha sido realizado por el voto de una asamblea o por la firma asentada en un papel por una persona colocada en posición prominente.

Este misticismo, y el escolasticismo que es su consecuencia, tienen obviamente su origen en la fuerza obligatoria de la ley. Una vez que se descarta esta idea por supersticiosa, no hay nada inexplicable en el acto de legislar; puede ser difícil explicar en forma completa sus efectos, ya que la materia es algo complicada, pero la explicación se referirá exclusivamente a hechos.

Legislar tiene un efecto inmediato de suprema importancia para la comunidad. El proyecto de ley carece de significación para la vida social aparte del hecho de ser un objeto de discusión y de procedimientos formales; no es una rueda en la maquinaria del Estado, pero la ley lo es. Los funcionarios toman la ley como modelo para sus actos y virtualmente están compelidos a hacerlo; el público en general debe tener también en cuenta la ley como barrera contra ciertas actividades y como estímulo de otras. La presión actual de la ley aparece tan pronto se promulga el proyecto aprobado.

Este efecto del acto de legislar no es en modo alguno de carácter místico. Aquí solamente se trata de una cuestión de causa y efecto en el mundo natural y en el nivel *psicológico*. El propósito de los legisladores es influír en las acciones de

los hombres, pero eso sólo puede lograrse influyendo en sus mentes. Cómo opera la influencia en la mente individual es problema psicológico. Para los fines de este tratado necesitamos señalar solamente las condiciones generales que hacen posible la legislación como un instrumento efectivo de gobierno de la sociedad y los elementos básicos de la estructura social que constituyen un requisito previo del funcionamiento del aparato legislativo.

En circunstancias normales la legislación se produce conforme a las normas constitucionales. Sus efectos derivan, en primer término, de la reverencia general que se profesa por la Constitución y por la obediencia habitual a sus normas. Por lo menos en cada uno de los países civilizados de tipo occidental encontramos una actitud de ese tipo (y no necesitamos considerar otros países aquí, en obsequio a la brevedad). En todos ellos existe un conjunto de ideas relativas al gobierno del país concebidas como "obligatorias" e implícitamente obedecidas. Con arreglo a esas ideas se designa a ciertas personas para ejercer el poder supremo, como los reyes, ministros, miembros del parlamento, etc., y de esas ideas tales personas obtienen su poder efectivo. La actitud general hacia la Constitución las coloca en posiciones claves, habilitándolas para presionar sobre sus conciudadanos y dirigir sus acciones en algunos aspectos.

No investigaremos las causas que han conducido a esa actitud popular o las que han llevado al poder a esas personas determinadas, porque la contestación corresponde a la historia y a la psicología social. Basta señalar aquí la situación efectiva tal cual indudablemente existe en todo país cuando no ha sido suspendida temporariamente por una revolución. Por cierto esa actitud no está investida de una estabilidad intrín-

seca; no subsiste por sí misma y debe ser mantenida mediante presión psicológica continuada sobre los miembros de la comunidad. Para que los que retienen las posiciones claves conserven su situación es necesario, por sobre todo, que ellos usen efectivamente el poder que se les ha conferido según la situación psicológica del país, y que lo usen con cierta determinación.

La actitud hacia la Constitución tiene un doble significado. Primero, determina positivamente al pueblo a aceptar las leyes debidamente promulgadas como "obligatorias" para todos y a aceptarlas sin reflexión u oposición como cánones de su conducta. En segundo lugar, el poder de legislar es monopolizado por quienes han sido designados como legisladores según la Constitución. Las mentes de la gente están, por así decirlo, cerradas a toda otra dirección. Ningún otro puede obtener atención y obediencia en el campo reservado a los legisladores por la Constitución, y sugerir la posibilidad de competencia con ellos en ese campo carece de sentido en la mayoría de los casos.

Así el primer efecto de la actitud hacia la Constitución consiste en que los legisladores constitucionales obtienen acceso a un mecanismo psicológico a través del cual pueden influír en la vida del país; el segundo es que solamente ellos obtienen acceso a ese mecanismo y que ningún otro puede usarlo o construír otro de la misma índole. Uso deliberadamente el término "mecanismo" por ser en mi opinión el apropiado, ya que las reacciones populares en este aspecto siguen por lo general líneas definidas que pueden ser pronosticadas con gran precisión. En condiciones normales la actitud del público es tan rígida y uniforme que el efecto psicológico del acto de legislar se opera suavemente, sin ningún esfuerzo especial de parte de los legisladores. Estamos tan familiari-

zados con esta situación que ella parece ser parte del orden del universo como la salida y puesta del sol; por lo tanto, no reflexionamos sobre el hecho simple de que el efecto de la legislación está condicionado por la actitud psicológica que adoptamos nosotros mismos y millones de personas. En virtud de esta actitud los legisladores pueden ejecutar en nuestras mentes como en un instrumento musical.

Para que el proceso de legislar sea efectivo, se requiere otra condición además de la actitud mental de la generalidad del pueblo: la organización. Debe existir un cuerpo de personas dispuestas a aplicar las leyes, por la fuerza si es necesario, ya que sería imposible gobernar una comunidad solamente por la influencia directa de la legislación en la mentalidad popular. Más adelante volveremos sobre esta materia. La organización que dispone de la fuerza, la organización del Estado, se compone principalmente de personas adiestradas para ejecutar automáticamente las leyes que se promulgan en forma constitucional, con prescindencia de su propia opinión sobre su conveniencia. La organización cumple en forma tan regular y exacta su función que puede asemejarse a una maquinaria, en cuyo centro se hallan los legisladores como tras un tablero de mando desde el cual dirigen los diferentes rodajes.

Aparece así el verdadero significado del acto de legislar. El proyecto de ley no se traslada a otra esfera de realidad, sino simplemente se lo sujeta a ciertas formalidades que tienen efectos peculiares de naturaleza psicológica. Las formalidades son lo esencial; el acto legislativo no consiste en otra cosa. Las mismas declaraciones contenidas en una ley hechas por las mismas personas sin observar la forma constitucional, carecen de valor.

No hay "voluntad del Estado" ni orden efectiva alguna emanada de los legisladores. Lo que ocurre es que cuando se aplican las formalidades prescritas por la Constitución a los "imperativos independientes" contenidos en el proyecto de ley, esas formalidades dan a tales imperativos una importancia especial para la vida social al rodearlos de un nimbo o catalogarlos en cierta manera que lleva al pueblo a tomarlos como cánones de conducta. Es por tal razón que adquieren un significado práctico netamente distinto del de otros imperativos.

La ley es siempre, por cierto, la obra de algún individuo o de algunos individuos y nunca del "Estado" abstracto. Lo que se necesita para construír una ley es tener acceso al mecanismo que está siempre listo para ser usado por quien ha nacido en una posición clave o que tiene el coraje, la habilidad y la tenacidad requeridas para llegar a esa posición. Los caminos son distintos en una monarquía y en una república, en una democracia y en una dictadura, pero en principio el significado de la posición clave es el mismo en todas partes. Lo importante es ser capaz de usar aquellas formalidades que, dada la situación psicológica del país, son necesarias para dar efecto práctico a los imperativos independientes.

La maquinaria legislativa puede ser comparada a una usina eléctrica instalada sobre un río. La actitud popular hacia la Constitución corresponde al agua del río. En la usina la energía del curso de agua se trasforma en electricidad que se distribuye en la región circundante para proveer luz y calor y mover martillos y bielas; los cables conductores de energía son las leyes promulgadas con arreglo a la Constitución y el significado del acto de legislar es que un nuevo conducto de energía ha sido aplicado a la usina.

A través de las distintas leyes, se orienta al pueblo a alejarse de elementos peligrosos, a mantener cierta división de la propiedad, a cuidar a los ancianos, a los enfermos, a educar a los jóvenes, etc. Toda esta obra, indispensable para la vida civilizada, es posible a través de la actitud común hacia la Constitución, actitud que, de hecho, opera como una inmensa fuente de energía de la maquinaria legislativa capacitando a quienes están en las posiciones claves para gobernar el país.

Conviene señalar, sin embargo, a fin de evitar malentendidos, que la precedente comparación solamente cubre un aspecto del problema. Hay la diferencia de que la corriente del río posee una fuerza que existe con independencia de la usina. El río sigue su curso haya o no usina. En cambio, la actitud hacia la Constitución no puede mantenerse a menos que esa Constitución sea efectivamente aplicada y que el poder se ejerza conforme a sus normas. De ello resulta una doble relación entre la maquinaria legislativa y la actitud hacia la Constitución; ellas se condicionan recíprocamente, y, por lo tanto, la relación de causa y efecto es infinitamente más complicada que en el caso del río y de la usina. A pesar de lo cual la comparación es apropiada para ilustrar un aspecto de la relación, que es el que aquí estamos considerando.

El hecho de que la Constitución sea una fuente de poder del acto legislativo no implica que la vigencia de la ley y su continuidad efectiva dependan del mantenimiento de esa Constitución. Bien sabido es que no es así. Frecuentemente un sistema legal permanece virtualmente inalterado aunque la Constitución sea derogada por una revolución; así, por ejemplo, los códigos de Napoleón han sobrevivido a todas las revoluciones y turbulencias que se han sucedido en Francia desde su tiempo. Tales hechos no contradicen en lo más mí-

nimo lo dicho sobre la Constitución como fuente de poder de la legislación. Lo importante es que la observancia de las formas constitucionales es el medio de ubicar el proyecto de ley dentro de la organización de la sociedad y de crear respeto y obediencia a su contenido; una vez cumplido esto, la Constitución puede ser olvidada sin comprometer necesariamente las leyes promulgadas según sus disposiciones. El respeto por el derecho puede sobrevivir a las causas que originariamente lo han hecho nacer, ya que otras causas pueden entrar a actuar para conservar ese respeto. Cuando una ley se ha incorporado a la estructura de una comunidad, muchos intereses surgen en torno de ella y no puede dejársela de lado sin causar trastornos. Por eso, en una revolución los nuevos gobernantes están casi siempre interesados en conservar, al menos provisionalmente, el conjunto del antiguo derecho.

Sin embargo, para mantener una ley determinada, debe existir siempre una Constitución en vigencia, aunque puede ser otra que la que regía al tiempo de la promulgación. Y debe haber siempre una Constitución porque es también indispensable siempre una organización capaz de llevar a efecto las disposiciones de las leyes. Esa organización supone una Constitución, porque no puede existir sin normas, y la Constitución contiene las normas fundamentales que organizan la comunidad. En este sentido la Constitución es una fuente de fuerza no solamente para las leyes cuando son promulgadas sino también para su mantenimiento.

Resumiendo, el significado del acto de legislar no se reduce a que los proyectos adquieren "fuerza obligatoria" al ser promulgados como leyes; lo importante es que las disposiciones de esos proyectos se convierten en psicológicamente efectivas, y este resultado se logra mediante el uso de deter-

minada forma que gravita en la mente del pueblo. Por eso la forma es lo esencial en la legislación.

Este planteamiento no debe, sin embargo, ser interpretado con demasiada estrictez. En la vida real no es por cierto una condición absoluta para la efectividad de la legislación el respeto rígido de las formas prescritas por la Constitución, y en la mayor parte de los casos existe cierta latitud para los legisladores. Ellos pueden, en un aspecto u otro, apartarse de las exigencias formales de la Constitución sin afectar la efectividad de sus leyes. Esto depende en primer término del espíritu, de los hábitos y de las doctrinas de los funcionarios, especialmente de los jueces. Ellos a veces cuidan celosamente la observancia de las formas constitucionales y pueden verificar aun —como en los Estados Unidos— si el contenido de las leyes concuerda con el contenido supuesto de la Constitución. En otros casos los funcionarios aceptan ciegamente lo que es promulgado como ley por el gobierno del Estado sin investigar su génesis. Esto solamente significa que en la práctica los requisitos formales se reducen virtualmente a uno, es decir, que la ley sea promulgada por las personas indicadas. Pero aun así se mantiene el aspecto fundamental de que el acto de legislar es siempre una formalidad, puesto que otorga al proyecto de ley un cierto carácter a los ojos de aquellos a quienes concierne, ubicándolo así en la maquinaria de la sociedad.

Métodos informales de implantación de normas jurídicas

La legislación formal no es el único método de crear normas jurídicas. Es verdad que algunos legisladores como Justiniano y Napoleón han procurado excluír todo otro método y han establecido el derecho formalmente elaborado co-

mo el único y exclusivo derecho, pero no han tenido éxito. Otras normas, que pueden ser definidas como derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*), se han formado al margen de la esfera de la legislación.

El derecho consuetudinario ha constituído un espinoso problema para los filósofos que intentaron presentar la ley como la voluntad del Estado, ya que frente a ese derecho la teoría de la voluntad aparece aún más alejada de los hechos que en el caso de la legislación formal. El derecho consuetudinario se ha desarrollado, en gran medida, más o menos inconcientemente, formándose nuevas normas sin intención deliberada de parte de nadie. Por lo tanto, no es posible decir, con la más leve apariencia de verdad, que esas normas son órdenes o expresiones de una voluntad.

Con un concepto realista del derecho, el problema de la formación del derecho consuetudinario no es más insoluble que el de la formación de la legislación ordinaria. En ambos casos lo que ocurre es la introducción de nuevos imperativos en un sistema de imperativos considerado como obligatorio y que opera efectos prácticos. En ambos casos no hay nada más que una cadena de causa y efecto en un nivel psicológico.

Como ejemplo de derecho consuetudinario puede mencionarse el *common law*, que es esencialmente casuístico. Es bien conocido cómo se ha desarrollado este cuerpo legal: se supone que los jueces solamente pueden aplicar normas "existentes", pero en los hechos les sería imposible cumplir su función si se atuviesen estrictamente a esa exigencia, ya que con frecuencia se presentan casos no cubiertos por las viejas normas. Por lo tanto, ellos modifican frecuentemente esas viejas normas para adaptarlas a las condiciones de los tiempos nuevos y aun emiten decisiones en abierta contradicción con ellas. Es obvio, pues, que muchos fallos no se fundan en

normas legales previas; pero en virtud de la teoría dominante de la fuerza obligatoria de los precedentes, tales fallos adquieren casi la misma significación que si fueran la secuela de un acto legislativo, ya que en el futuro los jueces se sentirán obligados por el principio en ellos expresado.

Así el *common law* está sometido a un constante cambio y a un constante desenvolvimiento, aunque este hecho aparezca oscurecido por la teoría oficial de que cada fallo no es otra cosa que una declaración autoritativa sobre una norma legal vigente. Si los jueces creen en esta teoría no pueden tener la intención de establecer normas nuevas, y los imperativos no son considerados como fruto de su inventiva sino como existiendo de antemano.

Las fuerzas que dan efecto práctico a las normas establecidas por los jueces son similares a las que mantienen la maquinaria legislativa. El factor dominante en ambos casos es la reverencia que se tributa a la Constitución. La Constitución determina la posición de los jueces, y la doctrina de la fuerza obligatoria de los precedentes puede ser reconocida como parte integrante de la Constitución.

Pero pueden también llegar a actuar efectivamente como derecho, imperativos independientes sin referencia directa a la Constitución. Algunas veces se introducen normas nuevas por acción de la doctrina. En este aspecto no me refiero a Inglaterra, pues allí *jurisprudence*, o ciencia jurídica, parece ser en conjunto una ciencia *acerca del derecho*, y su propósito es investigar el sistema legal desde puntos de vista históricos, sociales o filosóficos. Los libros de derecho, por otra parte, no son obras científicas sino meras compilaciones de leyes y precedentes. En Alemania y en Escandinavia la ciencia jurídica es considerada primordialmente como ciencia *del derecho*; su propósito principal es extraer el verdadero sentido o conteni-

do de las normas jurídicas. Los tratadistas de derecho no asumen desde luego la función de legisladores; pero, no obstante, el efecto de sus escritos es frecuentemente el establecimiento de normas nuevas. Se supone que ellos describen tan sólo lo que ya se halla presente en la ley, pero su aporte es mucho mayor pues procuran llenar las lagunas del derecho. Si logran convencer a los jueces de sus teorías, anticipan de hecho nuevas normas que son el resultado de la investigación científica, que se abren camino en la práctica judicial y que pueden quedar a veces tan firmemente establecidas como las normas del derecho positivo. No es de asombrar que algunos tratadistas coloquen a la ciencia jurídica entre las fuentes del derecho, aunque ello no se concilia con el supuesto de que el derecho está constituído por las órdenes que emanan del Estado.

En la evolución del derecho consuetudinario un conocimiento supuesto de un derecho ya existente ha sido y todavía continúa siendo, hasta cierto punto, un medio de introducción de normas nuevas. Aun apreciando claramente que los jueces no están circunscritos a la aplicación de un derecho ya existente y completo, es obvio que los precedentes gravitan en forma importante en la decisión de casos similares. La necesidad de continuidad en la administración de justicia es tan grande que los tribunales no pueden en los hechos abstenerse de tomar en cuenta los precedentes. En nuestros días se capta cada vez más esa situación real, aunque no se hayan descartado por completo los anteriores puntos de vista.

A los fines de este tratado no es necesario investigar más a fondo interesantes problemas del desarrollo del derecho consuetudinario. Lo importante de nuestro punto de vista es insistir en que aquí, como en el caso de la legislación formal, se trata de instrumentos ciertos para hacer efectivos en una

comunidad, imperativos independientes. Es natural que puedan usarse distintos medios para tal objeto, aunque la legislación formal es, por gran diferencia, el más importante en la actualidad[7].

El establecimiento originario de una Constitución

Una Constitución puede ciertamente ser modificada según sus propias reglas, y aun algunas veces crearse una Constitución completamente nueva por procedimientos legales. Puede ocurrir también que una Constitución haya evolucionado lentamente desde una etapa primitiva, como derecho consuetudinario. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, si no en todos, las Constituciones de los países civilizados han sido establecidas por medio de una revolución o de una guerra, esto es, por la fuerza. Al menos los tenedores efectivos del poder o sus antecesores se han impuesto por tales medios, aunque ello no haya implicado mayor alteración de la Constitución. Por lo tanto, la cadena del desenvolvimiento jurídico se rompe en algún punto por actos de violencia o, en general, por actos ilegales, que parecen, en consecuencia, ser la fuente real y originaria del orden existente.

Se consideran con frecuencia estos hechos como peculiarmente enigmáticos. "El problema de la revolución" ha sido

[7] En el pensamiento jurídico de los Estados Unidos, varios escritores encabezados por el juez HOLMES y por el decano ROSCOE POUND, han sostenido con gran énfasis que los jueces, contrariando a la doctrina tradicional, realmente "hacen derecho". La obra de JEROME FRANK *El derecho y la mentalidad moderna* (1930), se orienta principalmente a presentar como un proceso consciente el proceso de formación del derecho. Según FRANK prevalece aún el viejo punto de vista: "la mayor parte de los abogados niegan la existencia del derecho creado judicialmente" (ob. cit., p. 33), es decir, sostienen que las normas jurídicas enunciadas por los jueces han existido siempre de antemano.

exhaustivamente discutido en la filosofía del derecho. Parece difícil comprender cómo actos de violencia pueden dar nacimiento a normas "obligatorias". La legislación de este género parece tener un proceso aún más misterioso que el de la legislación ordinaria. Se supone que los constituyentes tienen derecho de establecer normas obligatorias, pero los revolucionarios no solamente están desprovistos de todo título de esa índole sino que actúan desafiando al derecho existente. Y sin embargo la nueva Constitución es la base de nuevas leyes cuya fuerza obligatoria no se cuestiona.

Cuando se descarta la noción supersticiosa de la "fuerza obligatoria" del derecho el dilema se resuelve, pero solamente entonces. Desde el punto de vista tradicional debe permanecer siendo un misterio que la fuerza engendre al derecho perturbando para siempre el cerebro de los infortunados filósofos. En realidad, el establecimiento de la Constitución por medio de actos revolucionarios no es más misterioso que el proceso ordinario de legislación. Lo que ocurre realmente en ambos casos es que algunos individuos establecen un conjunto de imperativos independientes reclamando para ellos su obediencia en todo un país. La diferencia está en las causas que dan efectividad a esos imperativos.

Mientras la legislación ordinaria es efectiva en virtud de la reverencia general por la Constitución que actúa como fuente *permanente* de poder, una Constitución revolucionaria se impone al pueblo por otros medios. Debe existir una conjunción *temporaria* de fuerza suficientemente poderosa para operar en la actitud de los ciudadanos el cambio que implica la aceptación de la nueva Constitución como obligatoria. Los legisladores ordinarios no necesitan un esfuerzo especial para hacer efectivas sus leyes porque tienen a su disposición una maquinaria ya preparada. Los revolucionarios tienen que pre-

parar por sí mismos la maquinaria, es decir, encauzar la mentalidad popular por nuevos canales a través de los cuales la presión psicológica pueda llegar a actuar sobre el pueblo.

Se requieren circunstancias excepcionales para quebrar la actitud de obediencia hacia una Constitución establecida: es la llamada "situación revolucionaria". Los viejos imperativos concernientes al gobierno del país se dejan generalmente de lado tan sólo bajo el apremio de condiciones económicas desesperadas, de devastaciones de guerra, de opresión por un enemigo victorioso, etc., en conjunción con nuevos ideales y de lemas que inflaman la mentalidad popular con odio o con esperanzas. Los que ejercen el poder pierden su control sobre la población y un día son destronados por la fuerza o desaparecen ignominiosamente por una puerta trasera. Nuevos hombres escalan sus posiciones y declaran confiadamente: Ésta será nuestra Constitución y así será gobernado el país. Tal vez la tentativa fracase y entonces la proyectada Constitución queda como tira de papel, una masa de palabras vacías. Pero si la revolución triunfa y si se establece un gobierno que actúa conforme a los principios de los nuevos imperativos, éstos son desde entonces la Constitución. Para decirlo brevemente, *victoria* en la revolución corresponde a la *forma constitucional* en la legislación ordinaria. Se implantan nuevas normas con arreglo a la nueva Constitución y ellas son aceptadas automáticamente como obligatorias. Toda la maquinaria funciona nuevamente con más o menos diferencia según los fines y medios de quienes están en el poder.

Aparte de la "situación revolucionaria" son necesarias por sobre todo dos cosas para completar el cambio: *fuerza* y *propaganda*. Fuerza para expulsar a aquellos que retienen posiciones claves, amedrentar a sus sostenedores y combatir la resistencia. Propaganda para preparar las mentes para los

nuevos imperativos. El poder de sugestión de estos imperativos no es bastante por sí mismo. Ellos se derrumbarían si la mentalidad popular no fuese especialmente preparada para recibirlos. El objeto de la propaganda es modelar la situación psicológica en el país de manera que asegure una respuesta adecuada.

Sin embargo, la rueda del tiempo sigue girando. Así como las leyes ordinarias mantienen su efectividad aunque la Constitución con arreglo a la cual han sido sancionadas sea abolida, así también la Constitución misma puede sobrevivir a las causas que originalmente le dieron su fuerza. El ardor revolucionario puede desvanecerse; la pobreza y la ansiedad disminuír y la derrota convertirse en victoria. Sin embargo, la Constitución construída sobre esas condiciones conserva sus efectos prácticos. Numerosos intereses se han concitado a su alrededor, sus principios han adentrado en los corazones del pueblo y el nuevo edificio se mantiene firme cuando todo el andamiaje ha sido removido.

Más aún; tarde o temprano los revolucionarios son atrapados por los engranajes de su nuevo sistema. La efectividad psicológica de la nueva Constitución requiere una cierta actitud de parte del pueblo y esa actitud no puede cambiarse todos los días. Se necesita un esfuerzo considerable para producir cualquier alteración fundamental, si es que ésta puede lograrse. El poder de los dirigentes es, por lo tanto, más o menos estrechamente limitado con prescindencia de la forma por la cual ellos han alcanzado sus posiciones, sea ella por medios legales o por medios revolucionarios.

El obstáculo inmediato que encuentra toda tentativa revolucionaria es siempre una lealtad general a la Constitución existente. Sin embargo, una vez que la Constitución ha caído, el hábito inveterado de obediencia a un conjunto de normas

de gobierno es una fuente de fortaleza para la nueva Constitución. Simplemente se trasfiere la actitud popular de un conjunto de reglas a otro; el cambio se cumple a veces con asombrosa facilidad, especialmente cuando las nuevas normas se adaptan mejor a las condiciones económicas y a las ideas de justicia imperantes.

Hablando en sentido más general, las fuentes principales de fuerza de la Constitución han de encontrarse en los hábitos sociales y en los instintos del pueblo. Esto ocurre *durante* el imperio de una Constitución como cuando se implanta una nueva. Los revolucionarios solamente pueden lograr el poder utilizando esta fuerza de manera adecuada. Paradójico como puede parecer, el éxito de la revolución depende de la utilización de aquellas características humanas que se orientan al vivir con arreglo a derecho.

Retomando la comparación con un río, puede decirse que las diversas Constituciones corresponden a diferentes canales por los cuales es conducida el agua del río en diferentes épocas. El río representa la fuerza inmanente en los hábitos e instintos sociales. La corriente provee energía que solamente puede ser utilizada si se la conduce a través de un canal adecuado, pues de otra manera el agua se dividirá en arroyuelos inútiles y el suelo se convertiría en un pantano. De análoga manera las fuerzas sociales de una comunidad deben unificarse mediante una Constitución que sea generalmente respetada y produzca, por lo tanto, una actitud común de respeto hacia la autoridad legislativa. Sin esto, el caos y la destrucción son inevitables.

Una revolución puede ser definida como un proceso por el cual se abre un nuevo curso al río. Alguna vez esto importa una gran catástrofe; el río rompe sus riberas inundando campos fértiles, destruyendo bosques y ciudades, sumergiendo a

los infortunados que encuentra en su camino. Poco a poco, sin embargo, el río se asienta en su nuevo curso, la corriente se calma y surge nueva vida en sus márgenes. En otros casos, el problema se reduce a remover una esclusa imperfecta o a enderezar el curso en uno u otro punto.

No es posible trazar una línea neta entre la legislación revolucionaria y la normal. Como se ha señalado, los legisladores constitucionales tienen frecuentemente un poder efectivo para apartarse más o menos de las exigencias formales de la Constitución. Más aún, es un hecho bien conocido que una Constitución puede ser "interpretada" en un sentido totalmente diferente del original. Las Constituciones están más expuestas a interpretaciones varias y arbitrarias que las leyes comunes, porque su aplicación no es generalmente hecha por jueces imparciales sino por políticos; el único control de éstos es frecuentemente la opinión pública, que ellos pueden manipular en una considerable medida.

La búsqueda de una explicación "final" del derecho

A esta altura puede formularse una objeción muy natural. La exposición ha procurado mostrar, en líneas generales, cómo imperativos *nuevos* se introducen en el sistema legal. Se ha presupuesto entonces que tal sistema existe; por lo tanto, no se da una explicación *final* del derecho ni tal explicación puede ser alcanzada según las líneas hasta aquí seguidas. La explicación hasta ahora dada se refiere exclusivamente a los cambios en el derecho y a las adiciones al derecho, no al origen del sistema como conjunto.

Esto es perfectamente cierto. Se ha señalado, por ejemplo, que es el respeto general por la Constitución lo que hace efectivas las nuevas normas cuando se las introduce por me-

dio de la legislación. Se ha remontado el origen de la Constitución misma hasta la revolución o la guerra, pero esto no significa que la revolución o la guerra deban considerarse como las *únicas* fuentes del derecho en su conjunto. Tal suposición sería completamente errónea. Una revolución se produce en una sociedad donde el derecho se halla ya en vigencia; es, pues, una manera de cambiar las leyes. Ella afecta en forma inmediata sólo una parte del sistema legal, la Constitución en primer término, mientras muchas otras partes del derecho, especialmente las normas fundamentales de la ley penal, pueden permanecer temporariamente inalteradas.

Por lo tanto, la revolución es sólo un paso en el largo proceso de desarrollo del derecho. El cambio se refiere a un ya existente sistema de derecho y es limitado en su propósito; la misma observación es aplicable a cualquier otra manera de establecer normas jurídicas.

Pero la explicación histórica solamente puede referirse a los cambios en el derecho y nunca podemos llevar la investigación hasta su "primer origen". No se nos ha revelado la constitución original de sociedad alguna, pues lo que conocemos del hombre se refiere a estudios en los cuales una organización y, por consecuencia, un sistema de derecho, ha existido desde largo tiempo atrás. Aun las así llamadas comunidades primitivas tienen, por supuesto, su derecho, a veces ciertamente complicado.

Las colonizaciones de Islandia o de América no pueden citarse como ejemplos de la fundación "original" de una sociedad. Los colonizadores pertenecían a sociedades existentes y llevaron con ellos su patrimonio de creencias, de usos, de conocimientos. En síntesis, todo su equipo mental presuponía una vida comunitaria; ellos organizaron sus nuevas sociedades con materiales extraídos de las viejas.

La explicación histórica se refiere siempre a una etapa en la evolución del derecho, partiendo de un momento dado cuando ya un sistema jurídico ha estado en vigencia por mucho tiempo. A lo sumo podrían extraerse de los hechos conocidos algunas conclusiones relativas a las etapas primitivas; pero esto no nos conduce a una explicación "final" y es inútil preguntar cómo el sistema jurídico como conjunto fue establecido desde el principio. Ello priva de peso al argumento de que nuestra exposición no ha suministrado la respuesta a esta cuestión.

III

LA IDEA DE LOS DERECHOS

En los capítulos precedentes se ha dejado de lado la consideración de los derechos subjetivamente considerados a fin de simplificar la exposición, pero es menester ahora considerar este problema para explicar el sentido del concepto, examinar sus relaciones con los hechos sociales y mostrar cuál es su función real en la legislación y en la administración de justicia.

Pero en primer término son necesarias algunas observaciones sobre la noción de obligaciones.

Resulta claramente de lo que ya se ha dicho sobre la "fuerza obligatoria" del derecho, que la noción de deberes es completamente subjetiva. Dado que la fuerza obligatoria del derecho es una ilusión no pueden haber obligaciones jurídicas en un sentido objetivo. El deber no tiene sitio en el mundo real sino solamente en la imaginación de los hombres. Lo que existe realmente es cierto sentimiento de deber al cual se vincula la idea de una obligación imaginaria. Se han hecho tentativas de reivindicar la realidad del deber jurídico señalando la existencia de sanciones legales, pero esas tentativas están condenadas al fracaso. La amenaza de sanciones es diferente de la obligación; es obvio que el deber de respetar la

vida de los demás no puede identificarse con el hecho de que los asesinos son colgados si se los detiene y se los encuentra culpables. Las sanciones se imponen conforme a la ideología corriente, porque se ha violado una obligación.

La idea del deber y los sentimientos de deber son ciertamente de la mayor importancia en la vida social, pero la ciencia sólo puede considerar esa idea y esos sentimientos y no el vínculo imaginario, como algo objetivamente existente.

Los legisladores utilizan naturalmente la idea del deber; y puesto que comparten la ideología colectiva, es una tarea obvia para ellos imponer a los ciudadanos aquellas obligaciones exigidas por el bien común. La técnica legislativa no está afectada por el hecho de que los deberes sean obligaciones imaginarias, ya que la proclamación de esas obligaciones en forma de ley es un medio excelente de influír en los actos de la gente.

Con respecto a la noción de los derechos ocurre algo análogo. Se supone generalmente que los así llamados derechos son entidades objetivas y hablamos de ellos casi como si fueran objetos existentes en el mundo exterior. Reflexionando no podría mantenerse que sea así, pero se cree firmemente que los derechos existen fuera de nuestra imaginación como realidades objetivas, aunque ellos son necesariamente algo intangible. No se confina, por cierto, la existencia de esos derechos al mundo de la imaginación; las sugestiones en tal sentido son rechazadas generalmente con desprecio e indignación. Sin embargo, un examen atento e inmediato revela que los derechos y su contrapartida, las obligaciones, solamente existen como concepciones de la mente humana.

No puede existir duda en este punto una vez que la noción de la fuerza obligatoria del derecho ha sido rechazada como absurda. La disolución de este concepto básico debe

conducir a la demolición de todas las concepciones metafísicas del derecho, o, mejor aún, la consecuencia debe ser que estas concepciones aparezcan en su verdadera naturaleza; ellas surgen como imágenes puras sin correspondencia en la realidad objetiva.

Y no me refiero solamente a los así llamados derechos naturales, pues aun los derechos positivos o legales son irreales. Es verdad que existen ciertos actos sociales a los cuales está íntimamente vinculada la idea de un derecho. Esos actos son fácilmente confundidos con el derecho imaginado tal cual existe según las nociones corrientes. Pero no debería haber error posible si los hechos se establecen y confrontan con la noción del derecho a la cual se los vincula, pues resultará evidente que esta noción no corresponde a los hechos.

Para demostrar lo dicho adoptaremos el método simple de enumerar los hechos vinculados con la idea de un derecho y preguntar si uno u otro de estos actos puede ser identificado con el derecho correlativo. Evitaremos de esa manera la difícil tarea de fijar desde el principio el verdadero contenido de nuestra noción de lo que es un derecho, cuestión a la cual volveremos más tarde. Una vez estudiado el conjunto de los hechos sociales estaremos tal vez inmunes al peligro de identificar precipitadamente determinado derecho con ciertos hechos oscuramente concebidos y no establecidos cuidadosamente.

La idea de los derechos confrontada con los hechos

Para muchos estudiosos la confrontación del derecho con los hechos puede parecer completamente superflua, puesto que aquél, resulta obvio, es algo diferente de los hechos, algo que está por encima de ellos. En rigor no se necesitaría una investigación especial para demostrar esta verdad bien conocida,

ya que tanto los jusfilósofos como los juristas, siempre han considerado los derechos de esa manera.

A pesar de ello se han hecho esfuerzos constantes para reivindicar para los derechos un sitio en el mundo real y no es difícil descubrir el motivo. Nadie que pretenda dar consistencia a su perspectiva puede satisfacerse con la afirmación simple de que los derechos son algo por encima de los hechos, algo perteneciente a otro mundo. Y cuando se sostiene que ellos son realidades objetivas debe definirse su relación con fenómenos en el mundo del tiempo y del espacio, como, por ejemplo, su nacimiento y su extinción en virtud de sucesos de ese mundo. Pero una vez formulado este planteamiento, el problema sólo puede ser resuelto mediante la identificación de los derechos con ciertos hechos, ya que nada puede ser relacionado con fenómenos del tiempo y del espacio sin pertenecer al tiempo y al espacio.

Por lo tanto, es imposible sostener seriamente que los derechos están realmente por encima de los hechos. Sólo dos caminos se abren si se busca una explicación científica en esta materia; uno es demostrar que los derechos sólo existen en la imaginación de los hombres, es decir, que solamente pertenecen al tiempo y al espacio como contenido de nociones de la mente humana. La otra vía es probar que los derechos imaginados corresponden a hechos del mundo exterior. Necesitamos ahora mostrar que este último camino es impracticable.

Como ejemplo podemos elegir el derecho de propiedad bajo las condiciones actuales. Los hechos vinculados con la idea de este derecho son, sintéticamente, los siguientes (me refiero solamente al caso más simple, es decir, pleno dominio por un individuo con plena capacidad):

1) La cosa misma, objeto del derecho.
2) El derecho, los "imperativos independientes".

3) La maquinaria legal existente en el país y obrando con arreglo a las normas legales.

4) La posición ventajosa del así llamado propietario con relación a esa maquinaria. El propietario goza de ventajas definidas si la maquinaria funciona como la ley lo prescribe. Puede así reclamar compensación de perjuicios si la cosa es dañada por negligencia de otra persona. Es decir, si tiene el dinero necesario para promover una acción contra el responsable, si puede probar esa negligencia a satisfacción del tribunal y si el tribunal actúa según los cánones legales, obtendrá una sentencia de compensación por los perjuicios. Constituye un aspecto completamente distinto si esta sentencia se traducirá para él en una ventaja material, ya que esto depende de la posición económica del demandado y en muchos casos el demandante ni siquiera recuperará las costas del litigio. Por lo tanto, el provecho para el propietario resultante del funcionamiento regular de la maquinaria legal es siempre más o menos incierto. En síntesis, su posición lo capacita para poner en movimiento la maquinaria bajo circunstancias definidas por la ley, pero para ese fin, sin embargo, se requiere cierta fuerza de su parte y muchos obstáculos deben superarse antes de que llegue a tener el dinero en su bolsillo. Debería agregarse que aun si el propietario no promueve una acción, la maquinaria legal se pone frecuentemente en movimiento cuando alguien interfiere con la posesión de la cosa; por ejemplo, en nuestra época las autoridades castigan el robo actuando por cuenta de la comunidad; en muchos países se veda al propietario afectado promover acciones criminales de naturaleza grave. La función de la maquinaria legal resulta así de doble carácter con relación al propietario: en algunos aspectos solamente actúa por obra del mismo propietario, pero en otros opera independientemente de él.

5) Como un quinto hecho podría mencionar la sanción efectiva, pero debería tenerse en cuenta que rara vez tal sanción aparece en casos relativos al dominio.

6) El sexto hecho a considerar es la seguridad del propietario de gozar de la disposición efectiva de la cosa. Cuando usted compra un automóvil y lo paga puede hacer con él habitualmente lo que le plazca, con tal de que no exceda los límites de velocidad, etc. Si usted es propietario de una casa puede vivir en ella sin ser molestado. Usted no soñaría en que alguien en la calle le arranque su sobretodo de los hombros, etc.

Esta situación afortunada del propietario está condicionada, desde luego, por la conducta de sus conciudadanos. Su posesión exclusiva del objeto y su efectiva inmunidad para utilizarlo, resultan del hecho de que otros se abstienen habitualmente de interferir.

En todas las circunstancias la seguridad es relativa. El automóvil puede ser robado, la casa incendiada, el sobretodo arrebatado. Es siempre un problema de mayor o menor seguridad y no de inmunidad absoluta. El muy alto nivel de seguridad alcanzado en las comunidades occidentales presupone que la actitud de abstención es muy fuerte y muy generalizada; en conjunto nunca entra en la cabeza del hombre medio apoderarse de la propiedad ajena, y si esta idea se le presentase ocasionalmente, sería rechazada enseguida. Pero hace falta tan sólo una ligera relajación de esta disposición mental para que la seguridad se destruya. Suponiendo que la gente se abstenga de tomar lo que quiera cuando la ocasión se presenta, solamente en el noventa por ciento de los casos o imaginando que el diez por ciento de la población está desprovista de toda inhibición psicológica con respecto a la propiedad, la seguridad sería verdaderamente muy relativa.

7) Las causas que determinan la actitud general no son, por necesidad, muy complejas, pero un hecho se destaca claramente: es la importancia preponderante del derecho, incluyendo la maquinaria jurídica. Es difícil estimar la enorme presión ejercida por el derecho, que no es menor porque en general no tengamos mayor conciencia de ello que del aire que respiramos. No necesitamos investigar la forma en que opera esa presión y es bastante señalar su existencia. Tal es el último acto que debe mencionarse en relación con la idea de los derechos.

Ahora bien: ¿dónde se ubica el derecho? Es obvio que el derecho de propiedad y la cosa propia no son idénticos, ni ese derecho singular se identifica con el derecho en sentido genérico o con la maquinaria jurídica o con su gravitación psicológica sobre la población o con las sanciones efectivas que se aplican ocasionalmente en casos particulares. Queda solamente por considerar la posición favorable del propietario con relación a la maquinaria jurídica y su relativa seguridad de gozar del control que ejerce sobre la cosa. Éstos son los únicos hechos de los cuales podría decirse, con cierta apariencia de verdad, que corresponden a la noción del derecho de propiedad tal cual la concebimos. Consiguientemente este aspecto merece un análisis más cuidadoso.

¿Se identifica el derecho de propiedad, tal como se presenta en nuestra mente, con la relativa seguridad del así llamado propietario? Ciertamente no. La propiedad no se atribuye a cualquiera que se halla en situación de hacer lo que desee con una cosa, pues si así fuera, el ladrón exitoso, por ejemplo, ¡sería calificado como propietario legítimo! Más aún, el propietario, es decir, la persona que tiene un título legal al objeto, no necesita tener un control efectivo sobre éste para ser su propietario. Aunque el objeto haya salido de su posesión

de una u otra manera, su derecho sobre él subsiste mientras algún otro no haya adquirido el dominio con arreglo a la ley.

Por lo tanto, es obvio, según la opinión corriente, que el derecho de propiedad y el goce efectivo de la posesión son cosas distintas, aunque con frecuencia se hallen presentes simultáneamente. Muchos juristas han definido la posesión como correlativa en el mundo real al derecho de propiedad que se presenta como perteneciente a otra contextura. Ellos no pueden coincidir siempre, porque la existencia del derecho de propiedad está determinada por la ley. El derecho se adquiere cuando tales o cuales hechos han ocurrido (por ejemplo, una venta, la muerte de un pariente, etc.). Se pierde como consecuencia de otros hechos correlativos (una nueva venta, una donación, etc.). La existencia de un derecho depende por completo de esos hechos cuyos efectos jurídicos son establecidos por la ley. La posesión efectiva, la capacidad de usar la cosa, dependen en cambio de una multitud de condiciones que no pueden ser establecidas exclusivamente por referencia a la ley. El título legal es sin duda de gran importancia en este aspecto, ya que la gente procura habitualmente abstenerse de interferir en la posesión del titular del dominio; pero la capacidad efectiva para utilizar el objeto en cuestión no está determinada de modo absoluto por la ley; el título legal es solamente un factor de muchos que determinan la posición real del propietario y sus efectos son siempre relativos.

Queda aún por ver si el derecho de propiedad es equivalente a la posición favorable del propietario con relación a la maquinaria jurídica, es decir, si el derecho se identifica con la posibilidad efectiva de poner en marcha esa maquinaria para proteger sus propios intereses. Sin duda esta posibilidad está íntimamente vinculada con la idea del derecho, pero sería

un gran error confundir el derecho, como lo concibe nuestra mente, con tal aptitud.

En primer término, el derecho es anterior a la aptitud de poner en movimiento la maquinaria legal. El reclamo del demandante se apoya en un derecho, y cuando se dicta sentencia en su favor ella se apoya en que ha demostrado tener ese derecho. Por ejemplo, si el demandante alega ser propietario de una cosa que está en posesión del demandado, según la opinión corriente debe establecer su derecho de propiedad a fin de triunfar en el litigio. Por lo tanto, su derecho no se identifica con el hecho de que él esté en posición de obtener una decisión favorable; en cambio, ese derecho es considerado como una condición de tal sentencia, como algo que debe ser verificado por el tribunal.

En segundo lugar, no siempre se obtiene una sentencia favorable aunque el actor, según la teoría legal, tenga el derecho en cuestión. La carga de la prueba que le incumbe puede despojarlo del éxito, el tribunal puede formarse una impresión errónea de los hechos, etc. Por lo contrario, un demandante que realmente carece por completo de derecho puede ganar su caso. Es obvio que el éxito en los litigios depende de muchos factores además de aquellos que determinan, con arreglo a la ley, la existencia de un derecho. Por lo tanto, el éxito en un litigio puede o no coincidir con el derecho invocado.

Por último, el derecho existe aunque nunca dé lugar a alguna acción. Se requieren circunstancias especiales para originar una acción del propietario. La cosa puede estar en posesión de un tercero, puede ser dañada, etc.; pero entretanto el derecho de propiedad subsiste en forma inmanente. Ningún abogado podría dudarlo. La acción surge porque el derecho ha sido violado; por lo tanto, el derecho existe con independencia de la aptitud efectiva del propietario para promover

una acción exitosa. Aún más, la "acción" a la que el derecho de propiedad da origen cuando es violado, es en sí misma una especie de derecho y no una simple aptitud efectiva.

Podría sugerirse que el derecho de propiedad se identifica con la posibilidad general de promover acciones exitosas en distintas direcciones en caso de negligencia, robo, etc., pero esa solución sería errónea. Si eso fuese lo que pensamos cuando hablamos del derecho de propiedad, nuestra noción de tal derecho sería sumamente complicada. Abarcaría, en efecto, una gran parte del sistema legal y, además, muchos otros hechos, como la posición económica del propietario, etc.; sin embargo, es incuestionable que cuando hablamos de un derecho tenemos por delante algo sumamente simple. En verdad, el derecho implica complejas consecuencias legales con las cuales sólo están familiarizados los abogados expertos, pero ello es una consideración secundaria. El derecho en sí mismo es una cosa y las consecuencias legales son algo distinto.

No es difícil explicar la confusión que ocurre a veces entre el derecho y la aptitud de promover una acción exitosa[8].

[8] Como ejemplo de la confusión entre el derecho y la posibilidad efectiva de promover una acción exitosa puede citarse el ensayo *Derechos condicionales*, de ARTHUR L. CORBIN, en "Law Quarterly Review", 44 (1928). Para empezar, el autor observa con exactitud que la noción corriente de un derecho implica algo místico. Entra luego a definir lo que un derecho es realmente, o, según sus propias palabras, "ubicar los derechos en el plano de la experiencia ordinaria junto con otros hechos". Se supone evidentemente que los derechos *son* hechos. En consecuencia, la cuestión se reduce a determinar qué hechos son. La definición obtenida es la siguiente: "Una relación jurídica entre dos personas, sea de la naturaleza derecho-obligación, o de otra índole, significa que en función de los hechos reales podemos predecir, con cierto grado de certeza, cuál será la acción de la sociedad organizada con respecto a esas dos personas... Tanto el derecho como el privilegio traducen conceptos jurídicos y denotan una relación legal porque ambos, cuando se refieren a dos personas, *son predicciones* (las bastardillas son mías) de conducta

Cualquiera puede accionar aunque para ello no tenga fundamento legal alguno. Puede aun tener éxito sin tal fundamento legal. Sin embargo, las posibilidades de éxito son inconmensurablemente mayores para el demandante que tiene un título legal que para quien carece de él. Si se mantiene un nivel satisfactorio en la administración de justicia de un país, es

---

social, de acuerdo con una regla de uniformidad... Como se ha definido antes, decir que usted tiene un derecho contra mí significa que según los hechos efectivos podemos predecir, con razonable certeza, que usted puede obtener ayuda de la sociedad para dirigir mi conducta".

Identificar *derechos* con *predicciones* es una obvia equivocación. La acepción que atribuímos a la palabra derecho no es, definitivamente, la misma de predicción. Si distintas personas formulan diferentes predicciones sobre un mismo caso, ¿habrá acaso otros tantos derechos diferentes? ¿Predicen los legisladores los actos de los jueces cuando establecen normas sobre el modo en que los derechos se adquieren, se trasfieren, etc.? Ciertamente no. Ellos *reglan* las futuras acciones de los jueces. Tampoco los jueces predicen cuando "determinan derechos". La sentencia no puede ser una predicción sobre lo que el juez hará en la causa. Sin duda entendemos por derechos algo distinto de predicciones. ¿Tal vez el derecho consista en los *hechos* en los cuales las predicciones de esta índole pueden fundarse razonablemente? No. Estos hechos son muchos y de diversa índole. Incluyen el contenido del derecho, los hechos que constituyen un título legal, las personalidades de los testigos y de los jueces, la eficiencia de los abogados, la posición económica de cada una de las partes, etc., etc. Lo que tenemos *in mente* cuando hablamos de derechos no puede ser una masa de hechos heterogéneos. Realmente entendemos que el derecho es *creado* por ciertos actos dentro de este grupo (por ejemplo, aquellos que forman el título legal).

Sin embargo, no es difícil ver qué es lo que ha inducido al autor a adoptar el punto de vista expuesto. Es el hecho de que una persona que según el contenido del derecho tiene un "derecho", es generalmente capaz de poner en movimiento la maquinaria legal en su propio provecho, en ciertas circunstancias (cuando el derecho ha sido "violado", etc.). Esto se confunde con lo que pensamos cuando hablamos de derechos. En verdad tenemos que encarar dos realidades distintas: por una parte, la idea de los derechos; por la otra, la situación efectiva en la comunidad resultante de la aplicación regular de las normas jurídicas.

muy difícil lograr alguna ganancia litigando sin una verdadera base legal. En la realidad, en ausencia de tal base, el éxito de la acción solamente es posible cuando el demandante invoca hechos tan similares a aquellos exigidos por la ley, que los jueces pueden confundirse. En otras palabras: los hechos deben estar en los límites de la ley. De otro modo es locura promover la acción, ya que el resultado será solamente una sentencia en favor del demandado, con costas.

Por otra parte, una persona que realmente tiene un título legal o cualquier otro requisito exigido por la ley, tiene buenas probabilidades de lograr una decisión favorable si dispone de la prueba necesaria. Por lo tanto, el así llamado derecho y la posición ventajosa usualmente concurren en la misma persona. La confusión entre ambos ocurre fácilmente porque no tenemos un claro cuadro mental de lo que es un derecho. No hay nada sustancial delante de nosotros; estamos así predispuestos a dejarnos seducir por algo de naturaleza tangible, y la favorable posición con respecto a la maquinaria legal está al alcance de la mano.

¿Cuál es el sentido de la idea de un derecho?

La precedente discusión ha demostrado que es imposible encontrar algún hecho que corresponda a la idea de un derecho. El derecho elude toda tentativa de situarlo y clasificarlo entre los hechos de la vida social. Aunque vinculado a los hechos, por ejemplo cuando nace o se extingue, el derecho es, en su esencia, algo diferente de todo hecho.

Lo que realmente interesa en los litigios es el título legal y no el derecho. En nuestra ideación el derecho se concibe como algo creado por el título, algo que se ubica entre el título y la sentencia y que constituye el fundamento inme-

diato de ésta. Es muy difícil explicar qué es lo que se supone ser realmente esta cosa intermedia, pero es lo cierto que solamente existe en la imaginación. En el mundo real el título legal no crea nada: es un hecho que una vez probado en el litigio, tendrá influencia decisiva sobre el juez si éste procede con arreglo a la ley. Esto es todo.

La esencia de la noción de los derechos es la idea de *poder*. El propietario "puede" hacer lo que quiere con la cosa; el acreedor "puede" exigir del deudor una suma de dinero; tal es la forma en que parafraseamos la noción de los derechos cuando queremos explicar nuestro pensamiento. Es verdad que frecuentemente nos sentimos inclinados a decir, en cambio, que la esencia de la propiedad consiste en que el propietario está "protegido" por la ley; pero esta explicación es errónea. No expresa realmente nuestro pensamiento, ya que según el criterio corriente la protección se otorga en rigor al derecho, y si se piensa que el propietario está protegido es por cuanto él tiene el derecho de propiedad. Por lo tanto, la así llamada protección no puede ser identificada con el derecho mismo. Ese derecho se presenta como algo anterior y sólo acertamos si lo definimos como un poder de cierta clase.

Este poder, sin embargo, no existe en el mundo real. Hemos visto que no se identifica con el control efectivo sobre la cosa generalmente ejercido por el propietario, ni con la aptitud efectiva de poner en marcha la maquinaria legal. Es un poder "*ficticio*", un poder ideal o imaginario. Este "poder" es, en la realidad, solamente una palabra vacía. Nada hay detrás de esa palabra. Pero la idea de tener el poder imaginario es capaz de engendrar un *sentimiento* de poder, es decir, un sentimiento de actividad y de fuerza. Este sentimiento da una apariencia de sustancia a la idea y, por lo tanto, ayuda a conservar la ilusión de que estamos en presencia de un poder real.

Sin embargo, la mayor parte de los juristas de nuestro tiempo se han resistido a admitir que el derecho es solamente un poder imaginario y han procurado por todos los medios eludir esta conclusión. Por una parte aprecian oscuramente la imposibilidad de identificar el derecho con cualquier conjunto de hechos sociales, y por la otra se rehusan a pesar de eso a considerar los derechos como meras construcciones de la imaginación. Les parece absurda esa controversia. ¿Acaso los jueces no deciden diariamente sobre los derechos de los litigantes? ¿No están los legisladores ocupados en sancionar leyes determinando nuestros derechos? ¿No son, por lo tanto, realidades los derechos? ¿No se destruiría el orden social y se produciría el caos si no se reconociesen los derechos como algo que realmente existe? Por estas y similares razones se considera imposible afirmar que los derechos son meras fantasías. La realidad de los derechos debe ser reivindicada. Pero ¿cómo? El problema no es fácil.

Hemos escuchado a algunos juristas que intentan encarar científicamente el problema, proclamar que un "derecho" es tan sólo "una expresión metafórica de una situación legal" o algo parecido. En esta teoría se admite que los llamados "derechos" no son realidades. Por otra parte se niega expresamente que la idea de un derecho contenga un elemento de superstición. La razonabilidad de la doctrina está aparentemente salvada. El sentido subyacente es que las concepciones de naturaleza irreal están fuera de discusión. Es tan sólo un expediente usar metáforas en lugar de hablar directamente de las complejas realidades.

Pero ¿es verdad que la expresión "derecho" se usa metafóricamente en la vida diaria o en el lenguaje jurídico? Una metáfora es una figura del lenguaje por medio de la cual se sustituye una cosa por otra con la cual tiene semejanza.

Es pertinente entonces preguntar aquí: ¿qué es lo que se coloca en lugar de qué?

Nunca se ha explicado en esta teoría en qué consiste la metáfora. Tal explicación implicaría un análisis completo de nuestra concepción de los derechos, una cuidadosa declaración de lo que existe en nuestra mente cuando hablamos de ellos. Sin eso la tesis resulta vacía; y lo es realmente, ya que no se nos ofrece esa explicación. La teoría puede en verdad ser calificada como una tentativa de evadir el difícil análisis de nuestro pensamiento y de resolver el problema con palabras sin cohesión[9].

Más aún, los hechos que se quiere reemplazar con la pretendida metáfora serían algunos de los que hemos enumerado. La línea generalmente seguida por los juristas de esta escuela es que los hechos indicados son el derecho. La metáfora, se dice, es "una expresión breve de un complejo conjunto de normas". Lo que pensamos al hablar del derecho de propiedad sería un vasto conjunto de normas sobre venta, herencia, robo, etc., pero por motivos de conveniencia la expresión "derecho" reemplazaría ese conjunto de normas. Lo curioso es, sin embargo, que las mismas leyes hablan de derechos; determinan, por ejemplo, cómo se adquiere el derecho de propiedad, cómo se lo trasfiere, qué consecuencias resultan de su violación, etc. No tiene sentido decir que, aquí, la expresión "derechos" en general es una exteriorización singularizada del contenido del derecho mismo. Las palabras deben te-

[9] El significado de la teoría es que las *normas* son la única realidad en el derecho y que la disertación sobre derechos y obligaciones es solamente, para decirlo con FITTING, "la breve expresión obligatoria para una cantidad de prescripciones legales más o menos coherentes y entrelazadas entre sí" ("Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", 13, 1889, p. 44).

ner un significado independiente, o de lo contrario no debería usárselas para traducir el concepto genérico. En la realidad, los legisladores utilizan la noción en singular de un derecho de la misma manera que otras nociones corrientes en la comunidad y que tienen un sentido aceptado.

Debe admitirse, como he insistido en señalar, que concebimos mentalmente el derecho como un poder imaginario. Pero esta noción no se emplea en realidad como metáfora. La utilizamos como si el derecho fuese una realidad objetiva, diciendo que los derechos se adquieren, se pierden, se defienden, etc. Decir que los derechos solamente existen en la imaginación provoca por lo común la mayor indignación. Por lo tanto, es imposible afirmar que esa noción es utilizada solamente para reemplazar a determinados hechos. Si yo sostengo contra otra persona que tal cosa es mi propiedad, no entiendo tan sólo que gozo de una seguridad efectiva en cuanto a la posesión del objeto, pues si así fuese tendría que admitir que perdería mi derecho si mi adversario fuese suficientemente fuerte para despojarme de él. Pienso, además, que puedo recurrir a los tribunales y obtener una decisión en mi favor; pero si ello es así, es porque considero que tal posibilidad es consecuencia de mi derecho, y que ese derecho existe aunque tal consecuencia pueda dejar de producirse por falta de prueba o por cualquier otro motivo. Puedo tener también en cuenta que tengo un título legal al objeto, pero el título legal se considera como fundamento del derecho y no como identificado con dicho derecho.

Si aceptamos con franqueza el hecho de que lo que concebimos mentalmente es una potestad ideal o ficticia de controlar un objeto o de exigir una acción de otra persona, todo se explica fácilmente. No hay necesidad de apartarse de esa solución, pues la otra ruta conduce tan sólo a la jungla meta-

física. Si aceptamos, en cambio, el hecho tal cual surge de nuestro análisis crítico, se nos presenta un fértil campo de investigación. La tarea ha de reducirse a ubicar la *idea* de un derecho o de una obligación entre los hechos de la vida social; estudiar su origen y sus funciones en la sociedad real, su significado en las relaciones entre los individuos y entre los Estados, etc. No es menester interrumpir la búsqueda de la verdad con constantes incursiones en el mundo imaginario de la metafísica, y no es tampoco necesario oscurecer los resultados de esa búsqueda con la presunción subyacente de que los derechos son, de algún modo, realidades objetivas.

¿Con qué propósitos se utiliza la noción de un derecho subjetivo?

A fin de comprender cómo la noción de un poder ficticio puede darse por establecida actualmente en la legislación, en la doctrina y en la mente del común de las personas, solamente es necesario aclarar en qué aspectos y para qué fines se sustenta esa acción. La cuestión principal es, desde luego, cómo aparece en la ley.

En la ley la noción de los derechos se utiliza como medio de orientar las acciones y la conducta de las personas en general. He acentuado ya que el derecho no pretende describir el mundo tal cual es, sino determinar el curso de los acontecimientos. Para ese propósito no es necesario que las nociones empleadas correspondan siempre a realidades objetivas. Pero es esencial que se suscite en las mentes de aquellos a quienes concierne, la idea de un canon de conducta y que ellos sean incitados a seguirlo. Esto puede lograrse fácilmente mediante nociones como la de los derechos. Las normas de conducta pueden ser impuestas efectivamente estableciendo que una persona tiene un cierto derecho bajo tales y tales condiciones.

Pero, ¿cómo es esto posible si verdaderamente la concepción de un derecho tiene el sentido más arriba indicado? Se ha dicho que el pretendido poder no existe, que es imposible captar en qué consiste el poder que tal palabra pretende significar. Ese supuesto poder es, por lo tanto, una palabra vacía, como ya lo hemos mostrado. Puede ahora argüírse que los cánones de conducta no pueden imponerse por medio de palabras huecas. No puede expresarse un cuadro de una situación y de una línea de acción si no se vinculan las palabras empleadas con un sentido definido. Parecería, por lo tanto, que el análisis de la concepción de un derecho debe ser erróneo en algún aspecto, ya que es obvio que las normas jurídicas se implantan mediante esa concepción. He aquí la respuesta a esa objeción. El poder definido como un derecho no existe. Es una palabra vacía. Pero se piensa que ese poder es un poder de *hacer* algo. Se lo refiere a una acción imaginada. Si esta acción es claramente concebida se establece en realidad una norma jurídica mediante la proclamación del derecho. El *canon de conducta* está contenido en la idea de la acción o de las acciones que se afirma que el titular del derecho está facultado para cumplir. La expresión "derecho", por otra parte, tiene aquí la función de una expresión *imperativa*. Su sentido es: la persona en cuestión será capaz de hacer esto, su acción no debe ser trabada, otras personas no pueden cumplir análogas acciones con relación al mismo objeto sin su permiso, su demanda en este o en otro aspecto será aceptada, etc.

Las combinaciones posibles son incontables, y los cánones de conducta son con frecuencia muy complicados, aun si las normas correlativas parecen ser algo simples. No pueden discutirse aquí esas cuestiones, pero un par de ejemplos ilustrarán lo que se ha dicho.

La ley dice, p. ej., que el propietario de la tierra ribereña de un lago tendrá derecho exclusivo a pescar en ese lago. Esto importa un canon de conducta para todas las personas, salvo el propietario (esto es, la persona que tiene título legal sobre la tierra): abstenerse de pescar en el lago o de interferir en la pesca del propietario. El canon de conducta se expresa imperativamente diciendo: el propietario tiene un *derecho* exclusivo a pescar. Con esta norma jurídica se vinculan otras que establecen lo que se hará si la primera norma es violada: el trasgresor será castigado y se le exigirá que indemnice los perjuicios causados.

O bien, una ley dice que un obrero tiene derecho a ser compensado por su empleador si sufre algún daño durante su trabajo. Se diseña aquí un canon de conducta para el empleador: pagar cierta suma de dinero al obrero si éste ha sufrido un daño y ha reclamado compensación. Y el canon de conducta se expresa imperativamente diciendo que el obrero tiene un *derecho* a esa compensación. Aquí, también, la norma jurídica está vinculada con otras normas que regulan el procedimiento a seguir si la compensación no se paga voluntariamente.

En esta forma se muestra cómo es posible implantar cánones de conducta mediante declaraciones sobre derechos a pesar de ser inexistente el poder que constituye el derecho. Pero debe anotarse en este aspecto otra función de la noción del derecho: su empleo como instrumento para suscitar o reprimir sentimientos. Por sobre todo, en los conflictos de cualquier naturaleza la idea de tener un derecho sobre el objeto en disputa sirve para fortificar el valor de quien así lo cree y para abatir la voluntad de la otra parte. Tal es el caso en toda guerra. Lo mismo es verdad en la lucha de clases. Una clase oprimida afirma en sus estandartes que hay un *derecho*

a la libertad, a la plena compensación a cada uno por su trabajo, o algo similar. Una clase privilegiada afirma con igual vehemencia el inviolable derecho de propiedad, tal vez los sagrados derechos de la monarquía a la cual está vinculada, etc. Aserciones de esta índole tienen considerable efecto en la población. Ayudan a estrechar las filas de cada partido y a estimular la confianza. Por otra parte, esas afirmaciones alcanzan las filas del sector opuesto y sirven con frecuencia para minar su fe en su causa, p. ej., cuando los miembros de las clases acaudaladas llegan a reconocer en su fuero íntimo los derechos de los proletarios a la igualdad.

Ahora bien; para cumplir esa función de estimular o desalentar, no es necesario que la noción corresponda a una realidad. El simple grito de ¡adelante!, puede servir para levantar el espíritu de una fuerza de ataque. Lo que se necesita no es un cuadro verdadero del mundo actual sino un estimulante de los sentimientos de actividad y valor, o, por lo contrario, algo que surta un efecto depresivo.

La noción de un poder ficticio tal cual aparece en el derecho

Si se reconoce claramente la naturaleza ficticia del poder llamado derecho, se comprende con facilidad cómo el título legal —emergente de la ley— puede ser imaginado como constituyendo un derecho. Si el derecho se identificase con un poder efectivo no podría afirmarse infaliblemente que surge o se lo establece cuando ocurre cierto hecho definido en la ley. Lo único que podría decirse es que si la ley fuese concienzudamente aplicada por los jueces, etc., se seguirían ciertas consecuencias. Los "sí" serían muchos, incluyendo la posición económica del tenedor del título, la competencia de su abogado, etc. Totalmente distinta es la situación si se

concibe el derecho como un poder ficticio, pues entonces nada impide a la gente imaginar que la ley es capaz de determinar, con infalibilidad absoluta, cómo ha de llegar a ser, ya que solamente existe en la imaginación. Lo mismo es verdad, desde luego, en materia de trasferencia, modificación o extinción de los derechos.

De esta manera se aplica todo el conjunto del lenguaje legal, que constantemente se refiere a poderes imaginarios y a su contrapartida, los vínculos imaginarios llamados obligaciones. Éstos son —en la imaginación— determinados en forma absoluta por las normas jurídicas. Cuando tales y cuales actos han ocurrido, ahí está el derecho. Cuando tales y cuales otros actos llegan a producirse, el derecho se extingue.

El poder ficticio es fácilmente referido a los niños y a los insanos. Como es ficticio no choca con el hecho de que los niños y los insanos son incapaces de ejercitar poder, cualquiera que él sea. La doctrina ha tenido ardua tarea en explicar el punto, ya que se ha creído necesario conciliar la idea de que ellos tienen un poder con su real posición en la vida. Esta preocupación queda empero descartada, ya que carece de objeto tratar de probar, científicamente, que un niño puede tener un poder imaginario.

Los derechos son referidos frecuentemente a entidades también ficticias, las así llamadas personas jurídicas. Dícese que una compañía, una municipalidad y otras organizaciones, tienen una personalidad jurídica propia. El significado es que hay, "a los ojos de la ley", una persona distinta (no identificable con sus miembros) a la cual pertenecen los derechos de la organización o a quien incumben sus obligaciones.

Es sorprendente la orgía especulativa a que se entrega la doctrina cuando intenta explicar la esencia de estas "personas jurídicas". Y esas especulaciones han sido engendradas por la creencia en la realidad de los derechos y de las obligaciones. Todo este escolasticismo puede ser dejado de lado tan pronto como se verifica que los derechos y las obligaciones son poderes y vínculos imaginarios. Cuando el poder o el vínculo son ficticios, pueden ser atribuídos sin duda a una persona ficticia como a una persona real, y es lo que se ha hecho en la doctrina.

De igual manera el objeto de un derecho puede ser imaginario. Tal es, p. ej., el caso de una patente. Nada existe que pueda calificarse con propiedad como el objeto del derecho del titular de una patente. El invento en sí mismo es la demostración de que las leyes de la naturaleza pueden utilizarse en cierta manera (p. ej., construyendo un aparato de modelo nuevo). No tendría sentido presentar a esas leyes naturales o a la noción de cómo han de utilizarse, como el objeto de un poder. Ni podría ese poder tener como objeto la cosa construída. Esta cosa constituye el objeto de un derecho de propiedad y no del derecho de patente. Dejando de lado tecnicismos legales, el objeto del derecho de patente consiste en la acción de elaborar reproducciones de la cosa inventada para su venta. Acciones de este género pertenecen al futuro y son imaginadas solamente como el objeto del derecho de patente. El derecho, en la realidad, es el poder imaginario de cumplir a título exclusivo esos actos imaginados. Si alguna otra persona realiza las mismas acciones, sin debido permiso del registrador de la patente, se dice que el derecho ha sido violado.

Sin duda muchos lectores han de sentirse inclinados a ridiculizar la afirmación de que el objeto de un derecho de

patente, que produce enormes ganancias, existe solamente en la imaginación; pero sería más sabio, sin embargo, diferenciar debidamente las cosas. Las ganancias son sin duda una realidad, y muy sustanciosa en algunos casos, para el titular de la patente; pero esas ganancias no son obviamente la misma cosa que el derecho ni están condicionadas por el problema de si ese derecho y su objeto son una realidad o no. Están condicionadas por el funcionamiento de la maquinaria legal conforme a la ley de patentes. El derecho, es verdad, aparece regulado por esta ley, pero a pesar de ello no es una realidad ni lo es tampoco su objeto. Estas nociones son empleadas por la ley simplemente como medios para diseñar cánones de conducta para los jueces y para otras personas. La única cosa importante para el titular de la patente es que los terceros que realicen el acto imaginado de construír la cosa patentada, serán castigados o tendrán que indemnizarlo.

En rigor es harto frecuente que el objeto de un derecho sea algo solamente imaginario. Tomo como ejemplo el caso de una reclamación por el pago de una suma de cien libras esterlinas. El objeto de este derecho o poder imaginario no es este o aquel billete de banco. Es el acto imaginado de una persona llamada deudor, consistente en el pago de una suma de cien libras esterlinas en una fecha futura. El derecho es el poder imaginario de reclamar —supuestamente con pleno resultado— el cumplimiento de ese acto imaginado. Si en la vida real el deudor no obra como se le exige, se le pueden seguir consecuencias desagradables. Éste es el punto importante para el acreedor. A la larga, la aplicación de sanciones produce como efecto que la mayor parte de las deudas se paguen voluntariamente. En el caso particular, la maquinaria legal es puesta a disposición del acreedor para obtener por compulsión cualquier pago que sea posible a expensas

de las pertenencias del deudor. A ese fin no importa si el derecho y su objeto son realidades. Lo que interesa es el funcionamiento regular de la maquinaria legal.

La noción de los derechos en la técnica legal explicada con especial referencia a la naturaleza de los fallos en casos civiles

Para avanzar más aún en la explicación de la técnica, podemos seguir examinando la relación entre acreedor y deudor en el caso de un préstamo. La ley establece que cuando se ha concertado un préstamo el deudor tiene la obligación de devolver el dinero en un tiempo estipulado y el acreedor tiene el derecho correlativo de reclamar el pago. El sentido inmediato de esto es el siguiente: el deudor estará aferrado por un vínculo invisible y el acreedor tendrá el poder imaginario de exigir el cumplimiento del acto imaginado de pago. Es imperativo que la obligación y el correlativo derecho se establezcan con arreglo al contrato, lo que presupone que la ley tiene el poder de dar efectividad al derecho y a la obligación. Pero desde el punto de vista de la realidad esta manifestación de la ley es absurda, ya que ningún medio, ni aun la ley, pueden crear poderes o vínculos imaginarios. Pero es una equivocación aplicar el problema de la verdad a la ley, ya que su propósito no es describir la realidad sino orientar el proceder de la gente. Para tal fin la afirmación es perfectamente utilizable.

En el primer caso la ley indica al deudor algo que debe hacer como consecuencia del préstamo. Se describe directamente la conducta deseada y se declara solemnemente ser ella su obligación, una declaración equivalente al uso de una expresión imperativa. De esa manera se ejerce sobre el deudor una presión psicológica.

Más aún, la manifestación imperativa sobre los derechos y obligaciones del acreedor y del deudor persigue guiar al juez en caso de controversia. Aquí, sin embargo, no se describe directamente la acción deseada. El derecho civil concierne en modo inmediato al proceder de los particulares, pero ello no impide que sea al mismo tiempo una guía para el juez. El vínculo entre el código civil y la acción del juez, está provisto por la técnica judicial y por las leyes procesales. El juez está adiestrado para interpretar los principios de la ley civil en una manera definida, esto es, entendiendo que bajo ciertas circunstancias, establecidas en la ley procesal, dictará su sentencia declarando ser la obligación del deudor pagar la suma que se discute.

Mientras la ley de procedimientos contiene el canon de conducta necesario para el proceso, la ley civil proporciona al juez el canon de conducta necesario para su fallo. A fin de decidir y formular su fallo, él tiene que seguir la ley civil, en la cual los derechos y obligaciones son establecidos en forma general. El juez establece los mismos derechos aplicados a las partes en disputa. La sentencia es así una *reiteración* de la ley adaptada a un caso individual[10].

[10] La opinión corriente sobre la naturaleza de la sentencia está explicada, entre otros, por Borchard, *Declaratory judgments* (1934). El autor dice que una sentencia es "una decisión conclusiva sobre si existe o no determinada relación legal... Es la determinación final de los derechos de las partes en litigio lo que distingue la sentencia de otros medios procesales públicos de dar efecto a los derechos legales" (ps. 6 y ss.). Se citan muchas expresiones en el mismo sentido de jueces y de autores y se hace referencia especial a Gavit, *The code cause of action*, "Col. Law Rev." (1930), t. 30, p. 807, para "una explicación convincente del hecho de que los tribunales ni crean ni hacen efectivos los derechos, sino que, mediante sus sentencias, certifican el hecho de que los derechos han exis-

Esta opinión sobre la naturaleza del fallo no es corriente en la doctrina. Los juristas sostienen generalmente que la sentencia se refiere a derechos y obligaciones realmente existentes. Ésta es la consecuencia obvia de la presunción subyacente de que los derechos y obligaciones son realidades objetivas. La declaración de la sentencia sobre los derechos y obligaciones de las partes es interpretada como un juicio lógico sobre tales derechos y obligaciones. Sin embargo, puesto que ellos son entidades imaginarias, no hay nada a que pueda referirse ese pretendido juicio lógico. Se referiría a vínculos

---

tido antes y hasta ese momento, convirtiendo simplemente en coercible un derecho que hasta entonces no lo era".

Alguna vez se ha sostenido que las sentencias son *órdenes*. Así, MORRIS R. COHEN, en *Law and the social order* (1933), p. 240, dice: "Estas órdenes son habitualmente dirigidas, en primer término, a ciertos funcionarios, al ujier del tribunal, al oficial de justicia, etc., e indican lo que ellos deben hacer".

La teoría de la orden se aproxima a la verdad más que otra cualquiera en cuanto reconoce el elemento imperativo que la sentencia contiene. Pero es necesario distinguir entre órdenes en sentido propio y expresiones imperativas de la naturaleza de las que emplean las sentencias que son "imperativos independientes". No es exacto decir que el juez dirige una orden al funcionario ejecutor. Lo que hace realmente el juez al dictar una sentencia de la cual puede seguirse ejecución (en ciertas condiciones), es establecer imperativamente una *obligación* para el demandado.

COHEN continúa: "No encuentro mérito en la afirmación del profesor YNTEMA de que el fallo de un tribunal «es juzgamiento y no, esencialmente, una orden». Si la sentencia del tribunal pone en movimiento al oficial de justicia que embargará mis bienes, ¿cómo, en nombre de la empírica ciencia jurídica, puede alguien pretender que no constituye una orden?". La respuesta es, desde luego, que la actividad de las personas puede ser provocada por otros medios además de las órdenes. Una señal ferroviaria no es una orden al maquinista, no obstante lo cual él ajusta su acción en función de dicha señal porque ha sido enseñado a proceder en cierta forma cuando cierto signo está a la vista. La relación entre el oficial de justicia y la sentencia es muy semejante.

y poderes inexistentes, y por lo tanto estaría en el aire. Por esta y muchas otras razones es absurdo atribuír al juez la función de determinar derechos y obligaciones realmente existentes. Su función verdadera no es describir la realidad, sino orientar la acción de la gente. En este aspecto se halla en la misma posición que el legislador; por consiguiente, utiliza la misma técnica: la de emitir declaraciones imperativas sobre derechos y obligaciones. La sentencia puede ser definida como una ley para el caso particular modelada según el contexto de la ley general[11].

Debería, sin embargo, restringirse la definición al caso en que el litigio se sustancia totalmente y se dicta sentencia en favor del demandante. Sólo en este caso la sentencia es una reiteración de la ley civil. Cuando la demanda se rechaza, por ejemplo, por falta de prueba de algún hecho relevante, la sentencia se apoya en la ley procesal. En términos generales la ley procesal indica al juez rechazar la demanda —en forma definitiva o temporaria— cuando ciertas condiciones referentes al proceso no se han cumplido, entre ellas la condición de que los hechos relevantes respecto a los cuales el actor tiene la carga de la prueba, queden establecidos. El procedimiento es una especie de filtro de las demandas. La ley civil se aplica positivamente (vale decir, es reiterada)

[11] La definición se refiere solamente a una sentencia que contiene una *aplicación* efectiva del derecho, es decir, que se ajusta a los cánones del derecho; por cierto hay otro tipo de sentencia cuya naturaleza es evidentemente la misma en cuanto son también declaraciones imperativas sobre derechos y obligaciones. Pero sus relaciones con el derecho son distintas. Lo dicho en el texto persigue únicamente mostrar lo que significa la aplicación de las normas relativas a derechos y obligaciones; por lo tanto, sólo es necesario considerar las sentencias que contienen una aplicación efectiva del derecho.

sólo en el caso de aquellas reclamaciones que pasan a través del filtro.

Cuando una demanda es definitivamente rechazada por los tribunales, el proceso concluye. La sentencia priva al actor, en forma definitiva, de la posibilidad de que su reclamo sea aceptado por cualquier tribunal. Según las normas procesales la sentencia dictada constituirá una causa permanente de rechazo de cualquier petición fundada en las mismas causas (el principio de *res iudicata*). En cambio, cuando el fallo final se dicta en favor del demandante, la maquinaria legal comienza a actuar. El oficial de justicia surge al primer plano en lugar del juez.

También en esta etapa encontramos el problema del sentido práctico de una declaración imperativa sobre derechos y obligaciones. En la ley en pequeño que la sentencia importa, los conceptos generales tienen la misma función que en la ley general. La sentencia es una declaración imperativa sobre poderes y vínculos imaginarios. Sólo que en este caso ellos son concretos y referidos a las partes litigantes. Pero el significado verdadero de la sentencia no se detiene ahí. Ella pretende regir la acción de las personas, tal cual ocurre con el derecho en general. Las personas afectadas son principalmente el demandado vencido y los oficiales ejecutores.

Con respecto al vencido la sentencia encierra un imperativo reiterado acerca del pago de la suma estipulada, ahora con costas que la acrecientan. En este nuevo imperativo es de importancia circunstancial para las partes. Antes de la sentencia podía existir una razonable duda sobre la interpretación de la ley, sobre los hechos o sobre la posibilidad de probarlos. Toda duda de esa índole es ahora eliminada. En condiciones normales el litigio no podrá reproducirse. Sea

correcta o no la interpretación del tribunal, o su juicio sobre los hechos, la sentencia no será alterada.

Pero todo esto significaría poca cosa salvo que la sentencia, al mismo tiempo, se traduzca en el empleo de la fuerza contra el demandado para hacer efectivo el pago. También en este aspecto la sentencia es una adaptación de las normas generales al caso individual. A menos que el deudor pague voluntariamente, parte de sus bienes serán embargados a requerimiento del acreedor y vendidos, y el dinero que se obtenga se entregará a dicho acreedor. El significado real de la sentencia es ordenar esa acción.

La sentencia no describe directamente la acción del oficial de justicia. Esta materia está regulada por los procedimientos ejecutivos. La sentencia solamente indica qué cantidad de dinero debe obtenerse a expensas de los bienes del deudor. Si una sentencia condena al pago de cien libras esterlinas, ella importa para los funcionarios encargados de la ejecución una autorización para actuar según las normas procesales con el fin de trasferir al acreedor esa suma de cien libras. La posición del oficial de justicia con relación a la sentencia es análoga a la posición del juez con relación a la ley civil de fondo. Conforme a la técnica jurídica, él tiene que interpretar la declaración sobre derechos y obligaciones como orientando un acto efectivo de su parte. Sólo que los actos son distintos. Mientras el juez tiene que establecer una norma nueva derivada de las normas generales y adaptada al caso, el oficial de justicia tiene que cumplir la trasferencia efectiva de propiedad del deudor al acreedor[12].

[12] Las llamadas *sentencias declaratorias* contienen solamente una declaración de los derechos y obligaciones de las partes sin ninguna "disposición coactiva", esto es, sin ordenar la ejecución en caso de incumplimiento. No hay, sin embargo, diferencia esencial entre una sentencia

Así la técnica del derecho y la de los tribunales, que son similares, resultan fácilmente explicadas. Las declaraciones imperativas sobre derechos y obligaciones son, formalmente, declaraciones tendientes a la creación de poderes y vínculos imaginarios en un mundo ideal, "el mundo del derecho". Sin embargo, tienen su importancia práctica por ser, al mismo tiempo, normas de conducta para las personas privadas, para los tribunales y para sus funcionarios ejecutores.

La esencia de la técnica consiste en que, en la imaginación, los derechos y obligaciones están interpolados entre los hechos relevantes (p. ej., el otorgamiento de un préstamo) y la acción del juez. La intención del legislador es que cierta acción por parte del juez, esto es, cierto fallo, sea la consecuencia de los hechos previstos (cuando una demanda ha sido legalmente planteada y sustanciada). Pero la ley no lo dice con tanta claridad, y en cambio se supone que los hechos dan nacimiento a derechos y obligaciones. Se supone entonces que el juez debe establecer si esos derechos y obligaciones realmente existen en un caso concreto. Lo que el juez hace en realidad cuando decide el caso, es reiterar las disposiciones

---

de ese tipo y un fallo ordinario en favor del demandante. La sentencia declaratoria contiene una orden implícita sobre el empleo de la fuerza; determina la acción futura de los funcionarios ejecutores si fuese necesario, pero la fuerza aparece relegada a un segundo plano en mayor medida que lo usual. Una nueva decisión será necesaria para hacer efectiva la ejecución, pero esta nueva decisión estará basada en la sentencia declaratoria. Para citar al profesor BORCHARD: "Si la parte perdedora a quien se han impuesto obligaciones se muestra recalcitrante, es muy fácil, en vista de que la sentencia declaratoria es *res adjudicata*, obtener una decisión complementaria en cuyo mérito podría librarse mandamiento de ejecución" (BORCHARD, *Declaratory judgments*, 1934, p. 12). En algunos casos, por ejemplo cuando se sentencia un divorcio, el fallo produce un efecto peculiar de carácter moral.

pertinentes de la ley civil, imponiendo por lo tanto un concreto canon de conducta al demandado y ordenando una acción a los funcionarios ejecutores.

La interpolación de los derechos y obligaciones tiene cierta ventaja para la técnica legal, siendo el motivo principal que muchos hechos diferentes según la ley, determinan la misma acción del juez. Esta acción está orientada de igual manera a pesar de que los hechos en que se apoye sean diferentes. La demanda por pago de cien libras esterlinas, p. ej., puede fundarse en un préstamo, en una venta, en daños a indemnizar, o en alguna otra causa. La acción del juez será, sin embargo, la misma y estará dirigida por el mismo medio: la idea de un derecho y de su correspondiente obligación como resultante de los hechos cuestionados.

Lo mismo se aprecia en las normas relativas a la propiedad. Según la ley, el derecho de propiedad, esto es, un poder imaginario sobre una cosa, se "adquiere" de muchas maneras; por ejemplo, en virtud de una venta, de un legado, de una donación, etc. Del derecho de propiedad derivan muchas consecuencias legales, porque muchas son también las normas jurídicas vinculadas con la idea de que alguien es propietario de una cosa. Las normas sobre el castigo del robo, sobre venta de propiedades, sobre hipoteca, y tantas otras, se refieren en definitiva a la situación de dominio. En todos los casos la acción del juez, según la concibieron los legisladores, presupone la existencia de un conjunto de hechos de los cuales se desprenden los que constituyen un "título legal", es decir, los que dan origen a la propiedad.

Es fácil imaginar las complicaciones que se seguirían si se eliminase el concepto de propiedad. Si ello ocurriese, las normas sobre robo, sobre venta, etc., tendrían que referirse directamente a hechos generadores de títulos legales de ín-

dole diversa. Los mismos hechos revertirían a normas múltiples y todo el sistema legal se tornaría complicado y embarazoso. Sería posible teóricamente establecer leyes sobre esa base, pero no sería práctico hacerlo. Cuando la idea de propiedad se interpola se consigue una gran simplificación. La ley penal se refiere únicamente al derecho de propiedad, en lugar de referirse directamente a numerosos actos que tienen el mismo significado con relación al castigo del robo y de otros delitos. Pero a su vez esa idea apunta a los hechos. Se la emplea, por decirlo así, como un vínculo de conexión, como algo similar a un conmutador telefónico, entre los hechos y la acción del juez.

La conexión entre las nociones imaginarias en el derecho y en la magia

Cualquiera que sea la utilidad de los conceptos fundamentales en la técnica legal, no puede suponerse ni por un momento que ellos son deliberadamente elaborados con ese propósito. Por lo contrario, son la herencia de un largo pasado y han evolucionado muy lentamente. Ellos han sido recogidos por cada nueva generación como perteneciendo al acervo común de nociones indispensables, sin cuestionar siquiera su validez específica.

No intentaré aquí explicar el origen de las nociones ficticias en el derecho. Señalaré solamente que el profesor HÄGERSTRÖM las hace remontar hasta la magia. En su gran tratado sobre el concepto romano de obligación, ha demostrado que la *obligatio* era un vínculo místico, un *iuris vinculum* del cual el deudor podía liberarse mediante el pago de cierta cantidad de dinero. El vínculo consistía en un poder sobrenatural que el acreedor tenía sobre el deudor y que surgía de

actos o palabras con significado mágico. Si el deudor no se liberaba por sí mismo mediante el pago, se permitía que el poder del acreedor se trasformase, según el debido procedimiento, en un poder efectivo sobre el cuerpo del deudor. El derecho de propiedad era un poder sobrenatural sobre una cosa. Las viejas figuras formales de la ley, como la *mancipatio* y la *stipulatio*, son claramente mágicas, diseñadas para crear o trasferir los poderes sobrenaturales. La doctrina legal, fundada por los sacerdotes, era principalmente una ciencia sobre esos poderes[13].

Indudablemente la magia tenía gravitación más importante en la ley antigua. Más tarde fue disminuyendo la importancia del formalismo y quedó en cierta medida oscurecida la primitiva manera de pensar. Debido a la influencia de la filosofía griega se introdujo un elemento ético que era totalmente desconocido en la vieja doctrina, pero sin embargo el efecto de ese factor fue solamente superficial. En lo fundamental la doctrina clásica de las primeras centurias antes de Jesucristo retuvo los antiguos conceptos y los antiguos métodos, pero frases como la que definía la jurisprudencia como "*ars boni et aequi*", etc., han influído en grado importante en el modo de pensar de los intérpretes modernos del derecho romano.

Las pruebas aportadas por Hägerström en apoyo de su explicación del derecho romano, son abrumadoras, y no dudo que una explicación similar podría extenderse a todo el conjunto del derecho antiguo. Las concepciones mágicas son muy diferentes a través de épocas distintas y entre pueblos

[13] Una pequeña contribución al conocimiento de la base mágica de la propiedad en el derecho romano, la constituye mi ensayo sobre *La adquisición de la propiedad en el derecho romano* (Lunds Universitets Arsskrift, 1938, Lund & Leipzig, 1938).

diferentes, pero el pensamiento en función de magia es probablemente un rasgo común en todo el derecho primitivo.

No quiero sugerir con esto que el temor a una sanción sobrenatural automática haya sido el único y ni siquiera el principal elemento de apoyo del derecho primitivo. El profesor MALINOWSKI ha demostrado en su obra *Delito y costumbre en la sociedad primitiva* (1926) que no es éste el caso de la Trobrianders, y probablemente esto sea verdad también respecto del derecho primitivo en general.

No debemos caer en la excesiva simplificación en materias de esta índole, pues las fuerzas que sustentan el derecho son muchas y complejas tanto en la sociedad moderna como en la primitiva. Lo único que quiero anotar es que en su origen las nociones jurídicas, como el derecho de propiedad, etc., han tenido un efectivo carácter mágico. Hasta donde es de mi conocimiento esto se ha probado en forma definitiva solamente con respecto al derecho romano, pero sin embargo los elementos de juicio de que se dispone sobre el derecho primitivo en general, parecen apuntar en el mismo sentido.

Sería un error identificar los conceptos y formas modernos con las de la sociedad primitiva. Hay por cierto una gran diferencia. En nuestros días la compra de un paquete de cigarrillos no está rodeada por la misma especie de creencias que las aplicadas a la ceremoniosa emancipación de un esclavo en la antigua Roma. Pero probablemente hay una afinidad entre ambos actos mucho mayor que lo que comúnmente se cree. La cadena de evolución nunca ha sido rota. No podemos decir: aquí se detiene la magia y comienza el pensamiento plenamente racional. El pensamiento moderno en materia jurídica dista de ser totalmente racional. Usamos

efectivamente nociones de derechos, obligaciones, etc., sin captar el hecho de que esas nociones son imaginarias.

Tal vez llegaríamos al punto más cercano posible a la verdad si dijéramos que hemos conservado la estructura mágica exterior en materia jurídica, mientras ha ido desvaneciéndose la creencia específica en fuerzas sobrenaturales. Hablamos de derechos y obligaciones que nacen de contratos y otros actos, y con ello entendemos que se han creado en su consecuencia poderes y vínculos imaginarios. Pero no creemos en rigor, hasta donde yo puedo apreciarlo, que con eso ocurra efectivamente algo de orden sobrenatural. Debería tenerse en cuenta, sin embargo, que el pensamiento moderno no es consistente y pueden anotarse muchas variantes en su exteriorización. Mágica pura actual es la coronación del rey de Inglaterra, y en alguna medida se cree en dicha magia, al menos con cierto grado de convicción. Por otra parte, ¿quién hablaría de magia cuando dos Bancos cancelan una serie de reclamos recíprocos? Entre esos dos extremos hay muchos matices, pero este problema exigiría un estudio especial. Para el propósito del presente tratado es suficiente señalar el hecho de que empleamos nociones imaginarias en materia jurídica y explicar cómo las usamos.

Por qué se prescinde de la naturaleza imaginaria de los derechos

Podría preguntarse, sin embargo, cómo es posible que usemos nociones imaginarias de esa manera y con tal frecuencia, sin darnos cuenta del hecho de que son imaginarias. No es difícil encontrar la explicación. En primer lugar podemos señalar la importancia de los hábitos de pensamiento que se han trasmitido de una generación a otra desde los pri-

meros tiempos. Es bien conocido cuán profundamente arraigados están esos hábitos, y bastaría referirse en ese sentido al campo religioso. Su poder para desafiar y aun eliminar por completo la crítica, es sorprendente, y ese poder se fortalece por el hecho de estar insertados en la técnica legal. Por este motivo son particularmente rígidos. No podemos hablar del problema jurídico más simple sin emplear las nociones de derechos y obligaciones. No puede sorprender que los derechos y las obligaciones sean aceptados sin análisis como realidades, aunque nadie pueda captarlos[14].

Además, el interés se centra en las consecuencias prácticas que se entiende derivan de un derecho y no en el derecho mismo. En la vida práctica nadie se preocupa de verificar si nuestras nociones jurídicas corresponden a realidades. Lo que importa es la seguridad del poseedor de un derecho y su aptitud para poner en movimiento la maquinaria legal. Estas ventajas son altamente apreciadas porque constituyen la base del bienestar individual, del poder y de la riqueza. Las ventajas efectivas derivadas de los derechos son algo dis-

[14] La incapacidad de los juristas para concebir un derecho sin facultades y obligaciones está bien ilustrada en una observación del profesor ALLEN. Refiriéndose a las teorías de DUGUIT y de LUNDSTEDT dice el profesor ALLEN: "Me propongo en esta clase considerar dos teorías, una de las cuales sostiene que el derecho consiste solamente en obligaciones, y otra según la cual el derecho no consiste ni en derechos ni en obligaciones, sino en... y aquí me detengo, porque no es fácil apreciar en qué puede consistir en ausencia de ambos elementos" (G. H. ALLEN, *Legal duties*, 1931, p. 157). Conf.: POLLOCK, *First book of jurisprudence* (6ª ed., 1929), p. 111: "El derecho trata necesariamente de las facultades y obligaciones de las personas... Como consecuencia de los actos y de los hechos las personas entran en relaciones entre ellas y con las cosas, relaciones capaces de engendrar derechos, obligaciones y reclamos, *porque la eficiencia del derecho no contempla otra cosa*" (las bastardillas son mías).

tinto de los derechos mismos; pero como erróneamente se considera que derivan de los derechos, éstos son tan altamente apreciados como aquéllas.

No se hace la debida distinción entre ideología y realidad objetiva. Se cree que el actual estado de cosas está firmemente vinculado a la existencia de los derechos. Nunca entra en la cabeza de las personas la idea de que los derechos solamente existen en la imaginación. Aun la existencia de la maquinaria legal parece inconcebible sin los derechos. No puede entenderse que un orden social, con análogo grado de seguridad, se mantendría aunque nadie tuviese la más vaga idea de esos poderes imaginarios, los derechos.

La confusión entre ideología y realidad social es particularmente explicable porque el derecho imaginario se asocia en general con medidas especiales de seguridad y con la aptitud efectiva para poner en movimiento la maquinaria legal en caso de infracciones. La persona a quien se atribuye un derecho según la ley, tiene, en conjunto, una posición especial en aquel aspecto, en contraste con los demás. Las ventajas efectivas parecen ser la secuencia inmediata del derecho.

Así la implicancia aparente de los hechos fortifica los hábitos arraigados de pensamiento. Pero esos hechos son erróneamente interpretados. La posición ventajosa del titular de un derecho (posición que en algunos casos comparte con personas que no tienen derecho alguno según la ley), no es realmente una consecuencia de ese derecho. Porque el derecho, siendo imaginario, no puede producir efecto en el mundo real. Las ventajas en cuestión dependen principalmente del funcionamiento de la maquinaria legal; esto es lo que mantiene la seguridad real y provee las oportunidades de utilizar la fuerza para la consecución de los intereses propios. La noción de un derecho, como hecho psicológico, es sin duda de impor-

tancia en relación a la maquinaria legal. Obra para estabilizar las condiciones en la vida social y sirve de apoyo a la maquinaria legal, pero esto es algo distinto de la afirmación de que el derecho en sí mismo es la causa o el fundamento de tales ventajas.

Las nociones de derechos y obligaciones se utilizan también en gran medida sin vinculación alguna con la maquinaria legal. Tal es el caso, por ejemplo, en las relaciones internacionales. Las naciones afirman, cada una frente a las otras, sus derechos sagrados a la autodeterminación, a la igualdad, a la compensación por perjuicios, etc. No se puede vincular aquí los derechos con una maquinaria legal, ya que no existe tal cosa en el campo internacional. Aun dentro de un Estado se afirman con frecuencia derechos sagrados sin el sustento de la maquinaria legal y aun en oposición a las normas efectivamente establecidas, como por ejemplo en la lucha de clases.

La doctrina jurídica se refiere genéricamente a esos derechos como a "derechos naturales", y se dice con frecuencia a su respecto que no son verdaderos derechos sino meras expresiones de deseos y de intereses. No es ésta, sin embargo, la manera correcta de establecer la diferencia. Se olvida que ni aun los así llamados derechos positivos son reales. Ambas clases de derechos son poderes imaginarios. La diferencia consiste en que solamente los "derechos positivos" tienen en general como corolario una seguridad y un poder efectivos como secuela del funcionamiento normal de la maquinaria legal. Este fenómeno paralelo seduce a la doctrina llevándola a creer que los derechos positivos son realidades, y en consecuencia solamente se describen como irreales los derechos naturales.

Pero para el sentir popular los derechos naturales son tan reales como los positivos. Para explicarlo debemos referirnos una vez más a los arraigados hábitos de pensar. Más aún, el significado emocional de los conceptos surge al primer plano. La idea de sentirse sostenido por un poder de más alta jerarquía otorga un sentimiento de fuerza. Se cree de manera imprecisa que ese poder invisible se trasformará tarde o temprano en poder efectivo, y la idea de ser ello inevitable está comprendida en la idea de los derechos. Por lo tanto, cuando un hombre tiene la convicción de estar apoyado por el derecho, experimenta el sentimiento de no luchar librado a sus propias fuerzas. Está comprometida otra fuerza y ésta puede decidir la victoria. En toda guerra, en toda lucha contra la opresión, esta manera de pensar es de importancia máxima. Los adeptos de una causa se estimulan con un sentimiento de fortaleza o por la creencia en el éxito inevitable; los adversarios están sujetos a una presión psicológica que algunas veces puede ser muy efectiva.

Cuando un derecho se convierte así en un arma en la lucha, no se admite duda sobre la verdad de su aserción, ya que ello minaría la fuerza de la causa, tal como un general no concebiría desmantelar sus cañones. Es verdad que los adversarios pueden sentirse inclinados a la crítica, pero esta crítica no se dirige a la idea del derecho como tal y solamente sostiene que su propio derecho es el verdadero. No hay sitio en ninguno de los campos para el observador neutral que solamente quiere investigar qué es lo que realmente ocurre.

Es importante observar, por último, cuán estrechamente la idea de un derecho está asociada con la palabra. Una figura geométrica como un triángulo o un cuadrado puede describirse adecuadamente sin usar las palabras triángulo o cuadrado. El significado será el mismo, siempre que la des-

cripción sea precisa. Pero ello no ocurre con conceptos como el de un derecho. Aquí la palabra usual para expresar el concepto es esencial. Creemos que esa palabra significa una realidad objetiva, creencia que es una ilusión, como lo hemos visto. Lo que tenemos en la mente es, en modo primario, la palabra por sí misma. La realidad imaginada no está aún claramente concebida; por lo tanto, el cuadro mental se altera cuando se prescinde de la palabra y se la reemplaza por otras.

De la manera en que se emplea la palabra resulta aparente que ella significa un poder. Tener un derecho se representa como ser capaz de hacer algo o de reclamar algo. Pero este poder es inaprehensible, y por lo tanto su naturaleza no puede ser descrita adecuadamente sin emplear la palabra "derecho". Algo se pierde cuando se emplean otras palabras. No reconocemos exactamente el derecho cuando no se lo llama derecho sino alguna otra cosa. La palabra tiene así peculiar importancia. Se identifica con la cosa que se cree significa, o aun ocupa el lugar de ella.

Esta situación psicológica contribuye a prevenir la crítica. Como la idea del derecho está tan íntimamente unida a la palabra, es necesario un esfuerzo especial para aislar la idea de la palabra y considerarla críticamente. Tal aislación es necesaria si ha de captarse el significado de la idea; pero es difícil realizarla, precisamente porque un derecho no es reconocido como tal cuando se lo describe con otras palabras. Por el mismo motivo con frecuencia se rechaza como no convincente una explicación crítica del concepto. Se dice así que la definición del derecho imaginado como un poder ideal o sobrenatural es sólo aproximada. Se afirma que no es lo que entendemos por un derecho. Aun una clara exposición de los hechos es con frecuencia insuficiente para superar la dificultad psicológica de separar la idea de la palabra.

IV

EL DERECHO Y LA FUERZA

Volvamos al problema del derecho y de la fuerza. El lector habrá reflexionado ya que si el derecho no es obligatorio en el sentido tradicional, si se trata solamente del efecto psicológico de algunos imperativos independientes, si no hay en realidad ni derechos ni obligaciones, lo que llamamos derecho debe ser esencialmente fuerza organizada, y en realidad es así. La conclusión es ineludible si nos atenemos a los hechos.

Sería un error, sin embargo, satisfacerse con un concepto tan general. Ocasionalmente se encuentran afirmaciones de ese tipo en la literatura jurídica o en la relativa a problemas sociales, pero ellas tienen poco valor si el tema no se desarrolla detenidamente. Intentaré hacerlo aunque sólo sea en líneas generales y en forma fragmentaria. Para comenzar es adecuado tener presente el uso efectivo de la fuerza dentro de la organización del Estado.

El uso efectivo de la fuerza en la organización del Estado

En toda comunidad se aplica constantemente la fuerza por medio de los agentes del Estado, en especial de tres maneras: medidas de policía contra disturbios, aplicación de

castigos, y ejecución de sentencias civiles. En los tres casos la coacción o violencia física es el último expediente. No sólo se la emplea para dispersar multitudes peligrosas cuando es necesario y para mantener la paz en general; es también un instrumento imprescindible en la aplicación regular del derecho civil y del penal. En el derecho penal se emplea la violencia efectiva en la persona del delincuente bajo la forma de pena capital o de prisión. Aun en derecho civil se emplea a veces la coacción física contra una persona (por ejemplo, cuando se expulsa por la fuerza al detentador de un inmueble o cuando se aplica la prisión por deudas); como regla, en materia civil no es necesaria la violencia contra la persona, pero no debe olvidarse que la fuerza física es también en esa materia la base de ejecución. Así los bienes del deudor son embargados para cubrir su deuda si él no los entrega pacíficamente. También en derecho administrativo se recurre a la fuerza física cuando es necesario. Por lo tanto, en todo el campo del derecho sus disposiciones se hacen efectivas, en último extremo, por la fuerza física o violencia.

Sin embargo, la violencia efectiva aparece en los hechos relegada a segundo plano, por cuanto es más común el funcionamiento suave y regular de la maquinaria legal. En este aspecto muchos Estados modernos han tenido éxito en tal medida, que constituye casi un milagro si se considera la naturaleza humana. En condiciones adecuadas el empleo de la violencia en su sentido propio es tan limitado que pasa casi inadvertido.

Tal estado de cosas es propicio para suscitar la creencia de que la fuerza es extraña al derecho o que es de importancia secundaria. Esto constituye, sin embargo, una ilusión fatal. Es condición esencial para reducir la aplicación de la violencia en esa medida, la existencia de una fuerza organi-

zada de poder abrumador comparado con el de cualquier posible oponente. Ése es, generalmente, el caso de todo Estado organizado en líneas modernas. De ello deriva el convencimiento de la inutilidad de la resistencia. Quienes deben aplicar la fuerza en materia penal o en materia civil ordinarias, son, es verdad, pocos, pero están cuidadosamente organizados y tienen que encarar en cada caso solamente uno o pocos individuos. Contra un conjunto mayor de elementos subversivos puede aun recurrirse a las fuerzas armadas, que cumplen la función de la "flota de reserva" rara vez empleada en batalla abierta, pero que a pesar de ello domina el mar.

En lo que diré a continuación usaré el término *fuerza* incluyendo tanto la violencia efectiva como la influencia ejercitada por la concentración de un poder superior que puede asumir, si es necesario, la forma de una real violencia física. El problema consiste en definir la función de la fuerza. en ese sentido, dentro del derecho.

El contraste derecho-fuerza

Según una vieja y bien conocida corriente de ideas, el derecho y la fuerza se consideran cosas antagónicas. Se presenta la fuerza como opuesta al derecho; pero considerando con qué extensión se emplea la fuerza bajo el nombre de derecho en la organización del Estado, esa oposición resulta claramente falsa. El derecho, tal cual se lo aplica en la vida real, incluye un cierto tipo de fuerza. Es una fuerza organizada y regulada que se emplea contra criminales, deudores y otros según los moldes establecidos por los legisladores. Pero el concepto de fuerza en sentido genérico no puede ser contrapuesto al de determinado tipo de fuerza. El ladrón y el asesino emplean la fuerza para cometer sus crímenes, pero no puede

negarse que también se usa la fuerza cuando se les aplica el castigo.

La falsa contraposición se apoya en una concepción metafísica del derecho. Es el concepto del derecho que comprende un poder sobrenatural: el poder de obligar en el sentido de imponer obligaciones. Este poder superior sí sería opuesto a la fuerza, o poder efectivo.

Tan pronto como se verifica que el derecho no es otra cosa que un conjunto de hechos sociales, toda esa diferencia se desvanece. El derecho incluye fuerza o, más exactamente, existe en todo Estado una organización de abrumadora fuerza que funciona según las normas llamadas derecho. Por medio de esa organización se mantienen en jaque otras formas de fuerza. Naturalmente se contempla la fuerza legal organizada bajo otra luz que la fuerza de carácter ilegal. Generalmente la apoya la opinión pública y la aureola una reverencia tradicional, ya que constituye un elemento necesario de la organización de que depende nuestro bienestar y aun nuestra existencia. Pero esto no altera su naturaleza esencial objetiva.

Hay sin duda una tendencia general, más o menos inconciente, a presentar la fuerza organizada del derecho como algo distinto de la mera fuerza. Se oscurece su verdadero carácter a través de ideas y expresiones metafísicas. No se dice francamente, por ejemplo, que la función de los tribunales de justicia es decidir sobre el uso de la fuerza; se dice, en cambio, que su función es "administrar la justicia" o declarar los "derechos" y "obligaciones". Y en realidad es la misma cosa. Las declaraciones de los tribunales concernientes a derechos y obligaciones son declaraciones imperativas por medio de las cuales los funcionarios públicos dirigen el uso de la fuerza. Pero este hecho se oscurece o se relega a segundo plano, al

interpretarse erróneamente la sentencia como una decisión, en sentido lógico, sobre derechos y obligaciones existentes.

Al analizar científicamente el derecho debemos distinguir cuidadosamente los diferentes elementos que integran las situaciones de hecho. Por una parte existe una fuerza organizada y las formalidades según las cuales se la emplea; por la otra encontramos reacciones a ese uso de la fuerza en las mentes humanas y en las ideas tradicionales concernientes a su naturaleza. El error que debe evitarse es aceptar el concepto tradicional como representación de los hechos, porque eso lleva a confundir la ideología con la realidad objetiva.

¿Está el derecho garantizado por la fuerza?

También se presupone la concepción metafísica del derecho cuando se dice que el derecho está *garantizado* por la fuerza. ¿Qué otra cosa podría entenderse por "derecho" en ese aspecto sino derecho en sentido metafísico, incluyendo un poder ideal y sobrenatural? Sería imposible sostener que los imperativos independientes están garantizados por la fuerza, que estas expresiones y descripciones de situaciones imaginadas y de las acciones que ellas provocan, están garantizadas, por ejemplo, por las medidas de policía.

Es evidente, desde un punto de vista realista, que lo que la fuerza organizada garantiza es un determinado estado de cosas en la comunidad: condiciones pacíficas en general, una distribución preestablecida de poderes sobre bienes y mercaderías, etc. Ese real estado de cosas es consecuencia del uso de la fuerza con arreglo al derecho. Sin el uso continuado de tal fuerza no podría ser mantenido. En este sentido está garantizado por la fuerza. Pero el derecho no se identifica con el estado real de cosas. Es un cuerpo de normas que determina

(según la opinión corriente) cuál *debe* ser el verdadero estado de cosas. Se considera a ese cuerpo de normas como investido de un poder vago e indefinido: el poder inmanente de su "fuerza obligatoria", el poder de crear derechos y obligaciones; y lo que se entiende realmente cuando se dice que el derecho está garantizado por la fuerza es que dicho poder está respaldado por una fuerza efectiva.

La misma idea está contenida en el dicho corriente de que los *derechos* están *protegidos* por la fuerza. La expresión "derecho" no se aplica aquí, por cierto, a la situación real de que comúnmente goza una persona a la que se atribuye un derecho. Lo que significa, aquí como siempre, es un poder imaginario. De una manera vaga se piensa que ese poder imaginario está protegido mediante las sanciones. Como tal poder no existe realmente, sino en la imaginación, no puede ser protegido efectivamente por medida alguna del mundo real. Lo que en verdad ocurre es que como consecuencia de la aplicación normal de la fuerza conforme al derecho, se crea habitualmente (aunque no siempre) una situación favorable para la persona a la cual se atribuye legalmente un derecho. En otras palabras: es un efecto de la maquinaria legal crear —en la mayor parte de los casos— en la realidad objetiva, una contrapartida del poder imaginario. Pero esto es algo distinto de la protección real del poder inexistente incluído en el derecho. Por lo tanto, no se define correctamente la función de la fuerza diciendo que ella consiste en dar protección a los derechos existentes.

La distinción entre las normas primarias y secundarias

Fundándose en la idea de que el derecho está garantizado por la fuerza, las leyes civiles y penales se clasifican corrien-

temente en dos clases de normas de distinta categoría: normas primarias o leyes sustantivas, y normas secundarias. Las normas primarias son aquellas que establecen derechos y obligaciones para los ciudadanos declarando, por ejemplo, que el comprador de una cosa adquiere un derecho de propiedad sobre ella y que determinados actos, como el asesinato, el robo, etc., no deben cometerse. Las normas secundarias son aquellas concernientes a las sanciones que se aplicarán cuando se violen las normas primarias. Ellas ordenan al juez imponer una sanción y a otros agentes ejecutarla.

Hasta cierto punto la división se aplica a las leyes en materia civil. En general están formuladas como normas relativas a derechos y obligaciones de personas privadas. Las normas secundarias, sin embargo, no se encuentran generalmente formuladas en leyes. Se dispone solamente, por ejemplo, que la propiedad se adquirirá en tal o cual forma y se deja al juez deducir las consecuencias de tal afirmación. Aplicando reglas de interpretación y técnica legal en general, él tiene que trasponer la norma a fin de obtener un canon de su propia acción en el caso que se le somete (una norma "judicial").

El derecho penal, por lo contrario, formula generalmente normas sobre el proceder del juez. En la mayor parte de los casos se dice solamente: el asesinato, el robo y otros actos serán castigados de tal o cual manera. Se considera superfluo decir expresamente que esos actos no deben cometerse. Las así llamadas normas primarias en este campo son elaboradas por la doctrina sobre la base de las normas de acción dictadas por los jueces.

Esas distintas fórmulas no son, sin embargo, esenciales. Responden a motivos de conveniencia y han surgido por influjo de la tradición legal. Sería un mal argumento aducir

tales fórmulas sea en favor o en contra de la división de las leyes en normas primarias o secundarias. Lo interesante es si esta división se funda o no en una diferencia real. La estructura del sistema legal ¿justifica que hablemos de dos conjuntos de normas en diferentes niveles?

La contestación debe ser negativa. Tanto el derecho civil como el penal están integrados por normas que regulan al mismo tiempo la conducta de las personas privadas y la acción de los funcionarios. Los legisladores procuran imponer cierta manera de comportamiento a la población en general, pero para lograrlo es necesario fijar normas sobre el empleo de la fuerza por los miembros de la organización estatal.

Cuando la ley civil establece derechos y obligaciones para los ciudadanos, su significado no es solamente presentar un canon de conducta al público, sino también sentar reglas para la decisión de los litigios civiles. Pero a la vez el significado de una sentencia es, esencialmente, determinar el empleo de la fuerza. O bien abre la puerta a medidas ejecutorias o las declara definitivamente improcedentes. El código civil es, por lo tanto, un cuerpo de normas legales sobre el empleo de la fuerza por los funcionarios, así como de normas legales de la conducta de las personas privadas. Es obvio que lo mismo ocurre en materia penal.

Es muy explicable que las normas para la conducta de las personas privadas no se formulen como reglas de prudencia, diciendo: si usted desea evitar tal o tal sanción, debería hacer esto o aquello. Los legisladores no quieren que la población viva según la ley sólo por temor a las sanciones. Es deseable crear y mantener un sentimiento de que las normas jurídicas deben ser obedecidas incondicionalmente. Se usa, por lo tanto, el modo imperativo. Pero no debe permitirse que

este modo oscurezca el hecho de que tales normas son solamente el reverso de las normas relativas a la fuerza.

La ilusión de que las normas primarias tienen un significado independiente se basa en definitiva en la creencia de que ellas, real y objetivamente, crean esos derechos y obligaciones ideales de los cuales hablan. Se las considera así como teniendo un efecto peculiar e independiente del empleo de la fuerza. El derecho existe —según la expresión corriente— tan pronto como se producen los hechos que le dan origen. Es anterior al uso eventual de la fuerza para su "protección".

Este supuesto efecto de las normas primarias es ilusorio, ya que a través de ellas no se establecen realmente derechos ni obligaciones. El único efecto de las normas es su influencia en las mentes de la gente —los ciudadanos y los funcionarios— al determinarlos a actuar de determinada manera. Las ideas de derechos y obligaciones se utilizan como medios de describir las acciones deseadas y también para obrar sobre los sentimientos de los individuos. Solamente esas ideas son realidades, y los poderes y vínculos llamados derechos y obligaciones no tienen existencia objetiva. Es imposible, por lo tanto, fundar una distinción científica sobre la premisa de que ciertas normas, a diferencia de otras, pueden generar por sí mismas poderes y vínculos.

El derecho consiste principalmente en normas sobre la fuerza

En consecuencia, los modos tradicionales de definir las relaciones entre el derecho y la fuerza, deben descartarse. No es posible sostener que el derecho, en un sentido realístico, está garantido o protegido por la fuerza. La verdadera situación es que el derecho —el cuerpo de normas resumido en

el concepto de derecho— consiste principalmente en normas *concernientes* a la fuerza, normas que contienen cánones de conducta para el ejercicio de la fuerza.

Debe tenerse presente, desde luego, que al mismo tiempo las normas contienen cánones de conducta para los ciudadanos privados. Pero estos cánones o reglas son solamente otro aspecto de las normas sobre el uso de la fuerza, y estas normas son el factor decisivo. Los ciudadanos tienen que decidir su conducta conforme a ellas. Normas sobre "derechos" y "obligaciones" que no son al mismo tiempo normas para el uso de una fuerza irresistible, son de utilidad escasa en la vida real. Antes que aceptar el criterio tradicional de clasificación de las normas jurídicas en primarias y secundarias, preferiría llamar primarias a las normas sobre la fuerza y secundarias a aquellas relativas a la conducta de los ciudadanos. Pero esto no sería exacto, pues en realidad las normas del derecho civil como las del derecho penal, son simultánea e inseparablemente reglas para los ciudadanos privados y para el empleo de la fuerza por los funcionarios. Se trata solamente de aspectos distintos de las mismas normas. Pero creemos estar en lo cierto al definir el derecho como un conjunto de normas relativas a la fuerza, ya que todo revierte en torno del uso regular de la fuerza.

Fuera de la órbita del derecho civil y del derecho penal, en el derecho administrativo, existe un vasto conjunto de normas que no conciernen directamente al empleo de la fuerza (por ejemplo, normas sobre educación, salubridad, comunicaciones, etc.); ocasionalmente la fuerza es necesaria aun en este campo, aunque en general los funcionarios aplican esas normas por métodos distintos. Pero todas esas normas jurídicas suponen una fuerza organizada que las respalda, y ellas presuponen a su vez que la fuerza se emplea según las

normas del derecho civil y del derecho penal. Cualquiera que sea la importancia de estas normas administrativas en nuestra época, ellas deben considerarse como un agregado al cuerpo legal central que consiste en normas sobre el empleo de la fuerza. Puede agregarse que la misma Constitución consiste en normas que conciernen indirectamente el uso de la fuerza, en cuanto ellas regulan la implantación de leyes civiles y penales. Más aún, en tanto en cuanto la Constitución reglamenta el comando de la fuerza militar y de la policía, ella concierne directamente al uso de la fuerza.

La necesidad de la fuerza organizada

Sin duda la vida social debe apoyarse en el derecho. Pero no en el derecho en sentido metafísico, es decir, el derecho imaginario ubicado por encima de los hechos con su supuesta "fuerza obligatoria". No, nuestra vida social se apoya en el derecho efectivo, en el derecho como hecho, tomando el concepto en su más amplio sentido comprensivo de la fuerza organizada que se utiliza según las normas llamadas leyes en sentido restringido.

Esta fuerza organizada constituye efectivamente el espinazo de nuestra comunidad tal cual ella existe, y es absolutamente indispensable para su subsistencia. No podemos concebir una comunidad —al menos según las condiciones modernas— que no se apoye en una fuerza organizada; sin ésta no existiría seguridad real alguna ni aun para el mero hecho de subsistir. Las reservas ocultas de odio, de apetito de venganza, de egoísmo ilimitado, irrumpirían de manera destructora si no fuesen frenadas por la presencia de la fuerza, inconmensurablemente superior a la de cualquier individuo o a la de cualquier organización privada. Los hombres nece-

sitan ser domesticados para poder convivir pacíficamente. Pero hacerlo en tan gran escala como es necesario presupone una fuerza inconquistable. Ni la distribución de la propiedad podría mantenerse sin la ayuda de la fuerza. No es necesario haber visto mucho de la lucha desesperada por el lucro, por la riqueza y aun por la mera subsistencia, para apreciar la necesidad de la fuerza a fin de conservar los límites entre mío y tuyo. El orden económico existente sería inevitablemente destruído por despojos arbitrarios si no estuviese afianzado en la fuerza. Los poderes efectivos de que gozan propietarios, acreedores, directores de compañías, accionistas, etc., dependen del empleo de una fuerza irresistible con arreglo al derecho. Sus poderes existen en virtud del funcionamiento regular de la maquinaria legal como conjunto y se derrumbarían si esta maquinaria dejase de actuar.

Pero no sólo en una sociedad capitalista es necesaria la fuerza para el mantenimiento de las relaciones de propiedad. Aun si toda propiedad fuese "atribuída al Estado", esto es, colocada bajo el control directo de funcionarios, la fuerza organizada sería indispensable. Los funcionarios serían incapaces de mantener su fiscalización si no estuviesen respaldados por una fuerza insuperable.

Es también una ilusión que la *igualdad* en la distribución de la propiedad tornaría innecesaria la fuerza. Suponiendo que se lograse una definición razonable de "igualdad" y que la distribución de la propiedad se hiciese efectiva sobre ese molde, la fuerza sería, no obstante, indispensable. Esto puede afirmarse con plena seguridad y sin experimentación, con la base única de la psicología elemental. No hay motivo para suponer que el pueblo aceptaría complacido tal distribución si tuviese una posibilidad de oponerse, esto es, si una fuerza superior no le impidiera hacerlo. El ansia de poseer mayor

riqueza o mayor poder que los otros no será extirpada de la mente humana. En realidad sería probablemente más difícil conservar una igual distribución de la propiedad que otra que no lo sea, ya que la primera presupondría una hasta ahora desconocida y radical eliminación del egoísmo de los más fuertes, emprendedores y valerosos miembros de la comunidad.

Verdaderamente no necesitamos recurrir a la imaginación para diseñar un cuadro de la situación bajo un "derecho" que no sea esencialmente un cuerpo de normas sobre el empleo de la fuerza organizada. El campo internacional nos provee una descripción de semejante estado de cosas. El así llamado derecho internacional es un derecho de esa índole. Las normas que son proclamadas por escritores y políticos como "obligatorias" para los Estados en sus relaciones recíprocas, establecen derechos y obligaciones para ellos. Pero esas normas no corresponden a otras normas sobre el uso de la fuerza por algún "superestado" u organización internacional. Por lo tanto, solamente se asemejan a un aspecto de las leyes civiles, es decir, aquel que concierne a la conducta de los ciudadanos. Les falta el otro aspecto del derecho, el que constituye su fortaleza, las normas sobre la fuerza a ser empleada por los funcionarios.

Es superfluo insistir aquí en las consecuencias de la falta de una organización común de la fuerza en el campo internacional. El armamentismo en aumento, las guerras periódicas, y aun la amenaza latente de guerras en épocas de paz aparente, son claras exteriorizaciones de lo que realmente significa la ausencia de tal fuerza. Elimínese la fuerza organizada dentro de un Estado y las consecuencias serán similares aunque todavía más desastrosas. Disfrutamos al menos de paz y seguridad internas dentro de las órbitas de los distintos Estados, garantizadas por sus respectivas organizaciones. Si

éstas se eliminasen surgirían múltiples facciones en lucha y sería así imposible mantener la maquinaria económica indispensable para satisfacer las necesidades de nuestras congestionadas poblaciones. En realidad, sólo podemos imaginar vagamente lo que se seguiría de la completa eliminación de la fuerza organizada del Estado. Difícilmente tenemos oportunidad de apreciar tal fenómeno en la vida real. Nunca se permite que las cosas lleguen tan lejos porque es demasiado fuerte el ansia por una organización, que es la única capaz de asegurar la paz y la seguridad.

Se aprecia así que la necesidad de una fuerza organizada en nuestras comunidades está fuera de discusión; pero ¿cómo esa fuerza influye en la vida social, por cuáles medios y a través de qué instrumentos fiscaliza nuestras acciones? Más adelante se discutirán algunos hechos cardinales que conciernen a este infinitamente complicado problema. El problema central consiste en las relaciones entre el uso regular de la fuerza y los niveles morales predominantes, pero anotaré en primer término que los resultados principales del empleo de la fuerza no son sus efectos inmediatos sino los indirectos.

La influencia de la fuerza es primordialmente indirecta

El efecto inmediato del uso de la fuerza es solamente el sufrimiento inmediato de quienes son encarcelados o castigados en alguna otra forma o a quienes se priva de los bienes de que disfrutaban. Desde otro punto de vista, esas sanciones satisfacen a otros en su apetito de revancha o asegurándoles la cobranza de sus créditos o el reconocimiento de sus reivindicaciones. Indudablemente esos efectos son importantes para aquellos a quienes concierne, pero es grave error imaginar que el significado social de la fuerza organizada se agota con

esos efectos inmediatos. Considerarlo así importaría tergiversar todo el planteamiento. El uso persistente de la fuerza produce efectos mucho más allá de aquellos que experimentan las personas directamente implicadas.

Si se acepta que el significado social de la fuerza organizada consiste solamente en el resultado de las sanciones en determinado número de casos individuales, deberíamos aceptar que la conducta del pueblo en general no es influída por la existencia de esta fuerza. Esto significaría dar por admitido que el pueblo vive pacíficamente y obedece a la ley por motivos ajenos al empleo de la fuerza. Las sanciones aparecen entonces como exigidas solamente porque en determinados casos se producen actos legales, y su función se presenta como la "reivindicación de la justicia" o la "rectificación de los errores" en esos casos individuales. Esto es una grave equivocación. Para ubicar el significado social de las fuerzas organizadas debemos mirar más allá de las sanciones individuales y apreciar sus efectos generales sobre el conjunto de la comunidad, sobre la conducta de todos dentro de la comunidad.

Los efectos inmediatos de las sanciones individuales carecen relativamente de importancia en cotejo con la presión general que ejerce en las mentes la existencia de la fuerza organizada. La conciencia general del hecho de que una fuerza irresistible se aplica regular y sistemáticamente con arreglo a la ley, produce efectos de largo alcance sobre los cuales edificamos nuestra existencia toda. Cada individuo debe tener en cuenta el empleo constante de la fuerza —que es por completo independiente de sus deseos—, como debe tener en cuenta las condiciones climáticas del país o los medios de subsistencia que le ofrece. Prescindir totalmente del derecho —y el derecho no sería otra cosa que palabras vacías si no se aplicase la fuerza según sus disposiciones— sería tan estúpido co-

mo vestirse en la latitud de Estocolmo como lo hacen los nativos de las islas del Pacífico. Prestamos al problema tan poca atención como a la necesidad de usar la vestimenta adecuada. La necesidad se hace sentir por sí misma en forma tan imperiosa que no deja margen a la duda. Esta presión inflexible sobre millones de personas cuyas acciones mantiene dentro de ciertos límites, es de infinitamente mayor importancia para la comunidad que los efectos inmediatos de las sanciones aplicadas. Los sufrimientos de algunos millares de criminales, la trasferencia de propiedad de deudores a acreedores en determinados casos, son materia trivial comparada con el hecho de que la gente en general se abstiene de hechos calificados como crímenes, que paga sus deudas, etc.

Por diversas razones se prescinde fácilmente de la influencia indirecta de la fuerza organizada. En especial en la doctrina legal y en la filosofía del derecho, la atención se concentra preponderantemente en la sanción individual con total olvido de las consecuencias indirectas. Una razón de este miope punto de vista es no considerar el temor a las sanciones como el motivo esencial de la conducta jurídica. Por lo tanto, es conveniente estudiar la función efectiva del temor en este aspecto[15].

[15] Uno de los motivos por los cuales se descuidan tanto los efectos indirectos del derecho es que la vinculación entre el derecho y nuestra vida diaria no es directa en general. Hay normalmente uno o varios, y a veces muchos, vínculos entre ambos. Por lo común no aprendemos el derecho de memoria para ajustar nuestra conducta a sus dictados ni consultamos a los abogados todos los días. La influencia del derecho nos alcanza a través de muchos otros conductos. Uno es la educación; otro la prensa. Mediante los periódicos aprendemos mucho de lo que está y de lo que no está permitido. Algunas veces se utiliza la propaganda para poner en vigencia ciertos nuevos cuerpos de disposiciones (por ejemplo, las reglamentaciones de tránsito). También imitamos hábitos que se han desarrollado sobre la base del derecho. Todo ramo del comercio

La función del miedo

Al mirar introspectivamente y examinar nuestro fuero interno no encontramos enseguida el temor como motivo para obedecer a la ley. Esto es especialmente cierto en lo que se refiere a las normas fundamentales civiles y penales. Otros motivos surgen ante nosotros, al menos a primera vista.

Consideremos como ejemplo el delito de asesinato. Si nos preguntamos por qué no asesinamos aunque existan serios motivos para desear la eliminación de alguien, la primera respuesta no será que por temor al castigo. De ninguna manera pensamos, en primer término, en el castigo. El acto por sí mismo nos inspira tal horror que nos parece simplemente imposible pensar en cometerlo. Ni siquiera consideramos la posibilidad de elegir: el asesinato está fuera de cuestión y no entra en el campo de nuestro pensamiento como una posibilidad efectiva. No niego, por cierto, que las fantasías, traduciendo más o menos abiertamente deseos letales, son ocurrencias muy comunes en especial en las mentes neuróticas. Pero el acto de matar no se considera en general como un posible modo de obrar en la vida real; no se hace balance de sus ventajas e inconvenientes. Por lo tanto, el temor al castigo no parece ser el motivo que nos inhibe de atentar contra la vida ajena.

Tampoco es por miedo a la prisión que nos abstenemos de robar a nuestros vecinos. No lo hacemos simplemente porque es deshonesto. Generalmente, el acto está excluído de nuestro campo mental; por lo tanto, no experimentamos la sensación de elegir cuando nos abstenemos de tocar la propiedad ajena.

---

o de la industria da origen a muchos de esos hábitos. Usamos fórmulas uniformes de contratos, de letras de cambio, etc. Por lo tanto, son muy variadas las vías que vinculan el derecho con la vida diaria.

La situación psicológica varía con relación a los distintos tipos de delitos, pero es un rasgo común que el temor del castigo no aparece, al menos inmediatamente, como el freno principal. Lo mismo ocurre en materia civil, aunque los sentimientos morales no están tan agudamente acentuados como en relación a los delitos. Pero es algo cierto que el motivo por el cual la gente paga en general sus deudas, cumple sus contratos, etc., no es, primordialmente, su temor a las sanciones que puedan seguir al incumplimiento. Aparece en primera línea la honestidad elemental que exige que cada uno cumpla lo que promete. Se conjugan también otros motivos no vinculados directamente con las sanciones, como, por ejemplo, el interés en conservar las buenas relaciones comerciales, etc.

Parece así que en lo que se refiere a los tipos principales de delitos y a las obligaciones civiles fundamentales, la conducta del ciudadano común no se funda en el temor de las sanciones. Aparentemente él vive con arreglo a la ley por otros motivos y el temor no es necesario para mantenerlo en el camino recto. En verdad él se resentiría extraordinariamente si alguien atribuyese su respeto a la ley al temor de las sanciones, ya que lo consideraría equivalente a calificarlo como un frío y despiadado monstruo sin traza de moralidad. No nos representamos en ese aspecto ni queremos aparecer así ante los demás. Y es realmente cierto que los motivos inmediatos de nuestra conducta recta y legal son algo distinto del simple temor a las consecuencias perjudiciales de otro modo de proceder.

Es natural, por lo tanto, que se considere que el castigo solamente concierne a los criminales y que no tiene función en la conducta de los ciudadanos comunes y respetables. Por así decirlo, su vida está aislada de todo el aparato de la coerción. El empleo de la fuerza aparece como algo que no los

afecta inmediatamente a ellos sino a otras personas que es menester mantener en jaque. En materia civil la fuerza no aparece, tal vez, tan remota, pero su significado no se aprecia en forma total. Se dice que su función consiste en reivindicar o realizar los "derechos" de los individuos cuando estos derechos son violados; por lo tanto, también en este aspecto se olvida la influencia indirecta del uso constante de la fuerza. Aunque no pueda prescindirse totalmente de ella, no aparece en el panorama de la comunidad con su incontrarrestable y ubicua importancia.

Sin embargo, la introspección en que este esquema se apoya, no profundiza bastante. Es verdad que no encontramos el temor a las sanciones como causa inmediata de la conducta legítima, pero esto no excluye en lo más mínimo la posibilidad de que las sanciones, o más aún, el conocimiento del hecho de que ellas se aplican regularmente según las normas jurídicas, ejerzan una influencia muy profunda en nuestra actitud hacia esas normas. Sería asombroso que así no ocurriese. ¿Cómo podríamos sustraernos a la influencia de la inexorable maquinaria de la fuerza que funcionaba ya cuando nacimos y que nos rodea durante toda nuestra vida? Seguramente ella debe dejar impresiones profundas en nuestra mente, pero su efecto no es necesaria y exclusivamente el de inspirar temor. Y aun siendo innegable la importancia del temor, no podemos dar por sentado que el hecho sea generalmente aceptado.

Para comenzar, el temor nunca está alejado de nuestras relaciones con el derecho, aunque no constituya el motivo inmediato de nuestro proceder legítimo. Nos bastaría pensar, por ejemplo, cuán ansiosamente los padres tratan de infundir en sus hijos la obediencia a las leyes. ¿Lo hacen solamente por razones morales puras? ¿No juega una parte decisiva su mie-

do a las temidas consecuencias del proceder ilegal? ¡Y cuán cuidadosamente todos deben proceder para lograr y retener un medio decente de vida y una buena reputación! El temor de las sanciones no carece ciertamente de importancia en nuestra conducta.

Esto no implica, sin embargo, que vivamos bajo un permanente sentimiento de temor a la fuerza legal. La situación psicológica es, normalmente, de otra índole. La mente humana tiene una adaptabilidad maravillosa. Es intolerable vivir agobiados por el temor constante. Conciente o inconcientemente tratamos de evitarlo adaptándonos a las condiciones reinantes.

Para evitar el pesado fardo del temor no necesitamos solamente abstenernos de actos ilegales que podrían poner a la policía o a la justicia sobre nuestra pista. Es necesario eliminar también hasta el *pensamiento* de tales actos. Es éste un factor importante. Si permitimos a la mente considerar la tentación de ciertos actos (p. ej., de enriquecimiento o de venganza) que implican violar la ley, ello evoca inevitablemente el temor, ya que la idea del castigo, ejecutado en forma irresistible, se vincula a la idea de quebrantar la ley. El temor se levanta por sí mismo como barrera contra esa trasgresión. Pero no podemos acoger ideas de infringir la ley y al mismo tiempo combatirlas con el temor; esto se traduciría en menoscabo de la personalidad. En modo alguno podemos hacerlo sin comprometer a la larga nuestra salud mental. El desgarramiento interior sería intolerable; por lo tanto, los deseos peligrosos deben ser excluídos de nuestra mente. Si no lo obtenemos por completo, ellos quedan al menos relegados a la esfera del soñar despiertos y eliminados, en mayor o menor medida, del campo de nuestras actividades habituales.

Se explica de ese modo cómo el temor al castigo puede influír dominantemente en nuestra conducta sin que efectivamente lo experimentemos. Está en el umbral de nuestra mente, pronto para entrar en ella al mismo tiempo que los deseos ilegítimos. La paz espiritual sólo se conserva si ambos quedan afuera. Instintivamente buscamos esa paz y en general la obtenemos en lo que a esta materia se refiere. Tal es nuestra contextura psicológica. El temor no se elimina efectivamente por vía de cálculo sobre las posibilidades de impunidad. Algo de incertidumbre se mezcla siempre en esos cálculos. La plena tranquilidad de espíritu con respecto al derecho requiere, pues, que la mente se halle completamente libre de pensamientos capaces de provocar nuestro temor al castigo.

Sería innecesario señalar que este resultado sólo puede lograrse bajo determinadas condiciones. Deben existir, ante todo, algunas razones generalmente admitidas por las cuales los castigos se imponen en forma exacta por los actos que se tienen en vista. De otro modo, no podría lograrse por completo la eliminación de los pensamientos peligrosos. Existe la propensión a una peligrosa escisión de la mente. Por una parte, el acto ilegal se presenta con rasgos tentadores, y a ello se unen motivos de odio o de orgullo que inducen a cometerlo; por la otra, el temor efectivo al castigo se alza en el camino de su ejecución.

Cuando una situación de esta índole se presenta en sectores importantes de la comunidad, puede hablarse con propiedad de una situación de terror. Esta situación se caracteriza por el hecho de que el temor de las sanciones es el motivo inmediato y dominante de la conducta legal. Es bien sabido cuán rígido e inflexible debe ser un régimen terrorístico para

ser efectivo. El temor es ineficaz como dique de contención, a menos que esté sustentado por amenazas firmes y drásticas. Sin embargo, el éxito en ese planteamiento es siempre incierto y costosamente obtenido. Pueden ser insuficientes como precio los sufrimientos de aquellos directamente alcanzados por las sanciones, y ser así necesario el socavamiento de la estabilidad mental de la población con el debilitamiento consiguiente de la estructura del Estado.

Probablemente nunca se encontrará un sistema que sea terrorístico totalmente y por largo tiempo. Tal estado de cosas no podría mantenerse. En la realidad, la verdadera situación en lo que se llama un reinado del terror, es que lo fundamental del derecho, en especial las normas jurídicas básicas en materia civil y penal, se aceptan sin que el temor juegue como motivo determinante para obedecerlas. Solamente con relación a ciertas partes del derecho, p. ej., en materia política, el temor cumple su función, y cuando ello ocurre actúan vigorosamente los medios de propaganda para reducir su importancia.

Nuestros conceptos morales y el derecho

Basta con lo dicho en cuanto al temor de las sanciones. Hemos visto que la ausencia relativa del temor en condiciones normales no importa que el temor carezca de gravitación en la conducta legal de la gente en general. Se ha demostrado, en cambio, que su importancia es grande, aunque su influencia es preponderantemente indirecta y puede escapar, por lo tanto, a la observación superficial.

Con esto hemos indicado una forma en que la presión del uso regular de la fuerza se ejerce. Pero ella obra también de

otras maneras, y en particular mediante su influencia sobre nuestros conceptos morales.

Como ya lo hemos señalado, nuestros motivos inmediatos para proceder con arreglo al derecho son generalmente de índole moral. Nos abstenemos de delinquir principalmente porque lo creemos incorrecto. Por consiguiente, consideramos que es un deber dar satisfacción a los contratos y cumplir en otros aspectos la ley civil, exteriorizar lealtad y obediencia a las autoridades constituídas que se desenvuelven dentro del derecho, y, por último, pero no por eso menos importante, ajustarnos al derecho porque es el derecho, aunque su contenido sea, en sí mismo, moralmente indiferente. Y bien; esas ideas morales son, en medida principal, determinadas por el derecho, esto es, por el empleo de la fuerza con arreglo a las normas jurídicas.

No bien el pensamiento de un acto ilegal surge en la mente y parece atractivo, es contrarrestado en forma más efectiva por el impulso moral involuntario que por el cálculo frío de sus riesgos. Un: "No debes" incondicional suena en nuestros oídos. "¡Esto es bajo! ¡Es despreciable!". Tales imperativos independientes y expresiones de valor abaten las tendencias a la ilegalidad. Y estas ideas y los sentimientos que las acompañan son en muy grande medida —aunque no, por cierto, exclusivamente— una consecuencia de la "administración de justicia" traducida en la regular aplicación de penas y en el cobro compulsivo de indemnizaciones.

Podría tal vez sugerirse que las relaciones entre el derecho y las ideas morales son precisamente lo contrario de lo dicho, esto es, que las ideas morales son el factor primario y que el derecho está inspirado por ellas. En realidad, es la posición adoptada generalmente por la doctrina y por la filosofía del derecho. Se presentan las normas jurídicas como

fundadas en la "justicia". Esto significa o que ellas se apoyan en una norma abstracta, existente por sí misma *in nubibus*, o que el derecho se funda en nuestras *ideas* sobre la justicia. Ambas maneras de presentar el caso son incorrectas.

En rigor no es necesario refutar específicamente la afirmación de que el derecho se funda en la justicia abstracta. Este punto de vista es excesiva y abiertamente supersticioso. La única cuestión que es necesario discutir es si las *ideas* de justicia son el factor primario con relación al derecho o si ellas son modeladas por el derecho.

Es necesario ante todo circunscribir la discusión de este problema para que no derive desde el comienzo en una confusión sin salida. Debemos tener en cuenta primordialmente que el derecho no es algo que existe fuera de las mentes y de las acciones humanas. Es, en realidad, un conjunto de imperativos independientes que gobiernan las actividades de los funcionarios y de otras personas. En consecuencia, el problema de las relaciones entre el derecho y nuestros conceptos morales no puede ser presentado como concerniendo a dos entidades claramente distintas: un derecho existente por sí mismo y un conjunto de ideas morales como algo totalmente distinto. Esas ideas a las que nos referimos como siendo el derecho están estrechamente entretejidas con las así llamadas ideas morales. Existe, necesariamente, una intrincada reacción recíproca de ideas humanas, de sentimientos y de actividades, y una también recíproca influencia entre los individuos. Será necesario, por lo tanto, dividir el problema en dos cuestiones separadas, pues sólo de tal manera podrá ser científicamente tratado.

Consiste la primera cuestión en cómo se forman los conceptos morales de cada individuo y cómo gravita en este aspecto la influencia del empleo de la fuerza con arreglo a las

normas jurídicas. Todas las personas nacen y se desarrollan en una comunidad en la cual una maquinaria legal ha existido desde tiempo inmemorial. La primera cuestión se refiere a la influencia de esa maquinaria y de sus normas sobre nuestras ideas morales. La segunda cuestión se vincula con la parte que juegan las ideas morales en la formación de normas jurídicas nuevas que se incorporan al cuerpo legal existente. Para comenzar discutiremos solamente la cuestión primera.

En este aspecto parece obvio que la respuesta no puede ser otra que la que ya hemos anticipado. Nuestra formación no deja lugar a alternativa. El carácter se forja necesariamente bajo la influencia del medio ambiente, sobre todo en los primeros años. La sociedad en que vivimos deja su sello en nuestras ideas, pero entre las fuerzas que actúan en la sociedad, el derecho es sin duda una de las más decisivas. Está fuera de duda que el derecho no puede ser la proyección de algunas convicciones morales innatas en el niño o en el adolescente, ya que el derecho existía mucho antes de que él naciera. Cuando él crece y toma contacto con la vida está ya sujeto a su influencia. Las primeras impresiones indelebles en la temprana juventud, en cuanto a las relaciones con los demás, derivan directa o indirectamente del derecho. Pero el efecto de éste no se limita a suscitar el temor al castigo e inducir al individuo a restringirse para poder vivir sin ese temor. Las normas jurídicas tienen también un efecto moral en cuanto ellas provocan una acumulación de ideas morales en la mente.

Las normas jurídicas son imperativos independientes y en esa forma se trasmiten a jóvenes y a viejos. ¡No robarás!: de este tipo son las normas concernientes a nuestra conducta. Estos imperativos son —para decirlo así— absorbidos por nuestra mente. Los recibimos y los incorporamos a nuestro equipo mental. Se establece una sólida vinculación psicológica

entre la idea de ciertas acciones y ciertas expresiones imperativas que las prohiben o que ordenan cumplirlas. Por ejemplo, la idea de cometer un robo está ligada con la idea de un imperativo: ¡No lo harás! Aparece así una orden moral con "fuerza obligatoria". Hablamos de orden moral cuando un imperativo independiente ha sido plenamente objetivado y, por lo tanto, se lo considera obligatorio sin referencia a una autoridad del mundo exterior. Los principales imperativos del derecho evolucionan generalmente de esa manera; sólo cuando ello ocurre el derecho está firmemente afianzado.

Para la efectividad del derecho su influencia moral es necesaria solamente con respecto a ciertas normas fundamentales y en aquellos casos en que tal influencia es posible. En lo demás, basta que se sustente la idea de la obligación moral de vivir con arreglo a derecho y que tal idea no sea socavada por leyes irrazonables o por sentencias arbitrarias.

Razones diversas explican cómo las normas jurídicas pueden ser asimiladas así por todo el pueblo. El efecto sugestivo de los imperativos es enorme cuando hay un poder detrás de ellos; en este caso, el poder mayestático del Estado obrando incansablemente según las normas punitivas. Este poder está rodeado de un ceremonial augusto y se lo acepta con una reverencia tradicional y profundamente arraigada. Todo esto concurre a producir una impresión profunda en la mente, determinándonos a acatar en nuestro fuero interno las "órdenes" fundamentales de la ley como objetivamente obligatorias. Lo hacemos sin esfuerzo, ya que captamos, al menos instintivamente, la necesidad de esas normas para la conservación de la paz y de la seguridad.

Desde luego la asimilación de los imperativos no puede realizarse bajo todas las circunstancias; por lo contrario, sólo es posible en condiciones específicas que deben ser estudiadas

prolijamente. En términos generales, la primera exigencia es que las normas jurídicas se presenten como razonables para la mayoría, es decir, persiguiendo fines comúnmente admitidos como deseables. De otro modo las normas jurídicas no surtirían efecto moral positivo y podrían, aun, provocar indignación moral. Es también necesario que las sanciones se apliquen en forma regular y con razonable imparcialidad.

Parece imposible negar que éstas son, en pocas palabras, las relaciones entre el derecho y las nociones morales del individuo. El derecho es el factor primario. El individuo entra en su órbita desde edad temprana y sus ideas morales se desarrollan bajo su influencia. El derecho —incluyendo en él el empleo normal de la fuerza según las normas jurídicas— no es por cierto un factor aislado. No puede existir una causa simple de algo tan complejo como nuestras ideas morales. Las causas son necesariamente múltiples y variadas. Ante todo, el empleo de la fuerza debe estar asociado a la propaganda que prepara las mentes para la recepción de los imperativos, y debe existir también una inculcación directa de esos imperativos por acción de los padres, de los maestros, de los superiores, etc. Lo que queremos sugerir aquí es simplemente que el empleo de la fuerza es uno de los factores principales en la formación de nuestras nociones morales, y no a la inversa.

Tal sugestión no necesita en realidad otro fundamento que una referencia a hechos obvios. No puede afirmarse seriamente que nuestras "órdenes" morales son algo extraño al mundo natural. Esto implicaría que son de carácter divino. En realidad son fenómenos enteramente naturales: son el sustrato de ideas de las mentes humanas y no otra cosa.

Si no estuviésemos completamente cegados por los prejuicios o trabados por los hábitos mentales, sería imposible

ignorar la vinculación que debe existir entre nuestras ideas morales sobre asesinato, robo, etc., y el hecho de que se aplican y se han aplicado durante mucho tiempo sanciones como consecuencia de dichos actos. Y la relación debe ser de la índole aquí descrita.

Si esto se niega debe presuponerse que precisamente las ideas morales que corresponden al derecho —es decir, al derecho actual— son innatas en el hombre. Tal premisa no sólo es arbitraria sino demostrablemente falsa. El derecho varía en los distintos países y en épocas diferentes, y también varían, de modo concorde, las nociones morales; esto último sería inexplicable si ellas fuesen independientes del derecho.

Podemos afirmar también, categóricamente, que no existen inhibiciones congénitas dignas de consideración ni aun con respecto a los actos calificados como crímenes capitales. No existen, por ejemplo, con respecto al asesinato. Indudablemente hay ciertos sentimientos naturales, sin vinculación con el derecho, que se interponen en la posibilidad de que asesinemos a alguien: amor, amistad, compasión, horror al sufrimiento o a la muerte, etc. Pero estos sentimientos por sí mismos no son suficientemente poderosos para refrenar la incitación al asesinato en la medida que exige la vida común civilizada. Hay siempre muchos individuos que no se sienten limitados en forma efectiva por tales sentimientos. Y entre el pueblo, en general, no caracterizado por una predisposición benévola, esos sentimientos aparecen superados con frecuencia por otros motivos, especialmente por el instinto de supervivencia.

Como la historia lo enseña, varias maneras de matar han sido altamente apreciadas como actos virtuosos. Los conductores no han encontrado dificultades serias para inducir a los pueblos a matarse entre ellos en la guerra. ¿Dónde aparecen

aquí las inhibiciones naturales? ¿Cuál es su eficacia? El estado de guerra implica que aquellos que ocupan las posiciones claves hacen girar la presión moral que la maquinaria legal ejerce en otra dirección que la normal. No solamente se glorifica la matanza de los enemigos, sino que se sanciona a los soldados que se abstienen de participar en ella, con la pena máxima. Mediante la fuerza y la propaganda se hace gravitar una enorme presión sobre el pueblo orientándolo a cooperar en la tarea que suplanta y elimina a toda otra: la consecución de la victoria.

Tenemos aquí la más clara y posible demostración de la gravitación del derecho en nuestras nociones morales. Podemos apreciar con nuestros propios ojos cómo los conceptos del bien y del mal en materia de homicidio cambian de un momento a otro bajo la influencia del derecho. Las limitaciones innatas en materia de homicidio no son suficientemente fuertes para resistir esa presión monstruosa. Sólo en un infinitamente pequeño número de personas se mantiene la resistencia contra la moralidad de la guerra, pero en ellas la resistencia no se apoya solamente en sentimientos. Éstos deben estar robustecidos por un credo fanático, opuesto al comúnmente aceptado y dominante, para no ser barridos por los torrentes de la propaganda guerrera.

Otro ejemplo es la actitud general con respecto a la propiedad. ¿Tienen los hombres, en realidad, una propensión natural e innata a no apoderarse, por habilidad o por violencia, de la riqueza que ambicionan? Ciertamente no. En tanto en cuanto puedan hacerlo impunemente, nada se opone en ellos a enriquecerse a expensas de otros, y aun la sensibilidad en cuanto a la elección de los medios, es de excepción. En la realidad, la lucha por el lucro entre individuos y entre grupos solamente se mantiene dentro de ciertos límites, y con gran

dificultad, por gravitación del derecho. El egoísmo incontrolado conduciría a la anarquía si no fuese mantenido en jaque por el uso regular de la fuerza y de la propaganda asociada con ella. Tan pronto como la presión se relaja en un punto o en otro, la oportunidad ofrecida es crudamente aprovechada.

Es absolutamente inconcebible que la actitud general con relación a la propiedad ajena, hoy prevaleciente en nuestras comunidades, sea independiente del derecho y de la maquinaria legal. La división existente de la propiedad está determinada por el derecho. Es obvio que no podemos dar por sentado que existan ciertas inclinaciones naturales, independientes de la presión que el derecho ejerce, que nos llevan a respetar exactamente ese azaroso y ocasional ordenamiento que se traduce en máxima riqueza para algunos y extrema pobreza para otros. Nadie puede abrigar dudas sobre lo que ocurriría si se eliminase la presión del derecho. ¿No es, por lo tanto, incuestionable que esas ideas morales que constituyen el obstáculo inmediato para apoderarse de la propiedad ajena, están forjadas por el derecho?

Resulta evidente de lo dicho que la maquinaria de la fuerza no afecta sólo a los que violan abiertamente la ley, y que no es su única función tenerlos en jaque. Es también necesaria para modelar la moral del ciudadano. Aunque él no lo sospecha y se siente agraviado por la sugestión, es lo cierto que su grado de moralidad, que él atribuye a sus propias y excelentes cualidades, ha sido determinado primordialmente por el hecho de que las sanciones se aplican regularmente en la comunidad. Si eliminamos esas sanciones y abolimos la maquinaria de la fuerza, su moral experimentaría un cambio profundo y se adaptaría a las nuevas circunstancias en las cuales el individuo no puede confiar en una fuerza organizada que lo proteja. Su moral se orientaría a fortifi-

carlo en la lucha por la existencia, que ahora surgiría en condiciones totalmente distintas de aquellas en las cuales su vieja moral era adecuada. Muchos actos que en la tranquilidad de la sociedad jurídicamente organizada él despreciaba y aborrecía, aparecerán ahora como necesarios y permitidos, y aun como medios virtuosos de su propia supervivencia y de la de su familia. Negarlo es expresión de estrechez mental y de ciega autosuficiencia. Todas las grandes catástrofes como las guerras y las revoluciones proveen abundantes elementos de prueba en tal sentido.

La influencia de las ideas morales en el derecho

Hemos dicho ya que el problema de las relaciones entre el derecho y nuestras nociones morales debe dividirse en dos cuestiones que necesitan consideración por separado. He tratado de enunciar una respuesta a la primera de esas cuestiones, es decir, a la de las relaciones entre los conceptos morales del individuo y el derecho vigente. Se ha demostrado que el derecho constituye en ese sentido el factor primario y estable. Es obvio que los conceptos morales de cada uno de nosotros están modelados bajo la influencia del derecho, y que una aplicación continua de éste es necesaria para mantener esos conceptos como guía efectiva de nuestra conducta.

La segunda cuestión concierne a la influencia de las ideas morales en la formación de nuevas normas jurídicas. Esta cuestión debe estudiarse a la luz que suministra la respuesta a la primera. Aquellos que alcanzan una posición que les permite influír en la legislación o en el desarrollo de la jurisprudencia, han estado naturalmente sujetos como los demás a la presión del derecho existente. Se inician con un conjunto de ideas adquiridas de esa manera. A los conceptos mo-

rales acumulados por derivación del derecho se suman otros que son consecuencia de la propaganda religiosa o social, o que surgen espontáneamente de los sentimientos y experiencias propias. La cuestión que se nos presenta entonces es la siguiente: ¿en qué medida esas ideas morales contribuyen a modificar el derecho vigente?

Las ideas morales ocupan sin duda un lugar destacado entre los motivos determinantes de nuevas leyes, especialmente entre los motivos oficialmente reconocidos. Es frecuente que se argumente para modificar una ley que tal cambio es exigido por consideraciones de justicia. Pero estas ideas morales son evidentemente sólo un motivo entre muchos otros. Gravitan otras fuerzas, como los intereses propios, y parece ocioso señalar cuán fácilmente las ideas morales se utilizan como capa de esos intereses. Es, por lo tanto, manifiestamente imposible sostener que el sentido de justicia o, generalizando, las ideas morales, son el único o el esencial resorte de la nueva legislación.

No pueden determinarse con certeza las causas verdaderas de los cambios en el derecho sin un cuidadoso análisis de los diversos motivos abiertamente aducidos, y también de los que oscuramente gravitan en los actos de los legisladores. Esto nos retrotrae a las causas de tales motivos. Si los motivos aducidos son la justicia o la conveniencia, se encontrará que ellos tienen sus raíces en sentimientos humanos como el temor, el instinto de conservación, el instinto familiar, el deseo de venganza, el ansia de poder, la compasión, etc. Las invocaciones a la justicia son robustecidas por esos sentimientos y por las reacciones que suscitan en torno de ellas. Pero el mismo tipo de explicación se aplica a las razones de conveniencia. Ellas también se apoyan en sentimientos similares. En ambos casos debe prestarse naturalmente la debida aten-

ción a las condiciones materiales imperantes y a la suma de conocimientos que realmente tienen los legisladores y quienes influyen en ellos.

Es obvio que una explicación científica de los motivos de la nueva legislación debe tener siempre este carácter general. Las reclamaciones justicieras se reducen así a sus verdaderas proporciones y quedan ubicadas en su verdadero sitio. Se aprecia entonces que lo que acostumbramos llamar "justicia" no es algo absoluto. En realidad, la justicia como motivo de la legislación no es fundamentalmente, ni de manera alguna, distinta de las razones de conveniencia. La invocación a la justicia es solamente una forma peculiar de expresar deseos y aspiraciones.

Por lo tanto, es un modo demasiado superficial de apreciar las cosas, oponer la justicia y la conveniencia como motivos diferentes de la legislación. No hay realmente línea divisoria entre ellas. Lo que tenemos por delante al investigar los fundamentos de las normas jurídicas es un conjunto de condiciones humanas, deseos, ideas y actividades. Dentro de ese conjunto las ideas relativas a la justicia juegan una parte importante, pero no es posible aislarlas de las otras causas.

Difícilmente sería de utilidad, por consiguiente, discutir si el derecho se funda en la justicia o en la conveniencia. La cuestión de los fundamentos del derecho (en el sentido de las razones determinantes de la legislación) debería presentarse así: ¿qué clase de sentimientos y de ideas han provisto los motivos para tal o cual legislación? En lugar de clasificar esos motivos bajo los títulos simples de "justicia" y "conveniencia", deberíamos analizar y describir esos distintos sentimientos e ideas. En este orden de cosas urge la necesidad de considerar los sentimientos que respaldan a las ideas y destacar su importancia.

Es importante establecer hasta qué punto sentimientos como el amor, el desprendimiento, la bondad, la gratitud, a los que atribuímos un peculiar valor ético, imprimen su sello en el derecho. ¿Qué huella encontramos de ellos en el derecho? Las normas jurídicas fundamentales en materia civil y penal ¿se basan en ellos? ¿Han sido decisivos en la formulación de las normas sobre la propiedad o sobre los contratos, o de las que se refieren al castigo por asesinato, por robo o por los otros delitos principales?

La contestación debe ser categóricamente negativa. A pesar de todo lo que pueda decirse sobre los fundamentos morales de esas normas jurídicas, lo cierto es que son otros los motivos que las determinan. La ruda maquinaria legal no es timoneada por los sentimientos e ideas de la moralidad cristiana (que en el mundo occidental está generalmente identificada con la moralidad misma). El sentimiento que respalda en realidad el castigo del asesinato, del homicidio, del asalto, y de otros delitos similares, es, primordialmente, el temor por nuestra seguridad personal. Castigamos esos crímenes por razones elementales de autopreservación. ¿Quién podría poner en duda que este motivo es inmensamente más poderoso que cualquier fundamento moral que pudiera invocarse? Y aun los fundamentos morales aducidos están incuestionablemente vinculados con ese instinto de autopreservación.

En lo referente al robo, la razón obvia para el castigo es la necesidad de hacer posible un seguro y duradero goce de la propiedad, que es condición de nuestra subsistencia. Los contratos están afianzados por sanciones, porque de lo contrario no podría confiarse en ellos como instrumentos de trasferencia de dominio y de ejecución de otras actividades económicas necesarias para nuestro bienestar. Los sentimientos que actúan tras las normas jurídicas sobre propiedad, son el

temor a la indigencia, el deseo de las satisfacciones materiales, el ansia del poder que proporciona la riqueza y otros de índole similar. Defenderlos con fundamentos morales compatibles con la ética de la cristiandad, es empresa desesperada.

De igual manera en el origen de todas las normas jurídicas fundamentales, civiles y penales, pueden identificarse sentimientos generalmente calificados como egoístas. Esas normas son inspiradas por el interés propio, aunque se trata prácticamente de un interés común a todos, o al menos a grandes sectores de la comunidad. Si contemplamos los hechos y no meramente las palabras, no hay mucho sitio para principios morales esenciales como motivos de la legislación. Podemos deducirlo de las normas mismas, y la observación es corroborada por la experiencia diaria en materia legislativa. Rara vez quienes llegan al poder son filántropos. Y cuando lo son originariamente, por lo común adoptan distintos puntos de vista cuando tienen el poder y cuando deben asumir sus responsabilidades. Detrás de ellos están sus seguidores y partidarios que contemplan sus propios intereses con mirada celosa y los defienden encarnizadamente.

La función de esos sentimientos morales esenciales en la legislación parece confinarse en definitiva a ejercitar una influencia temperante en el derecho. Por ejemplo, en la reforma de las leyes penales en los últimos cien años, tales sentimientos han tenido indudable importancia, pero no debemos perder de vista el hecho de que ellos han estado orientados en la misma dirección de los intereses propios y razonados. Una ley criminal cruel es un peligro para todos, y es de interés general desde un punto de vista puramente egoísta, que las penas no sean más drásticas de lo necesario. Tan pronto como comenzaron a desvanecerse las crudas supersticiones de los tiempos antiguos bajo la influencia del raciocinio crítico,

comenzó también a ponerse de manifiesto la incompatibilidad entre las torturas y los castigos crueles y el interés propio.

A fin de estimar con exactitud la influencia de los sentimientos morales esenciales en el derecho, es necesario preguntar en qué extensión ellos han dejado su marca en el derecho cuando se han hallado en agudo conflicto con el interés de quienes están en el poder. La historia nos da la respuesta. El interés propio ha prevalecido siempre. ¿Cuándo, por ejemplo, los ricos y los poderosos, urgidos por razones morales, han propiciado leyes tendientes a una más equitativa distribución de la propiedad? Nunca. En tanto en cuanto han podido conservar sin riesgo la riqueza para ellos, lo han hecho. Solamente se ha adoptado una política distinta por presión desde abajo. Es verdad que idealistas de los estratos superiores han asumido con frecuencia la iniciativa de movimientos por condiciones mejores, pero solamente se han obtenido resultados apreciables cuando los idealistas han podido movilizar activamente a las masas en forma que las clases dirigentes han encontrado aconsejable apaciguarlas con algunas concesiones.

Resumen de lo que antecede

Es así que las normas jurídicas no están fundadas en aquellos sentimientos más altamente valorados desde el punto de vista moral, según los conceptos corrientes. La relación entre las normas jurídicas y las nociones morales es de otra naturaleza, como se ha demostrado. Las normas son instrumentos importantes en la formación de las nociones morales. Ellas sirven para imprimir más efectivamente aquellos conceptos de moral que son necesarios para hacer posible la convivencia pacífica en la comunidad, para mantener en funcionamiento la complicada organización económica, etc. Necesi-

tamos esos conceptos, y es por ello que se los imprime en el pueblo mediante la legislación. O para decirlo con mayor precisión, los intereses de aquellos cuyos deseos determinan el contenido del derecho, reclaman un conjunto de conceptos morales, esto es, de imperativos independientes. El aparato legislativo se utiliza como medio de promover tales imperativos y de darles efectividad.

Es condición esencial para que el aparato legislativo surta ese efecto, que la legislación regule el empleo de la fuerza irresistible. Tenemos así epitomizada la respuesta al problema de las relaciones entre el derecho y la fuerza. El derecho consiste esencialmente en normas sobre la fuerza, que se tornan psicológicamente efectivas de la manera brevemente indicada más arriba. El uso regular de la fuerza con arreglo a las normas jurídicas, unido a la educación y a la propaganda, produce el efecto de configurar y mantener ciertas ideas acerca del bien y del mal. El contenido del derecho es el resultado de deseos de la más diversa índole; pero podemos discernir claramente que las principales normas del derecho, las que constituyen el espinazo del sistema, no se fundan en aquellos sentimientos que generalmente llamamos altruístas. Están determinadas, en cambio, por el deseo de la propia preservación, de la seguridad, del poder y por otros similares.

La contestación sólo concierne a las relaciones entre el derecho efectivo, el derecho como hecho, y la fuerza. Este derecho, como lo hemos visto, es un conjunto de normas sobre el uso de la fuerza. Pero el problema tradicional de derecho y fuerza no se discute primariamente con el derecho efectivo por delante, y se lo refiere a las relaciones entre la fuerza y el derecho metafísico. Se lo ubica en torno de la cuestión de cómo la fuerza obligatoria del derecho, cómo los derechos y cómo la justicia, están vinculados con la fuerza.

Sin embargo, la solución de este "problema" está implícita en la exposición que antecede. Como el derecho metafísico no existe, no puede estar relacionado con nada. Carece, pues, de sentido la cuestión de sus relaciones con la fuerza. Sólo se puede discurrir, por lo tanto, sobre las relaciones entre la fuerza, especialmente la fuerza organizada del Estado, y las ideas de derechos, de obligaciones y de justicia.

Es obvio que no existe una relación fija en este aspecto. Las ideas sobre justicia, etc., pueden apoyar el uso efectivo de la fuerza organizada en la comunidad, o ser opuestas a dicho uso, o ser neutrales. Probablemente en toda comunidad se encontrarán las tres actitudes entre los diversos sectores de la población o con respecto a diferentes aspectos del derecho. Puede apreciarse fácilmente, sin embargo, que por lo común las ideas sobre justicia están en armonía con el derecho efectivo, en muy grande medida. Esto es lo normal, ya que se concibe el derecho como favoreciendo los deseos básicos de seguridad, riqueza, etc. Para cualquier observador sin prejuicios es evidente que las ideas de justicia dependen de los intereses. Pero al mismo tiempo los intereses se adaptan según nuestro conocimiento de qué y cómo puede obtenerse. Están expuestos, en consecuencia, a ser desviados de su curso "natural" por una apreciación errónea de los hechos. Más aún, las nociones de justicia pueden ser influídas directamente por la propaganda, aun en oposición a los intereses existentes. Por lo tanto, quienes han alcanzado situaciones de poder tienen amplias facilidades para presentar el derecho metafísico como coincidente con el derecho efectivo. De hecho, los poseedores del poder se apropian con éxito del derecho metafísico que acompaña al derecho efectivo como su sombra.

Una cuestión ulterior que no discutiremos aquí, es cómo el pueblo consigue utilizar la fuerza organizada como instru-

mento para satisfacer sus deseos, cómo se establece la necesaria colaboración para obtenerlo, etc. Debemos circunscribirnos por ahora a observar que la humanidad encuentra siempre la manera de hacerlo, aunque la cadena de causa y efecto no se perciba claramente o sea groseramente desfigurada. Esto no es más sorprendente que el hecho de que las abejas y las hormigas sean capaces de construír sus viviendas sin la ayuda de arquitectos.

El monopolio de la fuerza

Después de lo dicho, la necesidad de la fuerza organizada que hemos destacado con anterioridad, es aún más patente. Nada resulta más absurdo que el clamor por la abolición de la fuerza. Sería más defendible sostener que podemos prescindir del pan. Con sentido realista del mundo la cuestión práctica podría reducirse a cómo podría utílizarse mejor la fuerza para la consecución de los fines comunes.

La fuerza es tan peligrosa para el hombre como el fuego. Es tan destructiva para él y para sus medios de subsistencia como el fuego cuando obra libremente. Pero así como el fuego debe ser puesto al servicio del hombre si él ha de elevarse por encima del nivel de los animales, también la fuerza debe estar a su servicio si es que él ha de alcanzar un grado más alto de civilización.

Se dice, no sin justificación, que la violencia engendra la violencia. Pero este proverbio es sólo parcialmente veraz. No lo es si se lo refiere a la fuerza puesta al servicio de fines comunes, según normas establecidas, sin odio ni ambiciones ilegítimas de quienes la ejercitan. Fuerza de esta índole no provoca conflictos pasionales; por lo contrario, produce un efecto sedante al reducir las aspiraciones populares a un nivel

razonable y ajustarlas según cierto equilibrio y armonía. Al mismo tiempo el uso de esa fuerza inspira confianza en que las ventajas obtenidas bajo su protección han de subsistir, ya que se cree que esa fuerza actuará de igual manera en lo futuro.

Dos condiciones básicas deben cumplirse si la fuerza ha de promover la vida y el bienestar del hombre en lugar de destruírlo. Primero, el uso de la fuerza debe ser monopolizado por una organización. En segundo término, el uso de la fuerza por esa organización debe ser efectivamente canalizado y dirigido por medio de normas jurídicas.

La organización de que se trata es lo que designamos con el nombre de Estado. La filosofía del derecho presenta al Estado como una entidad ubicada por encima de los individuos, investida con los atributos de la soberanía, es decir, con un derecho supremo de autodeterminación con respecto a otros Estados, y de crear e imponer leyes dentro de su propio territorio. El absurdo de esta teoría es evidente, ya que importa atribuír un poder imaginario, un derecho, a una entidad también imaginaria.

La realidad existente no puede ser definida en esos términos. Lo que encontramos en los hechos es una vasta organización que ha adquirido un monopolio de la fuerza dentro de cierto territorio, un monopolio que no consiste en un *derecho* exclusivo de utilizar la fuerza, sino en la capacidad efectiva de hacerlo, capacidad que pertenece en último análisis a los integrantes de la comunidad.

El singular "poder del Estado" no existe. En lugar de él encontramos en la vida real diversas situaciones de poder ocupadas por individuos; en la cúspide el jefe del Estado, los miembros del gobierno y del parlamento, los jueces y los funcionarios administrativos, etc. Todos ellos tienen su propia

órbita de poder. El poder es siempre el poder de una persona singular, actuando sola o en coordinación con otras. Es un poder personal aunque esté restringido desde afuera en una u otra forma, como ocurre habitualmente[16]. El juez, por ejemplo, tiene el poder de encarcelar a las personas, de exigir pagos, de ordenar la trasferencia de propiedades. Esto cons-

[16] El concepto de *poder* no ha sido analizado específicamente en el texto porque nos alejaría demasiado de la materia propia de este estudio. Quiero, empero, hacer algunas observaciones para evitar malentendidos.

Estamos inclinados a considerar el poder como una fuerza existente en una persona, que impone obediencia. Pero esto importa tergiversar el problema. Tal concepto del poder es tan absurdo como sería pretender que el pequeño Toomai montado en el elefante tiene dentro de sí una fuerza superior a la del animal, que lo capacita para dominarlo. Lo real, lo que constituye la base del concepto corriente, y en cierto modo mística, del poder es el hecho de que alguna persona o personas obedecen efectivamente las órdenes de otra persona. Sin obediencia efectiva no hay poder. Así considerado, el poder abarca la posición completa. es decir, una relación entre individuos caracterizada por la obediencia de una parte a las órdenes de la otra. Por este motivo es propio hablar de *posiciones de poder*.

De ese modo el poder de una persona está siempre condicionado, o más aún, incluye, una actitud de otras personas. Es asunto distinto qué razones, qué causas, determinan a la gente a adoptar esta actitud. Un motivo puede ser que la persona que ordena es capaz de ejercer una influencia sugestiva en las otras determinándolas a seguirla ciegamente. Esta situación se aproxima en la máxima medida a la noción popular de poder. Lo que en realidad hay en esto es un conjunto de ciertas reacciones entre quienes obedecen, motivadas parcialmente por los actos y cualidades del que manda, en parte también por las cualidades de aquéllos y, por último, por las circunstancias del momento. Las cualidades de quienes ordenan, que tienen importancia, son de índole natural, como el coraje, la inteligencia y cierta específica intensidad mental. Ellas son absolutamente distintas de la fuerza mística que se supone constituír la esencia del poder, y deben ser consideradas como fuentes del poder pero no se identifican con el poder mismo.

La organización del Estado consiste en una urdimbre de posiciones de poder cuyos ocupantes trabajan más o menos regularmente según un sistema común de normas cuyo centro es la Constitución, ayudándose y

tituye su propio poder. Él ocupa una posición que lo capacita efectivamente para hacer tales cosas. Pero solamente puede hacerlo según ciertas condiciones, y no puede usar su poder arbitrariamente sin exponerse a perderlo y a incurrir en sanciones.

El hecho de que la organización funcione según normas establecidas da una semblanza de verdad a la corriente idea

---

también vigilándose recíprocamente. El poder de cada miembro de la organización está condicionado por una actitud firme de parte de los otros miembros con respecto al derecho y a las leyes. Los legisladores serían impotentes si los jueces no procediesen con arreglo a sus leyes, con honestidad y precisión. El poder del juez se desvanecería si los funcionarios ejecutores no actuasen automáticamente en correspondencia a sus fallos, etc. Las posiciones claves que implican poder y que constituyen, en conjunto, el poder del Estado, sólo son efectivamente operativas en virtud de esas actitudes definidas de los miembros de la organización.

Todo ejemplo que pueda intentarse de la clase de relación que intitulamos "poder", será siempre una forma de relación psicológica. La palanca del poder es siempre una influencia psicológica de una persona sobre otra. Puede parecer un instrumento frágil; sin embargo, en la realidad, su fuerza es estupenda si se dan las condiciones adecuadas. Es el instrumento por el cual cada país está regido en la paz y en la guerra, mediante el cual se conserva el orden y la seguridad y se movilizan a los ejércitos para la lucha.

En las relaciones de poder más simples el elemento personal de la sugestión es prominente, pero su importancia puede disminuirse y puede aun prescindirse de él si la mentalidad de quienes se considera que deben obedecer ha sido suficientemente preparada. El prototipo de tal preparación es la disciplina militar que hace reaccionar a los soldados, casi automáticamente, a las órdenes de sus oficiales.

En la organización del Estado la preparación de este tipo se realiza en gran escala aunque no siempre al estilo militar. A título de ejemplo, la seguridad general en materia jurídica no sería digna de consideración si la ejecución de las sentencias dependiese de la influencia personal del juez en los funcionarios ejecutores. En consecuencia, el elemento *personal* es reemplazado en gran medida por la *forma*, y la forma se hace efectiva mediante la preparación de los funcionarios y la fiscalización que recíprocamente ejercen.

metafísica del singular "poder del Estado". En circunstancias normales los componentes de la organización del Estado alcanzan sus posiciones y las abandonan según lo que esas normas prescriben. Adquieren automáticamente el poder cuando han sido legalmente designados, sin que esfuerzo alguno especial de su parte sea necesario. Parecería así que ellos solamente manejan un poder preexistente por sí mismo. Más aún, sus funciones están coordinadas de tal manera según las normas jurídicas, que ellos se sostienen recíprocamente y que no actúan según su fantasía individual sino conforme a los moldes que esas normas imponen. Pero no debe permitirse que todo esto oscurezca el hecho de que prácticamente sólo existe una serie de situaciones individuales de poder.

Los poderes de los miembros de la organización del Estado son de las más variadas clases. De ningún modo todos ellos incluyen poder de dirigir la fuerza. Pero quienes lo tienen constituyen las células de la organización: por una parte, el gobierno con la policía y las fuerzas militares a su disposición; por la otra, los jueces, que fiscalizan las actividades de los funcionarios ejecutivos. El empleo de la fuerza en nuestra comunidad está monopolizada por esta gente. Ellos pueden dirigir efectivamente el uso de la fuerza en tanto que nadie, fuera de la organización, puede hacerlo en manera mensurable. Este monopolio efectivo de la fuerza es la base real de la idea metafísica de la soberanía.

Tal monopolización de la fuerza es absolutamente necesaria para la vida civilizada. Es una condición vital de las actividades económicas y culturales que hacen posible la existencia de las comunidades multitudinarias de hoy y que dan a esa existencia su forma peculiar. En consecuencia, ese monopolio se ha establecido en todas partes en modo más o menos completo. Tan intensa es su necesidad, tan irresistible

su urgencia. El resultado es que la faz de la tierra está dividida entre cierto número de esas organizaciones que han logrado un monopolio práctico dentro de sus respectivas fronteras. La delimitación entre las diversas organizaciones llamadas Estados, se realiza y se mantiene también, principalmente, por medio de la fuerza.

La canalización y la dirección de la fuerza

La monopolización de la fuerza se realiza por medio de las normas que llamamos normas jurídicas. Los poderes de los miembros de la organización dependen de la efectividad psicológica de esas normas. Pero los mismos medios se emplean también para conseguir la regulación de la fuerza, para someterla a una canalización efectiva y para orientarla.

Desde cierto punto de vista esta afirmación puede parecer paradójica. Aparentemente el derecho sólo puede limitar el *derecho* a emplear la fuerza. Si una limitación de hecho o una regulación también de hecho se producen, parecen ser efectos de otras causas.

Podría preguntarse, por ejemplo, cómo el derecho puede impedir que un hombre con un revólver en la mano haga fuego o cómo podría evitar que un general con un ejército obediente a sus órdenes lo ponga en movimiento. La única respuesta a esas preguntas parece ser que el derecho no puede hacer otra cosa que declarar: no tienes derecho de disparar esa arma contra otras personas, no tienes derecho de conducir al ejército contra tu propio pueblo. Pero esos límites de los derechos pueden ser violados, y con ello volvemos a la eterna oposición entre el derecho y la fuerza.

Este razonamiento es, sin embargo, somero y unilateral. Parte del concepto metafísico del derecho como un poder de

orden superior. Cuando verificamos que el derecho no es otra cosa que un conjunto de hechos sociales, toda la cuestión ofrece un aspecto distinto y ajustado a las realidades de la vida social.

El punto de vista metafísico de que el efecto del derecho como tal sólo puede consistir en la determinación de derechos y obligaciones, contiene dos errores. Primero, no existe el pretendido efecto de las normas jurídicas. El derecho da expresión, en forma imperativa, a ideas de derechos y obligaciones, es decir, a ideas sobre poderes y vínculos de naturaleza metafísica; pero no puede hacer surgir efectivamente esos poderes y vínculos. En segundo lugar, el único efecto del derecho es su influencia real en la conducta del pueblo. Posee esa influencia parcialmente por su propia fuerza de sugestión y parcialmente por otros motivos. En ciertas circunstancias puede, por lo tanto, orientar las acciones de la gente. En consecuencia, el uso de la fuerza puede ser determinado efectivamente por el derecho.

No es serio discutir si el derecho podría evitar efectivamente que un hombre que tiene un revólver en su mano haga fuego con él. Naturalmente, esto no podría ocurrir. El hecho simple es que la fuerza no puede ser *absolutamente* regulada por medio del derecho. El efecto del derecho es siempre relativo. Es limitado y solamente puede lograrse en ciertas condiciones psicológicas y materiales. Podrían aducirse muchos casos en los cuales esa regulación de la fuerza no tiene éxito; pero ello no demuestra que la regulación sea imposible. Una conclusión de esta índole implicaría un evidente error de lógica.

Nos bastaría considerar nuestra propia situación en la comunidad para verificar que el empleo de la fuerza está efectivamente encerrado dentro de límites definidos por las

normas jurídicas. No por completo, desde luego, ya que nada es absoluto en la vida real, pero sí en considerable medida. La regulación es efectiva, al menos, para asegurar nuestra existencia, y con frecuencia alcanzar proyecciones sorprendentes si consideramos las dificultades que debe superar.

Y esa regulación de la fuerza se realiza en forma aún más completa en la órbita reservada a los tribunales de justicia. El juez discierne el uso de la fuerza en materias regidas por la legislación civil o por la legislación penal, pero la potestad de hacerlo está restringida dentro de límites estrictos por las normas jurídicas. En función del derecho él tiene el derecho y la obligación de actuar solamente conforme a los cánones que le imponen las leyes civiles y penales en coordinación con las normas procesales. Si los imperativos del derecho son psicológicamente efectivos, confieren al juez un poder real, pero un poder que solamente puede usarse si él actúa, en conjunto, según el esquema que las normas jurídicas le presentan.

La fuerza puesta a disposición del juez se apoya en la maquinaria ejecutiva. Esta maquinaria está organizada para obrar según sus órdenes, pero lo hace solamente si las órdenes son compartidas en cierta forma y según el debido procedimiento. El juez no puede tomar por sí la iniciativa; debe esperar hasta que una causa le sea sometida por un demandante o por un querellante, según se trate de materia civil o penal. También la parte contraria debe ser oída. El procedimiento debe ser público y cumplirse según normas jurídicas; finalmente, la orden judicial debe impartirse con arreglo a las normas aplicables a las sentencias. Todos estos requisitos deben ser respetados por el juez, en lo fundamental al menos, si su orden ha de cumplirse en definitiva. Aún más, los jueces son cuidadosamente seleccionados y adiestrados a fin de ase-

gurar la máxima precisión en la aplicación del derecho. Todos los jueces están también sometidos a presiones constantes en varios aspectos, especialmente la que ejercita la opinión pública y la que resulta de la posibilidad de acciones legales contra el magistrado que se aparte ostensiblemente de los dictados del derecho. Por lo tanto, él está personalmente interesado en aplicar el derecho con el cuidado debido.

Es así como el poder de dirigir la fuerza puesto en las manos de los jueces está estrictamente regulado y canalizado. La posibilidad de lograr este resultado reside en el hecho de que el poder depende siempre de condiciones materiales y psicológicas que son de naturaleza relativa y, por consiguiente, convierten también en relativo ese poder. Canalizar y regular la fuerza no es realmente un problema de limitar un poder que es limitado *per se*. Al contrario, el problema consiste en constituír una concentración de fuerza de propósito limitado y subordinar su uso a objetivos definidos. Esto puede obtenerse porque las condiciones de las cuales depende la potestad de dirigir la fuerza, pueden ser concientemente ajustadas a las necesidades a que responde. El medio principal para ello es el derecho. Es obvio, sin embargo, que la regulación de la fuerza es un problema mucho más difícil que el de su monopolización. Por lo tanto, en el mundo de hoy ese problema no puede ser resuelto, ni siquiera aproximadamente, en la forma completa en que ese monopolio se ha hecho efectivo.

El significado del "imperio del derecho"

La realidad que tenemos *in mente* cuando hablamos de "imperio del derecho", es un estado de cosas en el cual el monopolio y la regulación de la fuerza han sido plenamente

logrados. La exigencia de tal estado de cosas es poderosa porque se funda en una necesidad profundamente sentida. El elevado valor atribuído al "imperio del derecho" tiene su contrapartida psicológica en el temor escondido a las terribles consecuencias de la fuerza desencadenada.

Y este juicio se afianza si contemplamos la cruda realidad despojada de cualquier clase de ilusiones. Las ideas metafísicas concernientes a la naturaleza del derecho (la "fuerza obligatoria", los derechos y obligaciones, etc.) son, por lo tanto, completamente superfluas como medios para asegurar el respeto por el derecho. Nada puede ser más efectivo en este aspecto que una clara percepción de los hechos reales.

La idealización metafísica del derecho es un fenómeno secundario. Tiene su origen en la captación instintiva de la necesidad de regular el uso de la fuerza. Por lo tanto, la consideración científica y conciente de este problema no puede destruír ni debilitar el respeto por el derecho. Por lo contrario, un concepto realista de los hechos impone que se permita actuar a los motivos fundamentales del mantenimiento del derecho con más libertad, sin pasar a través de un estrato de ideas metafísicas y de una selva de palabras, en que siempre existe el peligro serio de perder contacto con la realidad.

La teoría marxista del Estado

En la filosofía marxista se presenta la función de la fuerza en forma totalmente diferente de la tradicional. Mientras que en general la doctrina disimula la función de la fuerza, los marxistas destacan con énfasis su empleo en la sociedad capitalista, pero contemplan para el futuro un estado de cosas en el cual la fuerza no será necesaria.

El punto de vista marxista en esta materia se traduce en su teoría del Estado, según la cual el Estado es un aparato

de coerción. La idea metafísica de una entidad sobrehumana está totalmente descartada. Se describe al Estado como una organización de fuerza; pero se sostiene que esta organización y su empleo de la fuerza, están vinculados a la división de la comunidad en clases antagónicas. Son instrumentos que utiliza una clase para mantener en jaque a otra. De ese modo en la sociedad capitalista los capitalistas emplean la fuerza para dominar a la clase trabajadora y hacer posible su explotación.

La idea fundamental es que la fuerza organizada sólo es necesaria donde existe un conflicto de intereses dentro de la comunidad. La clase dominante utiliza al Estado para decidir el conflicto en su favor. Cuando esa división de intereses desaparezca y se establezca una sociedad verdaderamente sin clases, el aparato de coerción será superfluo; por lo tanto, irá desapareciendo gradualmente o "languidecerá".

El esquema de esta teoría se halla en el *Manifiesto Comunista.* Ha sido desarrollado principalmente por ENGELS en su obra *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*, y por LENIN en *El Estado y la Revolución.* Es hasta hoy la doctrina aceptada del marxismo. JOHN STRACHEY la ha expuesto muy claramente en su libro *La teoría y la práctica del socialismo* (1936). Algunas citas de esta obra, que se ajusta perfectamente a la teoría clásica, pueden servir para ejemplificar el significado de la doctrina.

"El Estado —dice STRACHEY— es un aparato diseñado con el fin de obligar a la gente a hacer ciertas cosas y a abstenerse de otras. Es un aparato para la aplicación de la fuerza, o como se dice más comúnmente, para imponer el derecho y el orden. Porque detrás del agente de policía se halla la fuerza policial; tras esta fuerza están la comisaría,

la prisión y las celdas, y detrás de todo eso se hallan las fuerzas armadas del Estado..."[17].

STRACHEY entra a investigar cómo puede decirse que el Estado es un aparato de coerción. "Este punto de vista solamente puede verificarse remontándose hasta los orígenes históricos del Estado. Las sociedades humanas sólo edificaron esos organismos sociales que llamamos Estados... cuando se disgregaron en clases sociales distintas... Y la razón por la cual las primitivas sociedades tribales carecían de organización estatal es porque no había clases en ellas. Todas las sociedades civilizadas adoptan la forma de Estados porque contienen clases sociales antagónicas. Porque la función del Estado es resolver los conflictos de clase en favor de la clase dominante o gobernante, que maneja el aparato de coerción del Estado".

Una definición completa del Estado es dada en los siguientes términos: "Un Estado es... un aparato para el empleo de la fuerza en el interés de la clase gobernante de cualquier comunidad que se ha dividido en clases sociales antagónicas. Su función es resolver los conflictos sociales inevitables en tales sociedades, según la voluntad de la clase gobernante".

Cuando la revolución se haya cumplido y los trabajadores se hayan apoderado del poder, el Estado, esto es, la fuerza organizada, será aún mantenida, pero se la utilizará para los propósitos de la clase trabajadora. Habrá llegado el turno a los capitalistas de ser suprimidos por medio del Estado. "Un Estado de la clase trabajadora es un Estado manejado por la inmensa mayoría de la población y utilizado para coercer una pequeña (aunque al principio muy poderosa) y rápida-

[17] STRACHEY, *The theory and practice of socialism* (1936), ps. 172 y ss.

mente declinante minoría". El Estado de los trabajadores es, empero, una estructura temporaria. "Cuando una sociedad verdaderamente sin clases aparezca, se prescindirá de ella". La idea central del marxismo es sintetizada así por LENIN: "Nuestro último objetivo es eliminar al Estado, esto es, toda fuerza organizada y sistemática, cualquiera fuerza contra los hombres"[18].

El argumento extraído de las condiciones dominantes en algunas sociedades primitivas no puede ser investigado aquí. Es problema muy delicado establecer cómo funcionaban las restricciones sociales en las comunidades primitivas, y el riesgo de sentar conclusiones prematuras es particularmente grande porque es muy difícil para nosotros comprender en forma acabada su mentalidad. Sin embargo, el problema principal es el de la función de la fuerza en las etapas avanzadas del desenvolvimiento económico, en las cuales existe una acentuada división del trabajo. La doctrina marxista es errónea en este aspecto, tanto en su apreciación de la sociedad capitalista como en sus predicciones sobre la sociedad comunista.

Es completamente cierto, como lo afirman los marxistas, que en la sociedad capitalista el derecho implica un sistema de fuerza organizada. Ellos lo han percibido así superando la pretensión de que el derecho es algo distinto. Las condiciones reales en la sociedad capitalista los ha inspirado con un sentimiento de injusticia tan violento que ha disipado las ideas metafísicas corrientes que ocultan el uso de la fuerza. Pero su error es sostener que la función exclusiva de la fuerza organizada es proteger los intereses de un pequeño grupo de capitalistas. Este juicio es manifiestamente unilateral.

[18] LENIN, *Sämtliche Werke*, t. XXI (1931), p. 537.

Tal cual son las cosas hoy en la sociedad capitalista, el derecho y su aplicación regular son condiciones de la existencia misma de todos, para no hablar de su seguridad y de su prosperidad. Cuando hay división del trabajo, y especialmente cuando ella alcanza el grado que se observa en los industrializados Estados modernos, la población no puede ser alimentada, vestida y alojada sin una maquinaria económica sumamente compleja. Pero esta maquinaria, tal cual la encontramos en nuestra sociedad actual, se apoya en el derecho, esto es, en la fuerza organizada. Es la presión del derecho que permite a los productores organizar tranquilamente los medios de producción: el granjero su tierra, el industrial su planta, etc. Evidentemente la producción no podría progresar si se interfiriese en su posesión. El derecho es también indispensable para el intercambio de mercaderías. Nuestro activo comercio no se concibe sin un derecho que invista a los contratos con los así llamados efectos legales, es decir, que prescriba la aplicación de medidas ejecutivas en caso de incumplimiento. El comercio, la industria, la construcción de viviendas, etc., dependen cada día más del sistema de crédito. Pero el sistema de crédito está fundado en el derecho, o, en otras palabras, en el hecho de que la fuerza organizada está a disposición del acreedor para obtener compulsivamente el pago si es necesario.

Podría argüírse sobre la posibilidad de establecer una mejor organización económica o de sustituír el relativamente libre sistema hoy dominante por una economía planificada, etc. Pero todo esto suscita una cuestión totalmente diferente. Cualesquiera que sean las razones que puedan aducirse para apoyar esas posibilidades, ellas no pueden alterar el hecho indudable de que la organización económica existente y, por lo tanto, el empleo de la fuerza, son los medios de satisfacer las

necesidades económicas de toda la población en la medida en que es posible hacerlo. Más aún, la seguridad personal de todos está condicionada por la regular aplicación de sanciones y por la existencia de una fuerza policial capaz de enfrentarse con cualquier banda armada que pueda organizarse.

Si la exposición contenida en este libro en cuanto a los efectos del derecho es exacta en su conjunto, la doctrina marxista está en evidente contradicción con los hechos. El uso de la fuerza en la sociedad capitalista no es un resultado de la división de clases. Es cierto que puede ser un instrumento del predominio de una clase, pero es algo más que eso. Es un instrumento sin el cual el pueblo, en su conjunto, no podría subsistir. El predominio de una clase significa que ese instrumento, además de proveer la base de existencia de la comunidad entera, ha sido desviado de su objetivo principal para el provecho particular de algún grupo o de algunos grupos. La unilateralidad del juicio marxista sobre la sociedad capitalista es un espécimen de propaganda revolucionaria utilizado para despojar al derecho vigente de su autoridad moral. Pero esa propaganda no puede ser eficaz en gran medida a menos que la situación de algunos sectores importantes de la comunidad sea totalmente desesperada. Sólo entonces la gente cree realmente que el derecho es un simple instrumento de opresión en las manos de la clase dirigente. De otro modo la mayor parte intuye que no es así, que el derecho es necesario para todos aunque pueda discreparse con ciertas partes de él. Ésta es la causa profunda del fraccionamiento del marxismo en sectores reformistas principales, que han abandonado la idea central, y en otros más pequeños, ahora llamados comunistas, que conservan su fe en esas ideas.

Las predicciones sobre una sociedad comunista futura se apoyan exclusivamente en la teoría de que el empleo de

la fuerza está vinculado con la división de clases. Cuando esta teoría se derrumba, los fundamentos de las predicciones saltan en pedazos. Ellas quedan en el aire; por lo tanto, sería extraña ocurrencia que alguna vez lleguen a ser verdad. Pero es positivamente simple demostrar que esto nunca puede ocurrir. Basta señalar que la abolición de la fuerza organizada significaría dejar librada la comunidad toda, como presa indefensa, a cualquier grupo que resuelva crear una organización armada propia. La contestación marxista a esta objeción es, desde luego, que no habrá gente de este tipo en la sociedad comunista. Pero ¿quién puede asegurarlo? ¿Quién puede garantizar que nunca surgirán poderosos conductores capaces de agrupar fuerzas en torno de ellos y de lograr ascendiente por este camino? Es un sueño absurdo que la gente pueda ser "cambiada" de tal manera que esa posibilidad quede excluída para siempre. La fuerza organizada, sujeta a normas determinadas por los intereses comunes, será siempre necesaria aunque solamente fuera para proteger a la comunidad contra la formación de bandas terroristas y sin ley.

Pero la fuerza organizada y reglamentada será siempre necesaria para otros fines. Será necesaria, por encima de todo, para dar suficiente estabilidad a los principios morales indispensables para la vida pacífica en común. Los marxistas han descuidado por completo el efecto del derecho en este sentido. Ellos han incurrido en el error frecuente de dar por establecido que nos ceñimos a las reglas fundamentales que la vida social exige, por motivos desvinculados del uso regular de la fuerza conforme al derecho. Han estado aún más ciegos en este punto que muchos otros porque consideran el uso de la fuerza en la sociedad capitalista como altamente inmoral. Para ellos la idea de la fuerza en ese tipo de sociedad ha estado

indisolublemente unida con opresiones y explotaciones odiosas. Por lo tanto, no ha sido posible para ellos percibir que nuestros conceptos morales son dependientes del empleo de la fuerza legal. Eso explica que los marxistas puedan encarar con satisfacción la desaparición de la fuerza organizada, lo que significaría prácticamente abrir la jaula en que está encerrada la bestia humana y convertir una vez más en suprema la ley de la jungla.

Los programas políticos fundados en la idea de la abolición de la fuerza están condenados al fracaso en tanto en cuanto pretenden llevar a la práctica esa idea. Una política realista —capaz de ser cumplida— puede aspirar solamente a modificar el empleo de la fuerza en un sentido o en otro, pero no a su abolición.

Que Lenin y sus continuadores, a pesar de sus puntos de vista irreales sobre la función de la fuerza, hayan sido capaces de realizar una revolución y mantenerse en el poder, se explica por el hecho de que han relegado la abolición de la fuerza a un futuro lejano. Su actividad se aplicó totalmente a realizar la etapa intermedia entre el capitalismo y el comunismo. Esta etapa exigía la fuerza, según su doctrina, bajo la forma de la "dictadura del proletariado". Al edificar y emplear una maquinaria de fuerza con esa finalidad, no se han sentido estorbados en lo mínimo por su idea de que el fin último era la abolición de la fuerza. Por lo contrario, esa idea les ha servido de justificación moral para las más severas represiones contra sus adversarios. Todo lo hecho en ese sentido debe haberles parecido materia comparativamente pequeña en función del gran propósito: el establecimiento de un futuro reinado de paz donde ninguna clase de represión o de fuerza tendrían lugar.

Pero la "caducidad" del Estado es un espejismo. Reaparece siempre proyectada en la distancia cuando, según la teoría, debía ya haber sido lograda.

Lo mismo ocurre con la idea marxista de que el *poder* de los hombres sobre los hombres puede ser eliminado en una sociedad futura. La imposibilidad de que eso ocurra deriva del hecho de que debemos siempre contar con la necesidad de una fuerza organizada. Pero una organización de ese género significará siempre la existencia de un poder de determinados individuos para dirigirla. No hay posibilidad de eludir ese hecho. Al decir que el poder se otorga a la totalidad del pueblo solamente, se disfraza la realidad con palabras sin sentido. La verdadera situación será siempre que cierto número de personajes estarán en las posiciones claves que las capacitan para determinar cómo ha de emplearse la fuerza de que disponen. No es argumento decir que ellas "representan" a todo el pueblo. La representación es una de esas ideas que se utilizan libremente para ocultar los hechos y darles una apariencia más tolerable. Lo que puede existir, pero con mucha frecuencia no existe, cuando se habla de representación, es el hecho de que el poseedor del poder esté obligado compulsivamente a emplearlo en interés de otros.

También en la esfera económica debemos tener en cuenta la necesidad de situaciones individuales de poder. El lema de que los medios de producción deben convertirse en propiedad de todos, nunca podrá realizarse. Se apoya en la idea metafísica de la propiedad, siendo su sentido que el poder imaginario llamado derecho de propiedad debería trasferirse de los individuos a la colectividad. El lema es una adaptación con fines de propaganda de la vieja idea de los derechos.

Lo que concebiblemente puede hacerse en la dirección que el lema indica es reorganizar la vida económica dando

una estructura distinta a las posiciones de poder. Pero el poder no podrá ser eliminado. Para que la organización funcione con eficacia debe existir siempre alguien capaz de decidir efectivamente y con resultados prácticos, el uso de los recursos naturales, de las fábricas, de las comunicaciones, etc. Y en cualquier organización concebible esas posiciones de poder serán dependientes de cierto uso de la fuerza organizada.

El problema real consiste siempre en cómo podría obligarse a los tenedores del poder a emplearlo en el interés general y no en su interés propio o en el de un pequeño grupo. Sería fútil pretender encontrar una solución simple a este problema, pero es importante saber que puede ser resuelto. Lo prueba la experiencia, pues disponemos de abundante material para demostrar que el poder —aun la principal forma de poder, que es la de disponer de la fuerza— *está* efectivamente ordenado, efectivamente "regulado". La solución sólo puede lograrse planteando claramente el problema en sus verdaderos términos.

El derecho y la fuerza en las relaciones internacionales

La argumentación se ha orientado a demostrar que lo que llamamos derecho es en realidad un sistema de normas relativas a la fuerza utilizada por miembros de una organización, la cual, el Estado, ha logrado un monopolio efectivo de la fuerza dentro de cierto territorio. Parece adecuado concluír la exposición con algunas palabras sobre el derecho que se dice regir las relaciones entre las organizaciones: el derecho internacional.

Es obvio, como ya lo hemos dicho, que no es un derecho en el mismo sentido que el derecho interno del Estado. El derecho internacional no es un sistema de normas sobre el

uso de la fuerza por medio de una organización poderosa irresistible, ya que no existe tal organización por encima de los Estados. Las organizaciones armadas se hallan en el mismo plano. Con pocas excepciones, si es que hay alguna, sus límites se han establecido mediante la guerra o la amenaza de la guerra. El mismo factor es esencial para mantener esos límites. En cuanto existan tendencias agresivas dentro de un Estado, ellas solamente pueden ser refrenadas en último término por la amenaza de guerra o por la guerra efectiva de defensa en caso de invasión.

Ninguna norma determina el uso de la fuerza por un Estado contra otro. La fuerza no aparece aquí monopolizada, canalizada o regulada, sino empleada irregularmente según los intereses particulares dominantes en los diferentes Estados.

No existe, por lo tanto, nada en el campo internacional que corresponda al castigo. Los actos de revancha o sometimiento que en él ocurren no tienen nada de común con esas sanciones legales, fuera del hecho de que producen sufrimiento. Las medidas no son ordenadas por un juez imparcial, no se aplican según normas de alguna índole, no son la consecuencia normal de cierta clase de acciones, etc. No otra cosa que la victoria en la guerra determina qué bando debe ser "castigado"; no otra cosa que los intereses, el poder y posibles inhibiciones del vencedor limitan lo que ha de exigirse al vencido.

La ausencia de una fuerza organizada por encima de los Estados implica que el significado de los tratados internacionales es totalmente distinto de los contratos ordinarios. Un contrato válido según el derecho civil está respaldado por la fuerza; en caso de incumplimiento por una de las partes, la otra puede poner en movimiento la maquinaria legal para ser indemnizada. Por lo tanto, ambas partes tienen interés en

cumplir lo que han prometido en el contrato. Es mal negocio no hacerlo, pues conduciría a mayores gastos y a otros inconvenientes. En consecuencia, la actividad de la maquinaria legal crea un *motivo constante* para las partes contratantes de actuar con arreglo al contrato. En materia de tratados internacionales no existe tal motivo siempre presente, asegurado por una fuerza organizada; por lo tanto, el interés de las partes varía según la continuamente cambiante situación general. El elemento invariable de los contratos, constituído por el derecho, falta.

Es obvio, por lo tanto, que las características esenciales del derecho interno, derecho en el sentido propio, y de la situación efectiva resultante de su aplicación, están ausentes en las relaciones entre los Estados. A pesar de lo cual hablamos de derecho internacional. ¿Cuál es el significado de esto?

Sin duda existe un derecho internacional si se lo considera como un sistema de normas concernientes a las relaciones entre Estados. Estas normas se han elaborado en parte a través del uso y de la tradición, y en parte han sido establecidas por medio de tratados, o mejor dicho, constituyen el contenido de los tratados. Aquí, como en el caso del derecho en sentido propio, las normas son ideas de acciones humanas expresadas en forma imperativa. Es verdad que el sistema no es tan coherente como el derecho de un Estado moderno, pero esto sólo constituye una diferencia de grado.

Estas normas tienen su origen en la necesidad más premiosa. Sería prácticamente imposible la coexistencia de los Estados, especialmente en las condiciones actuales, sin cierto tipo de regulación. Sus relaciones deben ajustarse en innumerables aspectos a fin de reducir la fricción y mantener abiertas las vías del intercambio cultural y del económico. Por lo tanto, poderosos motivos compelen a los jefes de los Estados

a ceñirse a las normas establecidas, al menos en una importante medida. Ello es absolutamente necesario si ha de evitarse el caos. Para dar un solo ejemplo, el intercambio internacional de mercaderías, en la medida en que hoy se realiza, sería claramente imposible si la libertad de los mares no fuese generalmente respetada en tiempos de paz. Cuando se ridiculiza el derecho internacional se olvida en general que sería simplemente imposible vivir como lo hacemos si las naciones no observasen algunas de sus normas principales.

Desde un punto de vista puramente legal resulta no haber diferencia fundamental entre esas normas y el derecho en sentido propio. Lo que interesa inmediatamente al abogado en su capacidad de tal es encontrar qué cánones de conducta están contenidos en las normas jurídicas y cómo ellas han de reemplazarse cuando no cubren el caso en disputa. El abogado internacionalista se interesa en problemas de la misma índole cuando tiene que emitir normas jurídicas internacionales.

La recopilación y el comentario de estas normas es del ámbito propio de la doctrina, y sería también materia muy interesante de la investigación científica averiguar los motivos de adhesión a dichas normas y discutir sus efectos prácticos. Si preferimos identificar esas normas con el derecho internacional, no es necesario entrar en una discusión sobre el punto, ya que se trata de una simple cuestión de palabras. La terminología no carece de justificación, ya que el contenido de los imperativos que constituyen el derecho internacional es análogo, en muchos aspectos, al de las normas del derecho interno. Las normas internacionales son similares a una de las dos faces del derecho interno: el de las normas de conducta de los ciudadanos; pero falta en aquéllas su contrapartida: las normas sobre la fuerza a ser empleada por los

funcionarios. Pero al describir el derecho internacional como un verdadero derecho, encontramos algo más implícito: que el derecho internacional incluye un poder, una fuerza obligatoria de la misma naturaleza que la del derecho interno. Esta afirmación no se refiere al derecho como hecho, sino al derecho en sentido metafísico, y en este orden de ideas se afirma la existencia de una similitud absoluta entre las dos formas de derecho.

Desde el punto de vista metafísico el efecto esencial del derecho es crear derechos y obligaciones; pero este efecto, que sabemos es absolutamente imaginario, se atribuye al derecho internacional en igual forma que al derecho propiamente dicho. Se presenta el derecho internacional como un poder ideal de naturaleza idéntica a la del derecho mismo, poseyendo la misma "fuerza obligatoria", creando derechos y obligaciones tan reales como los atribuídos a éste. Desde el punto de partida metafísico es una cuestión secundaria cómo se protegen los derechos y cómo se imponen las obligaciones. Dícese que ello se realiza dentro de un Estado mediante sanciones aplicadas por los tribunales. En la esfera internacional la función de las sanciones está sustituída por la autodeterminación. Cada Estado es un juez dentro de sí mismo y toma también en sus manos la ejecución de las normas.

Considerado de ese modo el derecho en el sentido metafísico, aparece siendo de idéntica naturaleza en ambos casos. Esta línea de pensamiento ha tenido una exteriorización ideal en la obra clásica de Grocio sobre *El derecho de la guerra y de la paz*, que se considera generalmente el punto de partida de la ciencia del derecho internacional. Su método consiste en analizar las causas de las acciones del derecho civil y aplicar, consiguientemente, normas similares a las relaciones

entre soberanos. El principio rector es que en este campo la autodeterminación reemplaza a la restricción impuesta por los tribunales.

A todo motivo justo de acción en el derecho civil corresponde un motivo justo de guerra. Por lo tanto, una guerra es justa cuando se la declara para punir, o para borrar un agravio, o para exigir una indemnización debida, o para recuperar la propiedad perdida. Esto significa que una guerra está en el mismo plano que las sanciones penales y las ejecuciones civiles, y se la presenta así como algo totalmente análogo[19].

Sin duda, el sistema de GROCIO es anticuado. Su ingenuo paralelismo entre la guerra justa y las sanciones del derecho interno, ya no se acepta en general. Hay gran diversidad de opiniones entre los juristas que discurren sobre el derecho internacional en cuanto a su naturaleza, y en cuanto a la ubicación de la guerra en su sistema. Pero no es exagerado afirmar que los conceptos básicos de un derecho internacional "obligatorio", y de derechos y obligaciones creados por ese derecho, subsisten generalmente en la ciencia jurídica y, lo que es más importante, en la opinión pública. Estamos muy lejos de un estado de cosas en el cual las naciones reivindiquen sus simples y propios intereses sin la pretensión de disfrazarlos como derechos. Sin embargo, la idea de un derecho lleva aparejada la idea de que la fuerza puede emplearse para reivindicarlo, y que ella debe usarse si es que el derecho no ha de perder su significado. Pero la fuerza disponible es solamente la del mismo Estado al que se dice pertenecer el derecho, o la de sus aliados. La idea de autodeterminación en la protección del derecho propio es, por lo tanto, una realidad

[19] GROTIUS, 2,1 2,1: *Quot actionum forensium sunt fontes, totidem sunt belli: nam ubi iudicia deficiunt, incipit bellum.*

viviente en las relaciones internacionales, y muy poderosa por cierto.

No es necesario decir más para demostrar que, según la opinión corriente, la relación entre el derecho y la fuerza es la misma en la esfera internacional que dentro de un Estado. En ambos casos se considera que el derecho, concebido como un poder ideal, debe estar sustentado, o protegido, por la fuerza. La diferencia consiste, solamente, en que la autodeterminación está prohibida dentro del Estado, mientras que entre los Estados es todavía el último recurso para la reivindicación de los derechos.

Tal es el punto de vista ideológico común en nuestros días. Para medir su importancia en las relaciones entre los pueblos es necesario, ante todo, comprender que las ideas de derechos y de obligaciones tienen aquí una doble función: por una parte, dan origen a ciertas inhibiciones de violencia; pero, por la otra, incitan efectivamente a la violencia.

No debería descartarse por completo el efecto inhibitorio de las ideas. Me inclino a pensar que una investigación acabada revelaría una influencia restrictiva de las ideas de derechos y obligaciones internacionales, mucho mayor que lo que generalmente se supone. Los casos en que esa influencia restrictiva falla saltan a la vista, pero no aquellos en que ella actúa. Estamos predispuestos a pasar por alto la influencia positiva de esas ideas porque ellas pertenecen a nuestro caudal de verdades y de principios de conducta aparentemente obvios. Nuestra atención es atraída por la violación de esos principios y no por los casos en que ellos se aplican silenciosamente.

Está fuera de duda, sin embargo, que las inhibiciones determinadas por las ideas de derechos y de obligaciones en las relaciones internacionales no son, ni aproximadamente,

tan eficaces como aquellas impuestas por las normas civiles y penales fundamentales. Y eso ocurre porque no están sostenidas por la uniforme e irrevocable presión del uso regular de la fuerza, dirigido por jueces imparciales y concientes.

Por la misma razón, las ideas no son tan uniformes como las vinculadas al derecho interno. Nuestras nociones de cómo se adquiere el derecho de propiedad, qué es lo que él comprende, qué significa una deuda, cuáles actos son delictuosos, etc., se han formado bajo la influencia del derecho. Por lo tanto, las mismas nociones prevalecen en toda el área cubierta por el mismo derecho. Ellas se imponen con toda la autoridad y el poder de la organización del Estado. La confusión sobre las situaciones efectivas de poder y sobre los vínculos efectivos creados por el uso regular de la fuerza, conserva la creencia de que las ideas sobre derechos y obligaciones son verdaderas, es decir, corresponden a una realidad. Las nociones individuales sobre derechos, al contrario de aquellas promovidas por el derecho, parecen falsas precisamente porque les falta el sostén de la organización del Estado y no están, por lo tanto, vinculadas con relaciones y ventajas de contenido práctico. Es así como el monopolio de la fuerza produce una unificación de ideas de largo alcance al imponer algunas de ellas y excluír otras. (La similitud de ideas en muchos aspectos esenciales en todos los países civilizados, se explica por el hecho de que la necesidad de imponer precisamente esas ideas, se ha hecho sentir en todas partes.)

En el campo internacional la situación es fundamentalmente distinta. La ausencia de un monopolio de la fuerza se traduce en una diversidad de ideas concernientes a los derechos y a las obligaciones. Aquí no existe un poder central capaz de crear y sustentar ideas uniformes con la correspondiente exclusión de otras ideas. Por lo tanto, se han formado

y desarrollado muy distintos sistemas en los diversos países sobre la base de sus intereses diferentes. Los pretendidos "derechos" son, esencialmente, disfraces para esos intereses, que los presentan como de carácter absoluto, haciéndolos aparecer como algo más de lo que son realmente: meros deseos y exigencias de los sectores dirigentes de los países de que se trata. Es verdad que con frecuencia tales ideas son compartidas por grupos enteros de países, pero cuando eso ocurre los intereses de éstos son también similares.

Cuando se elogia el derecho internacional como un instrumento de paz, se tiene en cuenta exclusivamente la influencia *restrictiva* de las ideas concernientes a derechos y a obligaciones. No se percibe que esas ideas producen también el efecto contrario. Una influencia restrictiva puede ser ejercida por la noción de que *algún otro* tiene un derecho que debería ser respetado; pero la idea de que *uno mismo* tiene un derecho sirve también para remover inhibiciones sobre el uso de la violencia y aun para incitar a la violencia para "proteger" el derecho. Es muy importante prestar atención a la función psicológica de la idea de los derechos en este aspecto.

Una creencia firme de que tenemos un derecho significa, en primer término, que las acciones a las cuales tenemos ese derecho se consideran permitidas. Ningún prohibitivo "¡No lo harás!" se asocia a la idea de ejecutar esas acciones. Pero la creencia produce también el efecto de suscitar ciertos sentimientos. Como lo hemos señalado antes, la idea de tener un poder sobrenatural hace surgir muy naturalmente un sentimiento de fortaleza, a lo que se une la sensación de confianza inspirada por la idea de que este poder, en último análisis, debe afirmarse por sí mismo en la vida real.

Las mismas ideas y sentimientos se vinculan con el uso de la fuerza para "proteger" y "reivindicar" nuestros dere-

chos. Estos actos se hallan también libres de la esclavitud del "¡no!" imperativo generalmente asociado a la idea de violencia, y van también acompañados por sentimientos de confianza y de fortaleza.

En cuanto a los derechos de la ley civil, el aparato del Estado provee la así llamada protección. Con pocas excepciones se sanciona la justicia hecha por mano propia. Esto significa que el imperativo de negación concerniente a la violencia (con las excepciones indicadas) solamente falta en cuanto a los actos de fuerza organizada y regular cumplidos por los funcionarios competentes. El deseo de reivindicación de los derechos es satisfecho mediante esos actos que se realizan tranquila e irresistiblemente. El sentimiento de confianza y fortaleza está asociado con esos actos y no con actos de violencia del poseedor del derecho. De esa manera se da razonable desahogo a los sentimientos vinculados con la reivindicación de los derechos y al mismo tiempo se los tiene en jaque.

Contrariamente, a los sentimientos vinculados con los pretendidos derechos de los Estados, no se los tiene en jaque mediante una organización superestatal, ni se les da un mesurado desahogo en conjunción con el uso de la fuerza por tal organización. Cada Estado entiende que debe reivindicar por sí mismo sus derechos, y se considera con título para emplear la violencia con tal fin, al menos cuando ello parece ser absolutamente necesario (como es evidente por el hecho de que todo Estado mantiene fuerzas militares). En otras palabras: no existe imperativo prohibitivo alguno asociado con la idea de violencia, en tales casos (excepto para los pacifistas extremos, que llegada la oportunidad son una ínfima minoría). Por lo contrario, los sentimientos de fortaleza y de confianza en la victoria están asociados con la violencia o con

la amenaza de hacer uso de ella. Más aún, esos sentimientos son excitados deliberadamente por los conductores de los pueblos a fin de aumentar su potencial de guerra. Agreguemos a lo dicho que las ideas sobre derechos no están sujetas a restricción alguna exterior a los Estados, que están determinadas principalmente por los intereses dominantes en cada Estado, que los diferentes sistemas de ideas de derechos pueden estar por lo tanto en agudo conflicto entre ellos, y tendremos una noción de lo que realmente significan el derecho internacional y los derechos de los Estados como instrumentos para atenuar el uso de la violencia entre los pueblos. Su efecto en este sentido es exactamente el opuesto al de un instrumento de paz[20]. En la realidad, las ideas de derechos y de justicia son parte integrante del armamento de todo Estado. La situación aparece con perfecta claridad una vez que se descarta el concepto metafísico del derecho y se dirige la atención, no a este poder imaginario, sino al estudio de la función psicológica de las *ideas* concernientes al derecho y a los derechos entre los Estados, y a su conexión con el empleo de la fuerza.

Se ha levantado un clamor por la abolición de la fuerza, incluso en las relaciones internacionales, y por razones obvias, ya que el uso no regulado de la fuerza que en ese orden prevalece, representa la amenaza más peligrosa para la civilización y arroja una carga cada vez más pesada sobre la humanidad. La formación de la Liga de las Naciones y el "sistema colectivo de seguridad" fue un intento para remediar

[20] La peligrosa ilusión de que el derecho internacional es exclusivamente un instrumento de paz, ha sido atacada violentamente y con gran perspicacia por el profesor LUNDSTEDT en *Superstition or rationality in action for peace?* (London, 1925), y en *Le droit des gens, danger de mort pour les peuples* (Bruxelles, 1937).

ese mal. Su propósito confesado era poner término a la guerra y eliminar en consecuencia el empleo de la amenaza de guerra, o las así llamadas políticas de fuerza. El derecho internacional iba a ocupar el lugar de la fuerza y habría de regir las relaciones entre los pueblos sobre la base de la justicia. Puede así sintetizarse adecuadamente el propósito de la Liga con estas palabras de una eminente autoridad: "El sistema colectivo significa la abolición de la fuerza y su sustitución por las normas del derecho"[21].

Es obvio que el derecho así invocado solamente podría ser el derecho en sentido metafísico. El "poder" superior debía estar por encima de la fuerza efectiva de los Estados. La creación de algo parecido a una organización mundial centralizada de la fuerza, resulta fuera de cuestión y ni siquiera aún intentado. La Liga presuponía la soberanía de cada uno de sus Estados-miembros, pero la soberanía sólo es atributo de organizaciones que han logrado un monopolio de la fuerza dentro de un territorio. Por lo tanto, el principio era que el derecho, en el sentido de normas "obligatorias", regiría las relaciones entre los Estados, en reemplazo de la fuerza relativa de éstos, mientras los Estados mantendrían su carácter de organizaciones armadas. El desarme constituiría una etapa ulterior, aunque había opiniones divergentes sobre si la seguridad (basada en el derecho) precedería al desarme o el desarme a la seguridad.

En la práctica esto solamente importaba una intensa propaganda de los principios de la Liga con el propósito de crear entre los pueblos y sus conductores las inhibiciones más eficaces en cuanto al empleo de la violencia. Como lo sabe-

21 ANTHONY EDEN en un discurso, enero de 1935 (del "Manchester Guardian").

mos, esa propaganda se llevó a efecto en gran escala; pero no surtió los frutos esperados. Su fracaso era inevitable por la razón principal de faltarle el sostén de una fuerza organizada central. Inhibiciones del carácter aquí exigido nunca podrán ser creadas uniformemente y mantenidas con seguridad, sin tal sostén. Es tarea digna de Sísifo predicar a los fuertes y poderosos, que no sean poderosos. Pero esto es precisamente lo que representa la prédica de la abstención voluntaria de todo uso de la fuerza.

Por otra parte, los principios de la Liga de las Naciones incluyen otra idea que está en abierta contradicción con la de abolir la fuerza. Es la idea de las sanciones. Porque sanciones significan guerra. Por lo tanto, el sistema de la Liga se caracteriza por una figura interna que ha ocasionado la mayor confusión. La gente ha vacilado constantemente entre esos dos puntos de vista sin apreciar la diferencia entre ellos. El resultado de su fusión es el principio de defender la paz yendo a la guerra.

Era inevitable, empero, que el principio de la abolición de la fuerza fuese completado por el principio contradictorio de las sanciones. No puede prescindirse de la fuerza. Aunque diéramos por supuesto que la propaganda de la Liga pudiese establecer inhibiciones en materia de violencia, tan uniformes y firmes como las creadas por el derecho interno, la fuerza sería necesaria a pesar de todo. Es obvio que las inhibiciones nunca pueden ser absolutas. Es inevitable que se produzcan casos de violencia. Renunciar a sus medios propios de usar la fuerza, significaría para los Estados exponerse al peligro de ser subyugados por el poder militar conservado o resucitado de cualquier Estado. Este peligro habría sido tanto más inminente cuanto que las inhibiciones en materia internacional no son en modo alguno tan firmes y fidedignas como

las que se refieren a robos, asesinatos y delitos comunes. Por eso el instinto de propia conservación exige la inclusión de la fuerza en el sistema, bajo el nombre de sanciones.

El resultado no puede compararse en modo alguno al "imperio del derecho" que encontramos dentro de un Estado. Aquí no existe tal fisura. Nuestro derecho, civil y penal, no ha sido edificado sobre el principio del no empleo de la fuerza, sino sobre el principio de que la fuerza debe ser regulada y utilizada para fines comunes superiores. Por lo tanto, la aplicación de las normas jurídicas mediante actos de fuerza no está en contradicción con los fundamentos del sistema, sino en armonía con él, y esos actos se realizan sin gran esfuerzo en los casos individuales. Por lo contrario, en la Liga de las Naciones encontramos en los cimientos del sistema el principio de la abolición de la fuerza. Como una estructura colocada por encima de esas bases, está el principio de las sanciones. Y la aplicación de las sanciones exige un máximo de fuerza, ya que ellas tienen que dirigirse contra Estados poderosos.

No podemos señalar un solo ejemplo en el cual el sistema colectivo haya sido aplicado realmente según el pacto original, aunque las oportunidades para hacerlo han sido numerosas. (Las sanciones impuestas a Italia durante la crisis de Abisinia no fueron en modo alguno las exigidas por la letra y por el espíritu del pacto.) Múltiples son las causas de ese fracaso y obvias en buena medida. Deseo anotar solamente una de ellas.

Si las sanciones hubieran de aplicarse regularmente y conforme a las normas establecidas, su aplicación no debería confiarse a personas que estén, como ocurre al menos nueve veces en diez, colocadas en una posición que por sí da lugar a un agudo conflicto de intereses. Por lo contrario, su posi-

ción debería ser tal que estén personalmente interesadas en llevar a cabo la aplicación de las sanciones y en hacerlo cuidadosamente, como en el caso de nuestros jueces. Éstos, lejos de exponerse a riesgos al condenar a los criminales o al decidir causas civiles, ganan su vida al hacerlo. Pero los Estados que deben aplicar sanciones están en situación muy distinta. Deben arrostrar el riesgo de los más grandes sacrificios concebibles sin ninguna perspectiva segura de recompensa. Es totalmente fútil esperar que cualquier nación, en cualesquiera circunstancias, ha de tomar sobre sí semejante carga si no la considera exigida por sus propios y más vitales intereses. Pero esto significa que las sanciones del Pacto nunca se aplicarán por mero respeto a sus reglas. Si se hace uso alguna vez aun de la ideología de las sanciones —y esto parece excluído por completo en el momento en que escribimos—, lo será solamente para justificar una guerra que las potencias rectoras de la Liga consideren necesaria por razones totalmente desvinculadas del contenido del Pacto. El derecho internacional, los derechos afectados, y las obligaciones impuestas por la condición de miembro de la Liga, se invocarán para remover las inhibiciones en cuanto al empleo de la violencia, para estimular los sentimientos de confianza y de fortaleza, preparando así la fundamentación moral de la guerra y con la finalidad de conquistar aliados.

APÉNDICE

EL IMPERATIVO DE LA LEY*

¿Qué hace una comisión a la que se le ha encomendado elaborar un proyecto de ley? Evidentemente su tarea consiste en buscar una ordenación determinada para una actividad cualquiera de la vida social. Supongamos, por ejemplo, que el encargo se refiera a la preparación de una legislación de urbanización. Los miembros de la comisión deben formarse una idea sobre la forma en que debe organizarse el plano de una ciudad: cómo deben distribuírse las calles, las plazas y los parques; cómo debe efectuarse la división en barrios y manzanas; etc. Una serie de representaciones imaginativas, cuidadosamente elaboradas al respecto, encuentra su expresión en el texto, que constituye el resultado final de la tarea de la comisión.

Algo parecido sucede en toda legislación. El contenido de la ley es un conjunto de representaciones imaginativas de tipos de acciones humanas. Las reglas enunciadas en ella

*Traducido directamente de la edición original en alemán (*Der Imperativ des Gesetzes*, Ed. Ejnar Munksgaard, Kopenhagen, 1942) por el Dr. José Julio Santa Pinter. El prólogo a dicha edición dice así: "El presente escrito debe considerarse como una ampliación de mi trabajo *Gesetz und Staat* [Ley y Estado], 1940. El momento imperativo en la ley fue tratado en aquél tan sólo accidentalmente, lo cual ha provocado ciertos malos entendidos. Por lo tanto, creo conveniente un análisis más profundo de esta materia. - Lund, enero de 1942. - Karl Olivecrona".

son "modelos", según los cuales los hombres deben conducirse. Lo mismo vale para todas las normas, que en número tan elevado hallamos fuera de la legislación (por ejemplo, en la familia, en el taller, en la vida social), o bien para las normas que el individuo establece para su propia vida privada. Se diferencian solamente en la forma en que se fija el modelo de acción y en los medios con los que se asegura su ejecución.

Una norma, pues, contiene un modelo de acción forjado por la fantasía. Pero el concepto de norma requiere algo más. La representación imaginativa de un modo determinado de conducirse no constituye por sí sola una norma. Cuando yo simplemente imagino el solo hecho de que todos los días, a una hora determinada, realizo un paseo, no se perfila todavía una norma. Para que ella exista es necesario que tenga lugar un paso ulterior. Establezco una norma para mi conducta personal solamente cuando me digo a mí mismo algo así: debes realizar un paseo todos los días, a una hora determinada. En otras palabras: es necesario que entre en juego un momento *imperativo*. Esto es válido para todas las normas, desde las simples reglas de conducta privada hasta las contenidas en las leyes.

Por consiguiente, toda norma contiene *dos momentos*: un *modo de obrar imaginado* y una *expresión imperativa* asociada a él en la conciencia, un "deber" u otro equivalente.

En la filosofía del derecho, sorprendentemente, se ha atribuído poca importancia a la exacta definición de lo que es una norma en general. Mucha confusión se hubiese podido evitar de habernos dedicado a ello, en lugar de partir del concepto de la norma como algo simple y claro. *Ante todo es de importancia fundamental diferenciar los dos momentos* para que no se confundan en algo indeterminado. A conti-

nuación ha de analizarse más de cerca el momento imperativo de la norma legislativa[1].

1

A veces se ha llegado a poner en tela de juicio que la ley tenga carácter imperativo. Por eso hay que preguntarse en primer lugar si efectivamente es exacto que ella tenga tal carácter. ¿Será esta hipótesis algo precipitada? Una reflexión profundizada demuestra que no es así. Puede demostrarse fácilmente que no hay ninguna posibilidad de concebir la ley en forma distinta que como imperativo.

Está claro que la ley no se dicta con el propósito de dar cuenta de que un conjunto de personas —empeñadas en tareas preparatorias— se han formado ciertas representaciones imaginativas, por ejemplo, en el caso de la legislación urbanística, sobre el aspecto de una ciudad. La comunicación de este conocimiento tendría escaso interés y de ninguna manera produciría el efecto que se ha tenido en vista en la ley. La ley tampoco contiene un *juicio sobre un acontecimiento futuro*. Ella no dice, por ejemplo, que la ciudad tendrá efectivamente ese aspecto. Tales juicios podrían emitirse sobre la

[1] También el momento imaginativo en las normas legislativas exige, dada la naturaleza de los conceptos jurídicos, un estudio particular. Por una parte hay que puntualizar el significado y el contenido de estos conceptos, por la otra se trata de indagar la manera en que ellos se utilizan en la ley. En mi obra *Gesetz und Staat* (ps. 16 y ss.) los dos momentos de la norma han sido definidos como "contenido" y "forma". Como el último vocablo ha dado lugar a equívocos, parece muy oportuno utilizar los vocablos "contenido" y "señal imperativa" (sobre el último vocablo cfr. el texto, p. 179). En la obra citada el contenido imaginativo de la norma fue tratado con bastante amplitud, y para este argumento partí de las fundamentales investigaciones de HAGERSTRÖM y de LUNDSTEDT, mientras que la señal imperativa fue tratada tan sólo en forma concisa.

base de la hipótesis de que la ley llegue a cumplirse efectivamente; pero esto es ya otra cosa. La ley no consiste en declaraciones sobre el resultado de su futura ejecución. Además, es evidente que la ley no expresa *esperanzas* en mérito a un acontecimiento futuro, ni tampoco meros *deseos* o *consejos* acerca de cómo debemos conducirnos; en esta forma debe disponerse el plano regulador, en esta forma debe celebrarse el matrimonio, en esta forma debe castigarse al ladrón, etcétera. Es éste, pues, el significado de la ley. Mas ello significa que la ley consiste en una especie de imperativos.

2

Con eso no se pretende decir, de ninguna manera, que el texto de la ley deba concebirse en la forma gramatical del imperativo. En efecto, la forma de expresarse usada en la orden en sentido propio, difícilmente puede usarse en el texto legislativo. A menudo nos servimos de una expresión afín a la orden, que contiene un "debe". Pero puede también usarse la forma del indicativo. En consecuencia, pueden utilizarse distintas formulaciones para expresar el significado imperativo. Éste es siempre presente. Cualquiera que sea el tenor de las palabras, la fórmula de la ley significa: *debemos* conducirnos de esta o de aquella manera. Sin alterar su significado y contenido, el texto puede siempre circunscribirse de manera que quede en evidencia el momento imperativo. Y el significado, entendámoslo bien, no es que debemos conducirnos de una manera determinada para conseguir una ventaja o para evitar una consecuencia desagradable. Es bien sabido que la ley suele contener una previsión de lo que debe esperar el que no da cumplimiento a determinado precepto. Esto no quiere decir que el significado verdadero del precepto consista en el hecho de que de-

bemos conducirnos de una manera determinada para evitar la sanción. Se altera el significado de la proposición legislativa cuando se trata de asimilarla a un consejo o a una amenaza: ¡obra de esta manera si no quieres incurrir en una pena o pagar una indemnización! No, el significado consiste en que debemos conducirnos *incondicionalmente* de una manera determinada[2].

3

El prototipo del imperativo lo tenemos en la orden en sentido propio. Respecto de ella debemos entrar en detalles[3].

La orden se concibe siempre categóricamente. Ella no dice: debes conducirte así, en caso contrario te ha de ir mal.

[2] A menudo el imperativo contempla formalmente la constitución y modificación de derechos y de deberes. Ello no es más que una manera especial de dictar preceptos de conducta (v. mi *Gesetz und Staat* cit., ps. 105 y ss.). Pero aquí hay una importante y funesta causa de equívocos. Tenemos el ejemplo impresionante en la recensión interesantísima escrita por BINDING sobre la obra de THON en "Kritische Vierteljahresschrift", 1879. BINDING observa con exactitud que la doctrina imperativista, sostenida por THON, no concuerda con la admisión de la existencia de derechos subjetivos (cfr. HAGERSTRÖM, *Den objektivä rättens begrepp*, p. 135). Pero BINDING no puede aprobar esta consecuencia. "Los derechos deben saltar" —afirma (*op. cit.*, p. 557)—. Las cosas en realidad son muy distintas: las normas que formalmente disponen la constitución, modificación o extinción de los derechos subjetivos, expresan reglas de conducta, aunque sea por vía indirecta. BINDING no percibe que proposiciones como "el emperador tiene derecho a declarar la guerra" o "los enfermos mentales están incapacitados para contratar", constituyen sólo momentos de reglas de conducta. "El centro de gravedad jurídico —escribe— se halla en el *derecho* del emperador, en la incapacidad del enfermo mental". Concorde con la concepción tradicional jurídica, se imagina que la norma crea *verdaderamente* un derecho para el emperador, en el sentido de una potencia ideal, o quita verdaderamente una prerrogativa (más propiamente: le priva de una potencia ideal).

[3] Las valoraciones, que siguen, sobre el imperativo en sentido propio, se basan en la fundamental obra de HAGERSTRÖM, que sólo puede leerse

Verdad es que muy a menudo la orden se relaciona con una amenaza o una advertencia, cuya función es atribuírle un mayor grado de fuerza. Pero el agregado que contiene la amenaza o advertencia debe diferenciarse de la orden en sí. Ella sólo dice: ¡Tú debes!, sin agregados, y no ofrece la obtención de una ventaja o la perspectiva de evitar un daño, como motivo de la obediencia. Si la orden, como tal, logra su finalidad, sin el concurso de promesas o amenazas, nace en el destinatario un "propósito libre de valoración" (HÄGERSTRÖM). Así se entiende la orden que no esté motivada con ningún deseo particular del sujeto. Pero puede suceder también, como hace notar HÄGERSTRÖM, que la orden llegue a provocar en forma inmediata una acción sobre su destinatario, sin que éste conciba primero una orden. Los reclutas que realizan un ejercicio de marcha en la plaza de armas ejecutan de una manera puramente mecánica la orden del superior; no se encuentran vestigios en ellos de un propósito: "ahora voy a hacer un ejercicio de marcha", o de otras cosas parecidas. Sin embargo, es innegable la ausencia de valoración. En el instante de la acción no es necesario que en sus conciencias obre el pensamiento profundo de las consecuencias de una desobediencia. A pesar de esto, ellos reaccionan en la forma preestablecida. (Es otra cosa que la amenaza de la pena sea uno de los medios para inculcarles una disposición de ánimo que los haga sensibles a esta clase de órdenes. En cuanto se crea una cierta receptividad, no se necesita como motivo ninguna reflexión sobre las consecuencias de una acción distinta de la que ha sido ordenada, y esto generalmente no sucede.)

---

lamentablemente en su texto sueco, *Till frägan om den objektiva rättens begrepp*, 1917, t. I, ps. 51 y ss. Cfr. también del mismo autor, los *Socialfilosofiska uppsatser*, 1939, ps. 70 y ss.

Cuando obra una orden enérgica y vigorosa como tal, se produce una forma de sugestión. Naturalmente la orden no tiene ese mismo resultado en cualquier situación. Por una parte se requiere cierta fuerza y cierto prestigio en el autor de la orden; por la otra, una actitud de receptividad en aquel a quien está dirigida la orden. A menudo se agrega a ello en quien imparte la orden una posición de autoridad que se basa en la condición de progenitor o en el grado que reviste en la organización estatal, y, por lo general, la amenaza de la sanción se perfila en el fondo. Pero esto no significa de ninguna manera, como claramente lo demostró el ejemplo de los reclutas, que la ejecución de la orden sea esencialmente provocada por reflexiones sobre las probables consecuencias de una desobediencia. Sería grave error suponerlo. La actitud autoritaria y la amenaza de las sanciones, por el contrario, obran como medida que refuerza la sugestión. Es posible que no exista en absoluto una reflexión sobre las consecuencias eventuales. No obstante, siempre y en cuanto dichas reflexiones se concibieran, éstas, en contraste con la sugestión, desempeñarían un papel secundario. Tal vez adquieran significado sólo en el caso en que la sugestión sea ineficaz[4].

4

En la orden pueden distinguirse dos elementos: por una parte, *el contenido imaginativo*; por la otra, *la forma imperativa*. El autor de la orden debe expresar, pues, una representación del comportamiento que desea provocar en el destinatario del precepto. En segundo lugar debe usar un instrumento de expresión dirigido a suscitar en el destinatario el

[4] Un estudio profundizado sobre esta cuestión sobrepasaría los límites de la presente exposición.

propósito de realizar la acción respectiva, o bien, a provocar directamente la acción.

El momento imaginativo de la orden puede dejarse aquí a un lado. El autor de la orden enuncia pura y simplemente la acción que quiere provocar en el otro sujeto. El significado y la importancia de la forma imperativa son, en cambio, los que requieren una consideración más concluyente. Sobre este punto se ha incurrido muy a menudo en equívocos que han influído en las concepciones sobre el carácter de las normas jurídicas.

En primer lugar hay que dejar establecido con la mayor precisión que la forma imperativa misma, es decir, el "tú debes" de la orden, no suscita ninguna *representación imaginativa* en el destinatario. El proceso imaginativo que en este último se suscita es únicamente una imaginación de la conducta ordenada en relación con las palabras "tú debes" (o bien, "yo debo"). *No existe un contenido imaginativo que corresponda a la palabra "deber"*. Lo que el destinatario percibe con relación a esta palabra es únicamente la palabra, y no lo que con ella se quiere expresar[5].

Debe indagarse, además, de qué manera la expresión de la orden obra sugestivamente. A tal efecto, en primer lugar, basta comprobar pura y simplemente que la expresión de la orden realmente obra así. El nexo aparece más claro cuando comparamos la orden con la expresión de un *propósito*: *quiero* hacer esto o aquello. Aquí se halla, como ha demostrado HÄGERSTRÖM, una asociación de dos manifestaciones de con-

[5] Cfr. HÄGERSTRÖM, *Socialfilosofiska uppsatser*, p. 72: "Este ¡tú debes! no suscita ninguna imaginación en el destinatario de la orden que pueda calificarse como el significado de aquella palabra. Sólo la designación del comportamiento que se «debe» realizar, suscita una imaginación correspondiente, es decir, del comportamiento indicado. Lo que se percibe con el experimento de la verdadera forma de la orden, es ésta misma solamente" (traducción del autor).

ciencia, es decir, por un lado la imaginación de una conducta determinada y por el otro un impulso volitivo. El último se exterioriza en este "*quiero*". Con ello no se pretende comprobar la existencia del impulso volitivo. No se trata tampoco de un acontecimiento futuro: yo quiero actuar realmente de esta o de aquella manera. No, "yo quiero" es una expresión refleja del mismo impulso volitivo. Esto último puede expresarse también de la misma manera en gestos faciales que reflejan decisión. La expresión verbal y la mímica son en todo comparables. Un fenómeno similar se encuentra en el campo afectivo. Con una exclamación gozosa no revelamos que estemos contentos. La exclamación es una inmediata y espontánea manifestación del sentimiento mismo y puede asimilarse a la expresión mímica que traiciona el gozo.

Expresar un propósito sirve también para crear una autosugestión. Cuando me digo enérgicamente: ¡*quiero* hacer esto!, refuerzo mi propósito. Encontramos aquí una aplicación del principio por el cual la expresión de un sentimiento o de una volición no obra sólo como *expresión*, sino, por el contrario, puede tener por objeto el *suscitar* o reforzar un sentimiento o una volición correspondientes.

Cuando un niño se echa a llorar, sucede a menudo que otro se contagia con ese llanto. Igualmente contagiosas son las manifestaciones de regocijo. El decidido propósito de un hombre de penetrar en un lugar peligroso, puede análogamente estimular a otras personas, etcétera.

Mas así como las manifestaciones del sentimiento o de las voluntades, provocan en forma del todo natural, fenómenos de simpatía o bien pueden servir para la autosugestión, de la misma manera pueden usarse deliberadamente para ejercer un influjo sobre los demás. Es exactamente lo que sucede con una orden. Su "¡tú debes!" puede, bajo ciertos

aspectos, suscitar un simétrico "yo quiero", o estimular directamente una acción. Es una manifestación de voluntad que sirve para provocar una volición.

La expresión de una orden es, en consecuencia, afín a la de un propósito. Su significado no consiste en advertir a algún oyente atento que el autor de la orden quiere algo. Semejante comprobación objetiva dista de ser una orden[6]. Naturalmente no es intención del autor de la orden anunciar que aquel a quien está dirigida la orden, actuará efectivamente de una u otra manera. El "¡tú debes!" que emplea es un medio para provocar una acción del otro. La expresión hablada es también aquí comparable a la mímica. A un niño lloroso se le grita: ¡Calla!, o ¡Vete de aquí! En cambio, si nos hallamos en un lugar donde se prohibe hablar, en sustitución de la palabra nos ponemos el dedo sobre los labios y señalamos con la mano. Esos signos tienen exactamente el significado de la orden verbal. El gesto constituye un medio de manifestación del contenido imaginativo y obra sugestivamente en forma simultánea en relación con la expresión de la cara y con toda la actitud. (Que, por otra parte, el gesto de por sí sea menos eficaz que la palabra, es otro asunto. El lenguaje es un poderoso instrumento de manifestación para las órdenes y en la mayoría de los casos nos servimos del gesto para reforzar la palabra hablada.)

[6] Cfr. KAINZ, *Psychologie der Sprache*, 1941, t. I, p. 182, donde con respecto a la orden, entre otras cosas, dice: "No se trata de una manera teórica de comunicar el conocimiento, ni de una enseñanza objetiva, sino de una influencia sobre la acción. Los contenidos expresados con palabras no sirven sólo para el conocimiento sino que deben producir inmediatamente efectos prácticos".

5

La orden obra en forma sugestiva justamente como expresión de voluntad. Como tal puede suscitar en el destinatario un correspondiente impulso volitivo. Por ello debe llevar la orden también el sello de la energía para tener efecto sugestivo. Palabras pronunciadas en modo débil, puramente mecánico, carecen de ese efecto. Cuanto mayor es la resistencia psíquica que hay que vencer, tanto más fuerza hay que imprimir a la orden para alcanzar la finalidad.

La expresión imperativa no se configura, pues, con el mero uso de determinadas palabras. Pertenecen a la esencia de la orden no sólo las palabras, sino también el modo de pronunciarlas, así como la expresión del rostro, los gestos, y en general el modo de conducirse del que imparte la orden. Todo ello compone el cuadro de la expresión imperativa en sentido amplio. Además, las palabras deben pronunciarse en cierta relación de conceptos a fin de que puedan tener el carácter

Como apropiada denominación de la expresión de la de una orden.

orden en esta amplia acepción podemos elegir el término "*señal imperativa*" *. Por el término entendemos todo aquello que constituye el elemento volitivo de la orden, es decir, todo lo que sirve no para provocar una imaginación de la conducta deseada, sino un impulso que conduzca a dicha actitud.

6

En lo que antecede se han examinado principalmente los tipos más acentuados e intensos de orden. Pero existen tam-

* "*Imperativzeichen*" puede traducirse por "señal (*Zeichen*) imperativa", pero *algunas veces* no está mal emplear la expresión "manifestación imperativa" (N. del T.).

bién órdenes de otra naturaleza. No es necesario que se ejerza siempre una sugestión ni tampoco poner un acento especial sobre la orden. Esto sucede, por ejemplo, cuando le encargamos al mozo del hotel que esté con el equipaje en la estación. Él cumplirá el encargo. A menudo nos valemos de un tono expresivo cortés, atenuado. Hasta puede usarse la forma interrogativa[7].

La señal imperativa cambia en los diferentes casos. Hay infinidad de gradaciones conforme a la situación concreta. Que una orden se dé en una forma u otra (y que pueda darse de manera que tenga efecto), depende de numerosos y variados factores: la naturaleza de la conducta objeto de la orden, la predisposición general del destinatario, las relaciones existentes entre este último y el autor de la orden (existe gran diferencia entre el caso en que se trate de una relación casual y el otro en que subsista una relación constante de subordinación), etc. El que es empleado como mozo de un hotel, recibe normalmente de los clientes del hotel las órdenes relacionadas con su trabajo. En efecto, se lo ha empleado para ejecutar determinada clase de imperativos que se le dirigen, ya que ésta es una condición indispensable para poder conservar su empleo. En otras palabras: aquí aparece un motivo constante, que obliga a cumplir determinados actos no bien se dé una orden, por menos expresa que sea. La orden sirve sólo para estimular, por decirlo así, en determinada dirección, esta preexistente disposición a obrar, no para ejercer una sugestión.

Podemos dividir así las diferentes señales imperativas en *sugestivas* y en *estimulantes a la acción*. Entre los tipos extremos existen numerosas formas de transición. La señal

[7] KAINZ, *op. cit.*, ps. 224 y ss.

imperativa recorre una gama de gradaciones, desde la orden decididamente seca, típica, llena de energía, a la directiva incolora. En efecto, las órdenes pueden adoptar el tono expresivo del deseo, de la exhortación y del consejo. No existe un límite neto entre los distintos medios con los cuales se influye sobre las acciones de los demás hombres. Los tipos más acentuados se distinguen con mucha claridad, como sucede con los colores más definidos del arco iris. Pero entre ellos, como en el arco iris, existe una gama de formas que imperceptiblemente se confunden.

7

Entre las señales imperativas podemos distinguir —aquí también sin una precisa línea demarcatoria— dos diferentes tipos que prácticamente podemos definir como señales imperativas *espontáneas* y *convencionales*. A la categoría de las señales espontáneas pertenecen naturalmente las expresiones mímicas. Pero también las verbales pueden considerarse como pertenecientes a esta categoría, en cuanto puedan calificarse como "naturales", esto es, que no sean especialmente reguladas. "Naturales" son especialmente las relacionadas con la expresión de un propósito como el simple "tú debes" y otras similares.

Las señales imperativas convencionales son aquellas que en alguna forma sean reguladas y estandardizadas. Un ejemplo típico nos lo dan las órdenes militares, cuyo significado está exactamente determinado en el reglamento (de no ser así, en muchos casos no tendrían ningún significado inteligible, puesto que a menudo están acuñadas por específicas exigencias militares).

Con la estandardización tiene relación el que se infunda, en quienes deben obedecer, una particular *predisposición* a la

obediencia, como sucede por ejemplo con los reclutas. Esto de ninguna manera significa que quede excluído el prestigio personal del comandante. Por el contrario, esto reviste la mayor importancia en las relaciones militares. De todos modos constituye una condición necesaria para la eficacia del imperativo convencional el hecho de que se haya inculcado una manera fija de reaccionar en los destinatarios de la orden. De lo contrario puede suceder que tales señales imperativas no obren con eficacia apreciable.

También en este aspecto es válida la observación de que las palabras o las señales por sí solas, como fenómenos aislados, no constituyen señales imperativas. Ellas funcionan como tales en el único caso en que actúen como momento de una situación de naturaleza general determinada. Un movimiento del brazo significa, por ejemplo, según el reglamento militar, que la columna debe ejecutar una conversión a la derecha. Pero el gesto reviste este significado naturalmente sólo cuando lo realiza el comandante en presencia de la tropa, y no cuando ensaya la orden en casa frente al espejo, o cuando un niño pasa delante de la tropa y ejecuta igual gesto con el brazo.

8

La orden en sentido propio implica una relación entre dos personas. Pero sucede en muchísimos casos que una frase o una señal funcionan como órdenes, sin que se perfile una relación personal entre una persona que imparte una orden y otra a quien está dirigida. La proposición "¡debes decir la verdad!" puede ser pronunciada como una orden, por ejemplo, por el preceptor de un niño. Pero esta misma proposición se le puede presentar al niño en otra forma, es decir, bajo el aspecto de *enseñanza*. Se le enseña al niño que todo hombre

debe decir la verdad, se le imprime el concepto de que es honesto decir la verdad, y deshonesto lo contrario.

Infúndase la proposición en esta o en aquella forma, ella quedará arraigada en la conciencia de los hombres de dotes normales, y obrará con real significado sugestivo. Aun sin que nos imaginemos una persona en actitud de impartir una orden, la máxima "¡debes decir la verdad!" irrumpe en nosotros no bien nos sentimos tentados de hacer una afirmación insincera, o cuando encaramos el problema de tener que conducirnos en forma éticamente correcta. El hecho de que dicha máxima pueda tener un efecto sugestivo tan poderoso, como ocurre en verdad, debe naturalmente atribuírse a causas especiales. Un mandamiento como el que se ha examinado como ejemplo, corresponde a una instintiva o concientemente sentida necesidad social. (La búsqueda de este conjunto de causas, por el momento, puede dejarse de lado. A nosotros sólo nos interesa comprobar que la proposición tiene un efecto sugestivo.)

Evidentemente aquí nos hallamos frente a algo distinto de la orden en sentido propio. Falta la relación entre personas. En su reemplazo surge en la conciencia una expresión imperativa conectada con la imaginación de un modo determinado de conducirse. El efecto psicológico de una expresión semejante no es idéntico al efecto que tiene la orden sobre el destinatario, aunque existen algunos puntos de afinidad[8]. Por eso hay que distinguir las dos situaciones también en su denominación. Como nuestro idioma no posee una vocablo que designe expresamente el imperativo del último tipo, hay que fabricar uno. Parece oportuno poder emplear la ex-

[8] Cfr., a tal fin, Hägerström, *op. cit.*, ps. 60 y ss., espec. ps. 115 y ss.

presión *imperativo independiente* *, puesto que la expresión imperativa funciona independientemente de la situación de la orden. La denominación *orden* puede, en armonía con el uso lingüístico corriente, referirse a la orden en sentido propio, con la que se afirma una relación entre varias personas.

El concepto común, según esta definición, se llamaría *imperativo*. Las dos subespecies son: *órdenes* e *imperativos independientes*.

Deben clasificarse dentro de la categoría del imperativo independiente todos aquellos casos en que una señal imperativa funcione independientemente de la relación personal, característica de la orden. Es obvio que también en este campo no es posible trazar una línea demarcatoria definida; antes bien, se ha de operar con una pluralidad de configuraciones intermedias. La relación personal se va atenuando, hasta desaparecer por completo como cuando, por ejemplo, advertimos la voz interna: ¡debes decir la verdad! Una de las configuraciones intermedias consiste en el hecho de *imaginarnos*, en relación con una orden cualquiera, una persona o una divinidad en actitud de impartir aquella misma orden. Pero ni siquiera hace falta que exista tal imaginación. El mandamiento puede obrar de manera del todo independiente en la conciencia, y así ocurre como con la regla en un caso como el citado.

9

La categoría del imperativo independiente es extremadamente amplia. En general se incluyen en ella los manda-

* "*Freistehend*" se traduce como "el que subsiste libre o independientemente"; no confundir con "independiente" (*unabhängig*). Por ello, puede traducirse "imperativo independiente"; pero a veces está bien decir "impersonal" (N. del T.).

mientos tocantes a la moral. Los diez mandamientos del Viejo Testamento constituyen, entre otros, un grupo de antiguas formulaciones, que en la sucesión de los milenios fueron legadas de generación en generación. Ellos nos proporcionan un impresionante ejemplo de imperativos independientes.

La ley debe contarse también entre los imperativos independientes. La llamada teoría imperativista en la filosofía del derecho abarca una serie de tentativas para explicar las normas legislativas como órdenes en sentido propio. A tal fin se debería suponer una voluntad estatal superindividual, o bien demostrar que una o determinadas personas en la actividad de formación de la ley desempeñan el papel de autoras de órdenes. Ninguna de las dos demostraciones es posible. La voluntad superindividual del Estado es una pura ficción. En cuanto a los que colaboran en la formación de la ley, ellos revistan en una posición totalmente distinta de la de autor de órdenes. Es en absoluto erróneo afirmar que ellos imparten órdenes en sentido propio, cuando dictan una ley. Contra esta concepción puede aducirse toda una serie de argumentos, cada uno de los cuales decisivo por sí mismo: falta la relación personal; no es necesario que los sujetos que normalmente desarrollan la actividad de legisladores tengan ningún conocimiento del contenido de las leyes; ellos mismos, en general, están sujetos a las leyes que aprueban; etc. [9].

Resumiendo: por una parte está claro que la ley tiene carácter imperativo; por la otra, que no contiene órdenes en sentido propio. Por consiguiente, la ley pertenece a la categoría que aquí hemos definido como imperativo independiente.

[9] Cfr., entre otros, a LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, ps. 171 y ss. En este campo se advierten las consecuencias de un análisis deficiente de los conceptos de norma y de orden.

10

Como para las órdenes en sentido propio, también para los imperativos independientes podemos distinguir entre el contenido imaginativo y la señal imperativa. Toda norma es un imperativo independiente. Los dos momentos de cada norma, como se ha demostrado en la introducción, son justamente el contenido imaginativo y la señal imperativa.

En el mandamiento "¡debes decir la verdad!", la señal imperativa consta simplemente de las palabras "tú debes". La misma función desempeñan expresiones como: "es honesto decir la verdad" o "es tu deber decir la verdad".

En la vida social de los hombres encontramos un sinnúmero de imperativos independientes de los tipos más variados. Un ejemplo accesible y vulgar nos lo dan las innumerables indicaciones y demás aparatos que disciplinan el tránsito moderno. Estas señales viales se proponen llamar la atención sobre lo que se debe y sobre lo que no se puede hacer. Sabemos muy bien que esas señales imperativas funcionan como tales, como ocurre con la señal imperativa que se expresa en la orden en sentido propio, cuando se encuentran en determinadas circunstancias. El semáforo no tiene ningún carácter imperativo cuando yace amontonado junto con los demás en el taller del barnizador o cuando está sepultado en un hoyo del camino; pero sí cuando se le coloca en su lugar, de modo que se comprende que ha sido puesto allí para regular el tránsito.

Aquí se trata de señales imperativas de naturaleza particularmente evidente. Pero se dan también casos en que el carácter imperativo no salta tan claramente a la vista. Consideremos, por ejemplo, el cerco de un terreno. Éste cumple una doble función. En primer lugar constituye un obstáculo

físico que impide el acceso al terreno; pero al mismo tiempo el cerco sirve como una señal de prohibición: ¡aquí se prohibe la entrada! Esta señal de prohibición pertenece a aquellas a las cuales los hombres han aprendido a reaccionar: "Las cerraduras han sido colocadas para los hombres honestos, no para los ladrones", dice un refrán. El obstáculo físico constituído por la cerradura o por el cerco, es en general demasiado débil para poder resistir el ataque del que no respeta, como persona honesta, la prohibición.

Aun el simple pensamiento de que una cosa es de propiedad ajena, cumple la función de una señal imperativa [10]. Este pensamiento obra como una prohibición: "sin autorización, no puedes disponer de esto". Desde la primera infancia se nos enseñó que podemos disponer a nuestro antojo, como dueños, sólo de lo que nos pertenece. La propiedad ajena, por así decirlo, está protegida por un muro de defensa. Esta prohibición vale para todo aquello que por un motivo particular (p. ej., regalo o compra) no consideremos de nuestra propiedad.

Con un análisis más profundo se comprueba efectivamente que la vida social del hombre está entretejida con una auténtica red de imperativos de todos los tipos imaginables. El único problema que aquí deberíamos encarar es sólo el de saber en qué consiste la señal imperativa de una ley.

11

Como lo hemos dicho, las proposiciones de la ley escrita tienen siempre carácter imperativo, cualesquiera sean los términos en que se formulan. Su significado puede expresarse siempre en un "deber", aun cuando se use la forma del

[10] Cfr. mi *Gesetz und Staat*, cit., p. 107.

indicativo. Con ello no se individualiza todavía la característica forma imperativa de la ley. El simple proyecto tiene exactamente el mismo contenido y la misma forma de la ley. Pero los imperativos de un proyecto legislativo no se conciben como verdaderos imperativos, o más exactamente, no son psicológicamente eficaces. Se vuelven tales cuando el texto del proyecto ha recorrido el acostumbrado procedimiento de sanción de la ley. En este procedimiento debemos, pues, individualizar el momento decisivo para la imperatividad.

En general puede afirmarse que la proclamación de una ley, en forma constitucional, constituye una manifestación imperativa. La observación de las formas establecidas en la Constitución es normalmente esencial en un Estado moderno. Aquí se encuentra, en una perfecta acepción, una manifestación imperativa convencional. El significado efectivo de la proposición, según la cual el proyecto "se convierte en ley", consiste en esto: que a él se le atribuye esta señal imperativa.

Las formas varían en los diversos países y en tiempos distintos. Pero se advierte la necesidad —y ésta es especialmente grande en las circunstancias actuales— de una manifestación imperativa fijada en forma clara, según la cual podamos guiarnos. Ella se adquiere, por lo común, con la *promulgación*, que consiste, por ejemplo, en la firma, por parte del jefe del Estado, de un documento que contiene el texto original de la ley sancionada, consuetudinariamente acompañado por locuciones estereotipadas, que instan al cumplimiento de la ley.

La literatura jurídica publicista coincide en general en considerar la promulgación (con este término podemos definirla) como acto mediante el cual el proyecto alcanza definitivamente el carácter típico de la ley. Pero el acto de la promulgación es objeto de una apreciación equivocada cuando

se le atribuye, concientemente o no, un efecto que no *puede* tener. Es decir que se piensa que la promulgación atribuye a las normas formuladas en el proyecto "una fuerza obligatoria", en el sentido tradicional. Pero esta "fuerza obligatoria" no puede concebirse como una efectiva realidad de hecho. Con ello no se la supone como indicando que los imperativos de la ley sean psicológicamente eficaces. No compartimos en modo alguno la opinión de que la ley es obligatoria sólo para aquellos sobre los cuales sus normas ejercen una influencia efectiva tal, que los induce a conducirse conforme a ellas. En tal caso, la ley sería entonces "obligatoria" sólo para las personas honestas, ¡no para los ladrones, los asesinos y los estafadores! No, la fuerza obligatoria de la ley, se concibe en forma más o menos determinada, como una obligación interior, incondicionada. Se quiere precisar este pensamiento afirmando que la ley contiene un "deber objetivo". Ahora bien; es evidente que un monarca o un jefe de Estado no pueden atribuír a una norma cualquiera el carácter de un deber objetivo ni conferirle fuerza obligatoria en el sentido tradicional, cuando suscriben un texto. Este deber objetivo, esta fuerza obligatoria no es de manera alguna una realidad tangible. Aquí se perfila simplemente un concepto metafísico, explicable por el *sentimiento* del deber moral de obedecer a la ley [11].

Por eso se nos presenta, evidentemente, un problema insoluble, cuando se quiere explicar el acto de la promulgación sobre la base de la suposición de que él confiere al proyecto de ley "la fuerza obligatoria" en cuestión y le otorgue el carácter de un deber objetivo. Pueden distinguirse dos clases de respuestas a este problema imposible. La prime-

[11] Cfr. *Gesetz und Staat*, introducción.

ra consiste en tomar en serio la metafísica y afirmar que se verifica un proceso mágico. En este sentido, por ejemplo, está orientado BINDING [12]. Califica el acto de promulgación como un acto creativo por cuyo intermedio se crea un orden ideal. De esta manera, él no hace más que enunciar la consecuencia de la ideología jurídica con referencia a la ley.

[12] BINDING, "Kritische Vierteljahresschrift", vol. 21 (1879), ps. 550 y ss. Se acerca mucho a la verdad, pero su concepción metafísica le impide alcanzar una concepción realística del significado del acto legislativo. Distingue dos momentos en la ley: 1) "la expresión del pensamiento jurídico", y 2) "la expresión de la voluntad jurídica", es decir, la emanación solemne: "la manifestación solemne de la voluntad autoritaria del legislador de que lo que está escrito sea derecho" ("*ita jus esto*"). De este segundo momento, llamado por LABAND "orden de la ley", escribe BINDING: "No es una orden: es la declaración solemne de que algo, que antes no era derecho, llevará en adelante la calidad de norma jurídica; es un *acto creativo*, y el imperativo *ita ius esto* se explica sólo con la duda, que al respecto existía antes y a la que se quiere remediar: [la orden de la ley] resuelve la cuestión de sí o de no. Se puede *ordenar* que algo *se convierta* en derecho, puesto que se puede imaginar de todos modos una actividad dirigida a la ejecución de dicha orden; no se puede «*ordenar*» que algo *sea* derecho, pues tal precepto sería inejecutable; en cambio, se puede convertir algo en derecho. Dando vida a una ley, el legislador crea en un primer momento un *orden ideal*: el orden por él concebido en la ley le parece ser el que más responde a la justicia, por cuyo motivo lo eleva a orden jurídico ideal. Esto se hace en vista de una futura realización práctica de dicho orden: la sanción dada a la ley no significa nada más que este orden se reputa justo y, en consecuencia, se aprueba" (ps. 552 y ss. Si bien BINDING no se contradice, este "reputarse" debe significar al fin de cuentas como erigirlo en un orden ideal). BINDING ha captado con exactitud que la diferencia esencial entre proyecto de ley y ley consiste en el momento imperativo. Es esto lo que procura explicar. Pero lo hace partiendo del postulado de que la ley *es* manifestación de la voluntad del Estado. Esta voluntad debe manifestarse para alcanzar relevancia jurídica, conforme a las consideraciones expuestas a este respecto. Por eso el acto legislativo es una declaración de voluntad de parte del Estado. La voluntad que se aclara aquí, supuestamente, es difícilmente alcanzable. Es pura ficción. Pero esto no basta. La declaración de esa mística voluntad tendría por efecto que se *crearía* un orden ideal conforme al

Pero los juristas de hoy no se inclinan a extraer estas conclusiones, a pesar de que no desbrozan el campo de suposiciones erróneas, de las que derivan dichas conclusiones. Ellos admiten la premisa (aquella según la cual el proyecto de ley, por intermedio del acto de promulgación, conseguiría una fuerza obligatoria en la acepción metafísica), pero ignoran o descuidan deliberadamente la consecuencia: que debería verificarse un hecho milagroso. En lugar de esto, se afirma hoy por lo general que la promulgación es un *acto de comprobación*. Sería una comprobación oficial de que la ley ha comenzado a existir. Pero esta posición es insostenible. Frente a ella se manifiestan como antinómicos los dos hechos siguientes: por una parte, que la promulgación es el momento final en el proceso de formación de la ley, y por la otra, que se la considera como comprobación de que la ley ha comenzado a existir. La ley no puede considerarse existente hasta que la formalidad de la promulgación no haya concluído. Este acto no puede consistir en la comprobación de sí mismo, como de algo que ya tuvo lugar.

En Suecia la promulgación consiste en la aplicación de la firma del rey en el texto original de la ley. Con esta operación el rey no *comprueba* nada. Determinadas comprobaciones han tenido lugar *antes*, por obra de funcionarios competentes, los cuales se cercioran, siempre que sea necesario, de que hay un voto del parlamento, etc. La contribución del rey no consiste más que en la ejecución de la firma. Esta operación puede ser comparada a una orden verbal, o a la

---

contenido de aquélla. Aquí, sin darse cuenta, BINDING introduce en su doctrina de reflexión un elemento extraño. "El derecho" no se identifica más con la voluntad misma, sino con un orden ideal, creado al declarar aquella voluntad. ¿Por qué no dice abiertamente que la declaración hace conocer el contenido de la voluntad?

ejecución de una señal óptica del buque insignia. Trátase, en efecto, de una manifestación imperativa y nada más; a lo sumo, de una manifestación imperativa que tiene una relevancia particularmente notable para la comunidad [13].

Aquí también es aplicable la advertencia de que la manifestación imperativa no puede ser considerada aisladamente. Ella no consiste, por ejemplo, en un monograma sobre una hoja de papel. El monograma vale como manifestación imperativa sólo cuando la firma ha sido estampada en una secuela de actos constitucionalmente determinados. Prácticamente, esto se realiza, entre otras cosas, por publicar en el boletín oficial solamente textos respecto de los cuales se ha observado tal orden. Hay, además, garantías, p. ej. en una monarquía constitucional, que relacionan la promulgación con el voto, que según la Constitución debe darlo una asamblea legislativa, a fin de que exista ley.

La relación entre el imperativo inmanente en la promulgación y el imperativo singular de la ley, puede con alguna aproximación compararse con la que existe entre el "¡aten-

[13] Nos llevaría demasiado lejos, y es completamente superflua, una investigación dirigida a descubrir, teniendo en cuenta las distintas concepciones surgidas en la literatura jurídica publicista, dónde reside el momento decisivo común a las distintas Constituciones. Si somos de la opinión que lo que convierte el proyecto en ley "obligatoria" es un momento del proceso formativo de la ley en el sentido aquí indicado, distinto de la promulgación, la misma crítica, *mutatis mutandis*, puede dirigirse contra cada una de dichas concepciones. No se logrará nunca demostrar que un acto cualquiera de los órganos legislativos pueda atribuir a alguna norma "fuerza obligatoria" en el significado tradicional, por el simple motivo de que esta fuerza obligatoria no es concebible. Dichos actos, cualesquiera que sean, tienen sólo una relevancia psicológica de hecho. Esto es lo esencial, que debe ponerse de relieve. Agréguese, además, que todo discurrir sobre mandamiento legislativo está fuera de la realidad, *si* se refiere a dicha orden de parte de la inexistente voluntad del Estado, o si se la concibe como una orden en sentido propio.

ción!" del comandante y las órdenes individuales que a ésta le siguen. El "¡atención!" debe estimular la predisposición para entender las órdenes sucesivas. La atención está polarizada, de manera que el comandante tiene a la tropa en su mano. Con cierta analogía el imperativo expresado en la promulgación crea una condición para la eficacia del imperativo singular.

12

Ocurre que con las revoluciones surge una nueva Constitución, sin que se hayan respetado las normas fijadas en materia de legislación por la vieja Constitución. Esto significa que no se aplica el imperativo convencional que tuvo eficacia hasta aquel momento sino una forma nueva, creada para la situación, aunque a ésta a menudo se la elige parecida, en la medida de lo posible, a la antigua. Que la nueva Constitución se haga efectiva o quede en el papel, depende evidentemente de los factores que condicionan el éxito de la revolución.

Respecto a las normas consuetudinarias, no existe ninguna forma imperativa convencional. Por eso no hay ningún criterio formal para dichas normas. Hoy en día las nuevas normas consuetudinarias se desarrollan por el uso. Ello se realiza de esta manera: una decisión o una serie de decisiones similares del más alto tribunal se consideran como modelo según el cual debemos conducirnos, sobre la base de la autoridad del tribunal supremo y de la exigencia de uniformidad de la jurisprudencia. Un modo de conducirse efectivamente respetado, es tomado como modelo y se le agrega un "tú debes". De esta manera nace un imperativo impersonal, sin acto formal dirigido a producirlo.

13

La importancia psicológica de una manifestación imperativa no es siempre la misma. Por el contrario, debemos comprobar en este aspecto diferencias notables. Esta observación se ha hecho con relación a las órdenes en sentido propio. Desde las órdenes acentuadas, llenas de fuerza, hasta las directivas completamente débiles, existe una amplia gama de gradaciones. La misma variedad de configuración se encuentra en el grupo de las manifestaciones impersonales.

En verdad no se puede individualizar el acto de promulgación de la ley como un acto dotado de eficacia sugestiva, como en la orden en sentido propio, de manera que a él se le debería atribuír una causa esencial para que la ley sea obedecida. El acto frecuentemente repetido, realizado con conformística adhesión a la práctica, no ejerce ningún efecto como instrumento de sugestión. Su relevancia se capta en otro plano, y consiste en el hecho de introducir determinado grupo de modelos de acción en el sistema de las reglas, a las que se remite el respeto a la ley.

La obediencia frente a la ley no tiende a procurar que se sigan ciertos modelos de comportamiento, sino, más bien, a que se respeten las normas que presentan el carácter formal de la ley. Dichas normas están sujetas a determinados cambios. Algunas decaen, otras se agregan al sistema preexistente. La fidelidad para con las leyes obra con relación a las normas que en un instante cualquiera pertenecen al sistema. Los actos legislativos establecen cuáles normas deben pertenecer al sistema. Ellos desempeñan, en relación con la fidelidad a las leyes en general, la misma función que el interruptor cumple con respecto a la corriente eléctrica. La

corriente enciende la lámpara. Pero es necesario accionar el interruptor para provocar el flujo.

Se puede expresar el concepto de la siguiente manera: la fidelidad del pueblo para con las leyes significa que los súbditos tienden a guiarse en sus acciones según modelos caracterizados porque están dotados de determinada manifestación imperativa. En la Constitución se establece en qué debe consistir esta manifestación. La creación de una nueva ley y la abrogación de una vieja, significan que a distintos grupos de modelos de acción se les atribuye, y se les quita respectivamente, esta señal imperativa. Por consiguiente, la disposición a obedecer a las leyes se extiende automáticamente a las nuevas normas y, por el contrario, se extingue con respecto a las viejas; es decisivo su carácter formal, consistente en el hecho de estar dotadas de una manifestación de sello imperativo conforme a la Constitución. El medio lo constituye el cumplimiento de la Constitución misma. Ésta hace que el acto de promulgación, en sí misma una formalidad vacía, se vuelva eficaz engranaje del mecanismo estatal; conmutador que conduce en varias direcciones la corriente de fidelidad a la ley. La señal imperativa tiene aquí el valor de un aparato automático, no de un aparato de sugestión.

14

Sobre la base de los argumentos desarrollados, podemos distinguir las funciones de *los autores de la ley* de las del *legislador* en sentido abstracto. Autor de la ley es aquel que concibe un prototipo de acción y lo expresa en un texto, de manera tal que suscita en el lector correspondientes imaginaciones mentales. Legisladores son aquellos que cooperan en el desarrollo del procedimiento formal que concluye con el

acto de la promulgación, completando el texto ya elaborado de la manifestación imperativa.

No es necesario que el legislador, en su condición de tal, haya participado en la elaboración de la proposición normativa. Hasta puede hallarse en la más completa ignorancia con respecto a su contenido, cosa que sucede a menudo. Por eso ocurre raramente que un monarca constitucional tenga un conocimiento generalizado de las leyes que de él emanan, y aún más raramente que haya ejercido alguna influencia sobre su contenido. De hacerlo, cumple algo que no es esencial a su función de legislador. Ésta consiste únicamente en atribuírle al texto la convencional señal imperativa. Aun es posible que los miembros del gobierno y del parlamento no estén interiorizados del contenido de la ley, y a menudo no lo están. Lo que prácticamente es esencial para la aceptación de un proyecto de ley es el hecho de que alguna persona influyente, entre las que se desempeñan como legisladores, aprueben las normas propuestas y se preocupen de obtener que se conviertan en leyes. Un ministro o un diputado se interesan por una cuestión, y otro por otra. A veces sucede que ellos actúan por completo bajo la influencia de una fuerza extraña. Por consiguiente, no es esencial a su misión de legisladores que hayan tomado parte en la elaboración del prototipo de acción contenido en la ley. Es esencial para el legislador sólo haber intervenido en determinadas operaciones, que encuentran su momento conclusivo en el acto de la promulgación.

15

Con las consideraciones que anteceden se ha desarrollado concisamente el argumento de la individualización del momento imperativo de la ley. Hemos descubierto que las

proposiciones legislativas tienen siempre carácter imperativo, pero que también el acto legislativo, por cuyo intermedio estos imperativos se vuelven psicológicamente eficaces, se presenta como una señal imperativa. En eso consiste el verdadero significado de este acto. Lo que ha impedido a la ciencia jurídica poner en evidencia realista este significado, es la atadura de una concepción metafísica. Si se considera que el acto legislativo atribuye a las normas una fuerza obligatoria, en el sentido tradicional, el significado de este acto no puede explicarse racionalmente. Una explicación se hace inmediatamente posible, cuando nos demos cuenta que respecto de este problema se trata tan sólo de aclarar una relación psicológica. Si se recorre este camino, se descubre que el problema del imperativo de la ley constituye solamente un aspecto del más amplio problema de las señales imperativas en general y de su función en la comunidad humana. Nos hallamos frente a un vasto conjunto de problemas. Pero esos problemas son, en principio, solubles.

Este libro se terminó de imprimir
el día 29 de Mayo de 1959, J. Bona
Hipólito Yrigoyen 1954, Buenos Aires
al cuidado de ROBERTO SUARDIAZ.


R. DEPALMA
ABRIENDO SURCOS