# Teoría contemporánea del deber jurídico

Raúl A. Martín Armengol

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 108
Universidad Central de Venezuela
Caracas, 1998

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS

ACTA

Quienes suscriben, miembros del Jurado designado por el Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad Central de Venezuela para evaluar la Lección Pública y el Trabajo de Ascenso del Instructor Raúl Martín, a los fines de su ascenso a la categoría de Profesor Asistente, dejan constancia de lo siguiente:

1. Leído el trabajo **Teoría contemporánea del deber jurídico**, presentado por el aspirante, el Jurado fijó el día 19 de enero de 1998 para evaluar las pruebas correspondientes a la capacitación del Instructor. El día señalado, siendo las 8:15 am., el Instructor eligió, a la suerte, uno de los cuatro temas que conforman el contenido del Programa de la Lección Pública, ello conforme al artículo 41 del Reglamento del Personal Docente y de Investigación de la Universidad Central de Venezuela. El tema que resultó seleccionado fue el Nº 1: **Situación de la bibliografía contemporánea sobre introducción al Derecho, con especial referencia a las publicaciones venezolanas**. El Instructor preparó su exposicion duante quince minutos y manifestó su deseo de renunciar al resto del tiempo concedido por el citado artículo. De inmediato procedió a la exposición, la cual fue realizada en el tiempo reglamentario,

Concluido el desarrollo del tema, el Instructor respondió las preguntas formuladas por el Jurado.

Después de la prueba de la Lección Pública, se pasó a la defensa del Trabajo de Ascenso. El Instructor hizo un resumen oral de su trabajo, en el tiempo fijado por las normas, y luego contestó a las pregunta y observaciones del Jurado.

2. Finalizada la defensa del trabajo, el Jurado deliberó en privado y emitió por unanimidad y en forma pública el veredicto de SUFICIENTE, respecto al conjunto de las dos pruebas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 del citado Reglamento. El Jurado considera que el Instructor Raúl Martín mostró tener un conocimiento sólido del tema seleccionado para la prueba de Lección Pública. Y por cuanto el trabajo de ascenso presentado constituye una aportación valiosa a la bibliografía en la Teoría General del Derecho por el análisis riguroso y bien documentado del debate contemporáneo sobre la noción del Deber Jurídico, y por el razonamiento sistemático de la exposición, el Jurado, por unanimidad, decidió RECOMENDAR LA PUBLICACIÓN del mismo.

En fe de todo lo anterior se levantó de inmediato la presente acta, que firman quienes suscriben, el 19 de enero de 1998. Se deja expresa constancia de que actuó como Coordinadora del Jurado la profesora María Luisa Tosta.

Francisco J. Delgado

Pedro J. Martínez

María Luisa Tosta

SUMARIO

INTRODUCCION

1.- TESIS QUE VINCULAN EL DEBER JURIDICO AL ACTO COACTIVO
1.1.- El deber jurídico como orden asociada al uso de la fuerza; 1.2.- El deber jurídico como prescripción indirecta de las normas coactivas.

2.- TESIS QUE LLEVAN EL DEBER JURIDICO MAS ALLA DEL ACTO COACTIVO
2.1.- Deberes jurídicos sin sanciones y sanciones no coercibles; 2.2.- Ampliación del concepto de deber jurídico en lugar de ampliar el concepto de sanción.

3.- BALANCE FINAL. NUESTRA POSICION
3.1.- Examen crítico del concepto de deber jurídico predominante en la teoría general del derecho; 3.2. Nuestra propuesta sobre el concepto de deber jurídico.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

El presente trabajo se desarrolla en el marco de la teoría general del derecho. Aun cuando con antecedentes, esta disciplina se constituyó en la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de cubrir el espacio dejado por el derrumbe de la doctrina iusnaturalista y «superar el inaceptable amontonamiento de informaciones inconexas en que consistía la llamada enciclopedia jurídica».[1]

[1] CARRIO GENARO R.: **Sobre el Concepto de Deber Jurídico**, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 26.

El objeto de estudio de dicha disciplina científica es el derecho desde el ángulo formal, es decir que representa la norma y el ordenamiento jurídicos, no en vista de las conductas reguladas por ellos, sino en atención a su forma y estructura características. En otras palabras, se refiere a la regla o norma que regula y no al contenido regulado por la misma; su enfoque se dirige al continente jurídico y no a los variables contenidos de ese continente. De los contenidos se ocupa otra perspectiva científica acerca del derecho: la dogmática jurídica, en sus diversas ramificaciones, las cuales, a partir de la distinción entre derecho público y derecho privado, se clasifican en derecho constitucional, derecho administrativo, derecho penal, derecho civil, derecho mercantil, derecho del trabajo, etc.[2]

En su carácter de investigación formal acerca del derecho, la teoría general se ocupa de temas como el ordenamiento jurídico, las fuentes del derecho, la estructura de la norma jurídica y sus componentes, es decir, el derecho subjetivo, la sanción, la responsabilidad jurídica, **el deber jurídico**, etc.

Desde su origen, la teoría general del derecho estuvo encauzada por el positivismo. Sin desconocer las diferencias importantes que existen entre posiciones calificadas o calificables de positivistas (ostensiblemente, entre el denominado iuspositivismo y el realismo jurídico), asumimos la expresión «positivismo» en un sentido amplio, cubriendo tanto los limitados desarrollos iniciales, como los teóricamente más depurados análisis del presente siglo y abarcando, por igual, las vertientes predominantemente «normativistas» y los enfoques con inclinaciones «empiristas». Así, quedan agrupados dentro de dicha corriente, entre otros, el positivismo imperativista, la teoría pura, la escuela analítica y el realismo jurídico, aun cuando, para nuestros fines, es problemática la inclusión de las líneas más radicales de esta última tesitura, habida cuenta de su cerrado rechazo a la consideración de las normas en su perspectiva sobre el derecho.

El núcleo común a las principales posturas positivistas es la tesis conforme a la cual «...el concepto de derecho no debe caracterizarse según propiedades

[2] LUMIA GIUSEPPE: «Principios de Teoría e Ideología del Derecho», Editorial Debate, Madrid, 1978, p. 28. BOBBIO NORBERTO: «Contribución a la Teoría del Derecho», Colección El Derecho y el Estado, Fernando Torres - Editor S.A., Valencia -España, 1980, pp. 75 y ss.

valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas. Según esta tesis las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y son verificables (en última instancia y con diferencia de matices, de acuerdo a la línea positivista de que se trate) en relación a ciertos hechos observables empíricamente»[3] (paréntesis nuestro).

La anotada exclusión de consideraciones valorativas en el tratamiento del derecho, obedece a dos razones: una, asociada al modelo de ciencia predominante (seguido por el positivismo en el campo jurídico), el cual exige neutralidad axiológica, como condición de la objetividad; la otra, consistente en negar que los valores formen parte del derecho en cuanto objeto de conocimiento. En algunos prominentes autores, como Kelsen[4] y Ross,[5] la marginación de los valores también se encuentra influida por su tesis conforme a la cual los juicios de valor no pueden ser racionalmente fundamentados.

Al caracterizar al derecho tomando en cuenta exclusivamente propiedades descriptivas, el positivismo lo define, de modo aproximado, como el conjunto de normas emanado de quienes detentan el monopolio de la fuerza en un cierto territorio y con relación a la población respectiva.

Pues bien, habida cuenta de la impronta positivista que ha acompañado a la teoría general, los desarrollos prevalecientes en esta disciplina han transitado por dos coordenadas relacionadas entre sí: a- Clara diferenciación del derecho con respecto a la moral y, en general, a los valores; b- La coercibilidad como nota definitoria del ordenamiento jurídico en relación con otros tipos de ordenamientos normativos, particularmente los ordenamientos morales. Estos rasgos han gravitado con especial intensidad en los análisis sobre el deber jurídico.

El concepto de deber jurídico forma parte del elenco de los conceptos jurídicos básicos, constituyendo la primera expresión del derecho subjetivamente considerado.

---

[3] NINO CARLOS S.: «Introducción al Análisis del Derecho», Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1983, p. 37.
[4] KELSEN HANS: "¿Qué es la justicia?", Editorial Leviatan, Buenos Aires, 1984, pp. 109-110.
[5] ROSS ALF: "Sobre el Derecho y la Justicia", EUDEBA, Buenos Aires, Tercera Edición, 1974, pp. 267-268.

Tanto los ordenamientos jurídicos como los ordenamientos morales establecen deberes. Un deber es moral por su referencia a un valor; un deber es jurídico por su referencia al uso de la fuerza socialmente organizada. Los enunciados sobre deberes morales expresan valores, en tanto que los enunciados sobre deberes jurídicos estipulan actos coactivos. La circunstancia de que un deber jurídico coincida o no con un postulado axiológicamente plausible es irrelevante para su definición conceptual; lo decisivo para este efecto es que su incumplimiento se encuentre enlazado a una sanción, vale decir, a un acto coercitivo estatal. Con diferencias en cuanto a consistencia, acentos y claridad, tal ha sido, en esencia, el concepto de deber jurídico prevaleciente en los diversos desarrollos sobre el tema que se han dado en el seno de la teoría general del derecho. El mismo refleja diáfanamente la incidencia de las coordenadas positivistas en el tratamiento del deber jurídico: tajante distinción con respecto al deber moral, exclusión de consideraciones valorativas y definición con base en el criterio de coercibilidad.

En ese orden de ideas, el programa de nuestro trabajo se orienta, en primer término, a dar cuenta de los desarrollos que, por distintas vías, han fundamentado el referido concepto de deber jurídico. En segundo lugar, se examinan otras propuestas de definición del deber jurídico encaminadas a ampliar su campo de significación, al tiempo que se sientan los pilares de nuestro criterio al respecto. Finalmente, sobre la base de un análisis crítico de los desarrollos precedentes, esbozamos nuestra propuesta acerca del concepto de deber jurídico.

Aun cuando haciendo una reflexión polémica en torno a las mismas, la investigación se mantiene dentro de las coordenadas básicas del positivismo. Ello implica, ante todo, que las consideraciones sobre el tema del deber jurídico tienen como referente las características y propiedades de los ordenamientos jurídicos, en el entendido de que no se trata de ordenamientos jurídicos «ideales», sino de ordenamientos jurídicos «reales». En ese sentido, asumimos que nuestra disciplina, para todos los efectos, es una teoría general del derecho **positivo**.

Por otra parte, y de modo específico, se tienen en cuenta los siguientes elementos:

a- Hemos puntualizado que la teoría general del derecho nació con el objeto de llenar el vacío dejado por la caída de la doctrina del derecho natural y para superar el desorden de la enciclopedia jurídica. Consideramos que el primer factor condicionó, en gran medida, el carácter radical que se imprimió a la distinción entre el derecho y la moral y, globalmente, el mundo de los valores. Ello, en el contexto de un debate pugnaz con el iusnaturalismo, corriente para la cual el derecho se define atendiendo, fundamentalmente, a propiedades valorativas, ya que, según esta concepción, «lo jurídico» constituye una parte de la moral social, expresiva de cualidades inherentes a la naturaleza humana. Por su parte, el segundo factor probablemente contribuyó, como contrapartida, al proceso de rígida decantación y división de materias y áreas de conocimiento fuertemente compartimentadas. En relación con tales aspectos y atendiendo a su incidencia en el tratamiento del deber jurídico, nos planteamos como problema si, en la actualidad, tiene sentido mantener criterios de división tan «duros» y beligerantes en uno y otro ámbito.

b.- La construcción de formas jurídicas puras por parte de la teoría general no es un fin en si mismo, sino que tiene un carácter instrumental en relación con la dogmática.[6] Los modelos formulados por aquélla (conceptos, categorías, calificaciones, etc) han de ser utilizados por las disciplinas dogmáticas particulares, como recipientes en los cuales vaciar y encuadrar jurídicamente los diversos contenidos del derecho positivo. Desde este punto de vista, nos parece relevante evaluar si el concepto de deber jurídico que ha prevalecido en la teoría general es adecuado para tales propósitos instrumentales.

c.- Relacionado con el punto anterior, en la construcción de los conceptos jurídicos básicos, la teoría general debe, en lo posible, recoger los criterios que, en torno a los mismos, imperan entre los dogmáticos más lúcidos y la gente en general, con el objeto de (labor reconstructiva mediante) lograr un máximo de precisión sobre el sentido y alcance de tales pautas y, al mismo tiempo, optimizar sus funciones.[7] Ello, claro está, sin perjuicio de que la teoría general realice las construcciones originales que se juzguen necesarias

[6] BOBBIO NORBERTO: op. cit., pp. 83-84.
[7] NINO CARLOS S.: op. cit., pp. 166-167.

para describir acabadamente la realidad jurídica. Pues bien, en nuestra opinión, es muy importante que tanto la labor «receptora» como la labor «productora» de la teoría general en la construcción de las nociones básicas del derecho, como la de deber jurídico, sean tenidas en cuenta para una definición apropiada de esta figura.

La fuente del trabajo es exclusivamente bibliográfica. Como se sabe, en nuestro medio la bibliografía jurídica es escasa; el tiempo, lamentablemente, también. Cuando la bibliografía y el tiempo se relacionan con disciplinas como la teoría general del derecho, la escasez es más notoria aun. Dentro de tales limitaciones, o tal vez por ellas, se procura hacer un uso selectivo de los materiales disponibles, antes que un uso extensivo de los mismos.

El criterio selectivo también comprende la preferencia de un autor: Hans Kelsen. Su presencia en el trabajo tiene carácter de hilo conductor. Ello, por cuanto sus propuestas sobre los conceptos jurídicos básicos en general, y sobre el concepto de deber jurídico en particular, son verdaderos modelos, tanto para «armar» como para «desarmar».

Con notable elocuencia, Juan Ruiz Manero ha destacado la significación de la obra y figura de Kelsen, en los términos siguientes:

> *«Cualquier afirmación relativa a la influencia de Hans Kelsen en el pensamiento jurídico contemporáneo difícilmente correría (...) el riesgo de un énfasis desmedido: referirse a Kelsen como el «jurista del siglo» y a su teoría del Derecho, la teoría pura, como «la teoría jurídica más importante del siglo XX», que «plantea los términos de la discusión actual sobre la ciencia jurídica» y cuyas aportaciones «continuarán estimulando a estudiosos y profesores durante muchos años todavía» no es sino enunciar una serie de lugares comunes. Pues, en efecto, la corriente predominante en la teoría del Derecho del siglo XX - la que, en un sentido algo lato de esta expresión, podríamos etiquetar como analítica-tiene en la teoría pura Kelseniana no sólo su punto de partida, sino también la construcción a partir de la cual resultan inteligibles las contribuciones del resto de sus representantes posteriores más prominentes: las obras de un Ross, un Hart o un Bobbio no son entendibles sino como otras tantas revisiones del pensamiento kelseniano. Como dice*

*Bobbio en referencia a los escritos de los dos primeros - pero lo dicho le sería aplicable a su propia obra en medida quizá aun mayor -, «**a pesar de los disentimientos respecto de la obra del maestro, ambas son obras netamente postkelsenianas, en el preciso sentido de que no se pueden entender sin Kelsen**». De esta forma, la historia de la teoría jurídica del siglo XX puede muy bien ser vista como un largo diálogo con Kelsen en cuyo balance no podría dejar de figurar el reconocimiento de que - como ha indicado muy gráficamente J. R. Capella - **si los juristas de hoy «pueden ver más lejos que él es (...) porque están montados sobre sus hombros»*** (Destacado nuestro).[8]

## 1.- TESIS QUE VINCULAN EL DEBER JURIDICO AL ACTO COACTIVO

### *1.1.- El deber jurídico como orden asociada al uso de la fuerza*

Durante el siglo pasado se registran diversos intentos orientados a proporcionar explicaciones sobre el derecho, al margen de consideraciones metafísicas. En ese sentido, destaca la línea que hace énfasis en el momento o instancia de creación del derecho, dando lugar a la idea de que éste consiste en un conjunto de órdenes o mandatos. Se trata del enfoque imperativista, para el cual el deber jurídico dimana de dichos mandatos y se encuentra externamente conectado con el uso de la fuerza.

Abordaremos resumidamente algunos de los desarrollos más significativos que ilustran tal dirección del pensamiento jurídico. Son planteamientos de transición y, como tales, presentan aspectos oscuros, inacabados o desprolijos. Aunque sin dejar de advertirlas, no haremos particular hincapié en estas debilidades, valorando el hecho de que los desarrollos en cuestión contribuyeron a sentar las bases de la teoría general del derecho y, dentro de ello, abrieron el camino para un tratamiento inteligible del concepto de deber jurídico.

---

[8] RUIZ MANERO JUAN: Selección y Presentación de «Escritos sobre la Democracia y el Socialismo» de HANS KELSEN, Editorial Debate, Madrid, 1988, pp. 11-12 (fuera de Bobbio y Capella - quienes aparecen expresamente señalados en el texto -, los pasajes entre comillas de éste, pertenecen, siguiendo el orden, a Weinberger, Calsamiglia, Atienza y Raz, los cuales son debidamente citados por Ruiz Manero)

Para una óptica psicologista, que pone el acento en la relación entre la amenaza y el temor que ella motiva, la imagen del asaltante que ordena al cajero de un banco que le entregue el dinero, amenazándolo, revólver en mano, con dispararle si no cumple, ilustra cabalmente el concepto de deber jurídico, el cual se hace consistir en una situación de tal índole a escala mayor: el asaltante tiene que detentar el poder político y sus órdenes han de ser generales. Ahora bien, del cajero que cumple con la orden cabe decir que «se vió obligado a hacerlo», pero no que «tenía el deber de entregar el dinero». Estos diferentes giros del lenguaje encierran importantes diferencias conceptuales. El ejemplo del asalto pone de relieve que la creencia de sufrir un daño, compele a realizar la acción que evite su sufrimiento, es decir, lo que en otras circunstancias hubiese sido preferible (conservar el dinero), la mediación de la amenaza lo torna menos preferible. Pero el nexo psicológico entre la amenaza y el temor, que sirve de soporte a la enunciación «se vió obligado», se desdibuja no bien pensamos en algún singular asaltante que amenaza al cajero con pellizcarlo, o bien si hay motivo razonable para considerar que la amenaza no se llevaría a cabo. Las creencias o motivos carecen de relevancia para dar cuenta del enunciado «tenía el deber». Así, el deber de pagar impuestos es tal, con independencia de la circunstancia que el contribuyente crea o no crea, tema o no tema, que en caso de incumplimiento vaya a ser objeto de la sanción respectiva. Por otro lado, «tener un deber» no coincide con su cumplimiento, lo que sí ocurre con el enunciado «se vió obligado».[9]

Una segunda postura abandona la tesis de la creencia subjetiva y formula la proposición de la probabilidad objetiva. Alguien tiene deber jurídico con relación a cierto comportamiento, si es probable que otro sujeto le infiera un daño en caso de omisión del mismo. Se trata de calcular o predecir los riesgos de sufrir un castigo. Si bien esta proposición revela un grado de perspicacia mayor que la anterior, es pasible de sustanciales reparos. En primer lugar, las infracciones a las reglas no son simples razones para la predicción de sanciones, sino, y ante todo, la justificación de la aplicación de éstas. «En efecto, sería absurdo que cuando un juez justifica una decisión de sancionar a al-

[9] HART HERBERT L.A: «El Concepto de Derecho», Editorial Abeledo - Perrot, 2da. edición, Traducción de G. Carrió, Buenos Aires, 1963, pp. 102-104. NINO CARLOS S: op. cit., pp. 190 -191.

guien que omitió, por ejemplo, prestar auxilio a un herido, diciendo que tenía la obligación de ayudarlo, interpretemos sus palabras como si hubiera dicho que lo sanciona porque era probable que lo fuera a sancionar».[10] Además, si el deber jurídico de un individuo deriva de la probabilidad de que sufra un mal, sería contradictorio afirmar que tiene el deber de realizar cierta conducta, pero como logró huir o pudo sobornar al tribunal, es del todo improbable que sea sancionado por no cumplir con ese deber.[11]

Las reseñadas propuestas en torno a la noción de deber jurídico forman parte del arsenal esgrimido por los fundadores de la escuela analítica inglesa: Bentham y Austin. En la pluma de éste último, tales tesis tienen mayor nitidez, por lo cual nos centraremos en su obra.

En efecto, para Austin la perspectiva psicologista que traduce el caso del asaltante, «constituye la clave de la ciencia de la jurisprudencia»[12] y, como tal, el punto de partida del análisis del derecho por parte de dicho autor. «Para emplear las expresiones corrientes, aún cuando no muy exactas, diremos que (un individuo), por su temor a sufrir el daño, se encuentra constreñido a realizar el acto que le ha sido prescrito, o que el mismo temor le hace abstenerse de ejecutar el acto que le ha sido vedado».[13]

Como agudamente apunta Kelsen, «Si fuese verdad que el particular está sujeto u obligado porque teme el daño, entonces la definición tendría que decir: «Estar obligado es temer la imposición de la sanción».[14] «Conviene advertir que el deber jurídico adquiere significación precisamente en el supuesto de que el orden jurídico no produzca el efecto psíquico deseado, y el individuo falte al cumplimiento de su deber porque la idea del orden jurídico no fue motivo suficiente para evitar la inobservancia».[15]

---

[10] NINO CARLOS S: op. cit., p. 191 (citando a Hart)
[11] HART HERBERT L.A: op. cit., pp. 104 y ss.
[12] HART HERBERT L.A: op. cit., p.8 (citando A Austin)
[13] KELSEN HANS: «Teoría General del Derecho y del Estado», Ed. UNAM., México, 1958, p. 84 (citando a Austin)
[14] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 84.
[15] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 84.

Austin, percatado, tal vez, de la debilidad (o insuficiencia) del enfoque psicologista inicial para dar cuenta de la idea de deber jurídico, propone la elucidación de ésta mediante el esquema sociologista antes aludido: «Mientras más grande es eventualmente el daño, y mayor la probabilidad de sufrirlo, mayor es la eficacia del mandato y más grande la fuerza de la obligación; o (para emplear expresiones exactamente equivalentes) mayor la probabilidad de que el mandato sea obedecido y de que el deber no sea violado. Pero cuando existe la más remota probabilidad de sufrir el más pequeño daño, la expresión de un deseo equivale a un mandato y, por consiguiente, impone un deber. La sanción es, si se quiere débil o insuficiente; pero hay sin embargo una sanción y, por tanto, un deber y un mandato».[16]

Hart[17] y Nino[18] sugieren que la tesis de la «probabilidad objetiva» fue planteada por Austin como fórmula alterna a la tesis de la «creencia subjetiva». Sin embargo, es posible que en la obra de este autor ambos enfoques tengan alguna forma de coexistencia, toda vez que es razonable suponer que el temor de sufrir un mal, depende de la probabilidad cierta de que éste se verifique, de modo tal que una conducta se revela como contenido de un deber jurídico, en la medida que el sujeto pasivo experimente temor de ser castigado por la omisión de tal conducta, miedo el cual no se desprende de la sola estipulación del castigo como consecuencia de la omisión, sino de la probabilidad objetiva de que el castigo le sea aplicado en caso de inobservancia.

Pero, en todo caso, así como no cabe colegir deber jurídico alguno de la circunstancia de «temer la imposición de una sanción», tampoco es sostenible obtener semejante corolario del hecho de que «es probable que tal sanción en efecto se imponga». Ello es así, aun cuando el temor al castigo se encuentre motivado por la probabilidad de su aplicación.

«La existencia de un deber es la necesidad legal, no la probabilidad fáctica de una sanción».[19] Las referidas excursiones psico-sociológicas de Austin cho-

[16] KELSEN HANS: «Teoría General...», pp. 203-204 (citando a Austin)
[17] HART HERBERT L.A: op. cit., p. 104.
[18] NINO CARLOS S: op. cit. p. 191
[19] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 119

can con sus proposiciones genuiamente analíticas, a cuyo tenor « 'Obligación es la responsabilidad de una sanción'. Responsabilidad significa posibilidad jurídica, en tanto que probabilidad significa posibilidad de hecho».[20] De igual modo, Austin se encuentra bien encaminado al afirmar que «un particular está sometido u obligado a hacer o a omitir, en cuanto está expuesto a un daño»[21] y, por tanto, no es conducente, como no sea al despeñadero de la confusión conceptual, agregar el atajo «y porque teme ese daño».[22]

Del análisis de los planteamientos de Austin en torno al deber jurídico, se observa que el autor inglés hace énfasis en la interrelación de tres elementos, a saber: «mandato», «deber» y «sanción»; «... mandato, deber y sanción son términos inseparablemente conectados: cada uno implica la misma idea que los otros, aunque cada uno denota esas ideas en un orden o sucesión particular. Con cada una de esas expresiones se da a entender directa o indirectamente un deseo concebido por alguien al que se une un daño que será infligido o aplicado en el caso de que el deseo no sea cumplido. Cada una es un nombre para la misma noción compleja».[23]

Con dicha triada de elementos, Austin parece querer decir que cada uno de ellos tiene sentido jurídico a condición de que se encuentre articulado con los otros, según una cierta progresión. Un mandato es jurídico si la conducta ordenada es conducta debida, lo cual acontece si, además de ordenarse tal conducta, se ordena una sanción (de aplicación probable) para el caso de incumplimiento de la conducta en cuestión. La sanción, a su vez, no es jurídica si no está «precedida» por un mandato que apunte a la conducta de los súbditos. El deber jurídico designaría una situación que se intercala entre la orden «real» de que una conducta ocurra y la orden también «real» de que un acto de fuerza se aplique (en un contexto que permita sostener la probabilidad cierta de que ello se produzca) si la conducta no ocurre.» La misma noción compleja» a que cada uno de los tres «nombres» refiere se llama «derecho».

---

[20] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 205 (citando a Austin)
[21] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 84 (citando a Austin)
[22] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 84 (citando a Austin)
[23] FINCH JOHN: «Introducción a la Teoría del Derecho, Jabor Universitaria, Barcelona-España, 1997, p. 104 (citando A Austin)

«Si tú expresas o formulas un deseo de que yo haga u omita algún acto, y vas a infligirme un daño en caso de que no cumpla tu deseo, la expresión o formulación de tu deseo es un mandato. Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por el estilo en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito por parte del que lo emite de infligir un daño o castigo en caso de que el deseo no sea atendido».[24]

A esta noción de mandato Austin agrega la siguiente descripción de la sanción: «El daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido o (para usar una expresión equivalente) en caso de que un deber sea incumplido, se llama usualmente sanción, o compulsión a obedecer. O (invirtiendo la frase) se dice que el mandato o el deber es sancionado o aplicado por la fuerza por la posibilidad de sufrir el daño».[25]

La sanción no sólo es objeto de un cálculo de probabilidad, sino también, y al igual que el deber jurídico, es objeto de una expresión de voluntad. El mandato expresivo de la sanción es cronológica (en el sentido de posterior) y funcionalmente (en el sentido de accesorio y, a la postre, dependiente) secundario en relación con el mandato expresivo del deber jurídico.

En efecto, Austin distingue entre deberes (mandatos) «primarios» y «secundarios». Deberes y derechos primarios (mandatos) son aquellos cuyo contenido es la conducta deseada por el legislador. Deberes y derechos secundarios (mandatos) son aquellos cuyo contenido está formado por la sanción que debe ejecutarse (y, principalmente, es probable que así sea) en caso de que los mandatos primarios no sean obedecidos. «Si la obediencia al derecho fuera perfecta, los derechos y deberes primarios serían los únicos que existirían».[26] De modo tal que, de acuerdo con Austin, la interrelación entre mandatos primarios y mandatos secundarios acaba por mostrar que los primarios no son sólo temporalmente primeros, sino, sobre todo, funcionalmente principales, en cuanto revelan la «esencia» del derecho. Ciertamente, para Austin la función característica de un mandato jurídico consiste en la creación de un deber

[24] FINCH JOHN: op. cit., p. 117 (citando a Austin)
[25] FINCH JOHN: op. cit. p. 105 (citando a Austin)
[26] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 74 (citando a Austin)

jurídico: «mandato y deber son, por consiguiente, términos correlativos».[27] Pero, en buena prosa analítica, el autor inglés completa: «Estar obligado a hacer o a omitir» o «estar sujeto al deber u obligación de hacer o de omitir algo, es quedar sujeto o estar expuesto a una sanción, en el supuesto de que el mandato sea desobedecido».[28] Si, como se desprende de este postulado, el deber jurídico es una consecuencia de la sanción, no es posible sostener congruentemente la existencia de un derecho compuesto solamente de mandatos primarios, toda vez que los mismos carecen de gravitación jurídica sin el concurso de los mandatos que estipulan sanciones y, por similar razón, a éstos cabe legítimamente la denominación (por su función principal) de «primarios», y a las órdenes derivadas (expresivas de deberes jurídicos), mandatos «secundarios».[29]

La reseñada crítica de Kelsen trata de poner orden en medio de los nubarrones de la obra de Austin. Sin embargo, la impronta imperativista que selló el inicio de la escuela analítica, tal vez pagando tributo a la tradición (no gratuita) iusnaturalista contra la cual emergió, condensa el derecho en la imposición directa de deberes jurídicos. Cierto es que, por su vocación positivista, en esta escuela una conducta no es jurídicamente debida por su corrección intrínseca, sino por el designio de la voluntad de un soberano que, a la sazón, es humano y, por lo tanto, terrenal espacial y temporal y, por soberano, «obediente». Pero no es menos cierto que, según tal discurso jurídico, la fuerza no es contenido del derecho, sino un instrumento o medio externo orientado a garantizar su realización. El derecho es el conjunto de mandatos del soberano, mandatos éstos que se sustancian «internamente» en la imposición de deberes jurídicos. El principal pecado de la fundación de la escuela analítica y que, como tal, explica, en gran medida, el «lado oscuro» de su propuesta sobre el deber jurídico, es, conforme lo apunta el mismo Kelsen, [30] el ingrediente «físico» que insufla al fenómeno jurídico, al definirlo como «mandato».

---

[27] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 73 (citando a Austin).
[28] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 73 (citando a Austin).
[29] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 75.
[30] KELSEN HANS: «Teoría General...» p. 86.

A los fines de refutar la pretensión según la cual la idea de deber jurídico se fundamenta en el «mandato del soberano», interesa colacionar la distinción entre el «ser» (sein) y el «deber ser» (sollen), por boca de Kelsen: «Como afirmo de algo: es, también puedo decir de ello: debe ser, y en los dos casos he dicho algo completamente distinto ... Sein y Sollen son las determinaciones más generales del pensamiento según las cuales comprendemos cada cosa dentro o fuera de nosotros ... (al igual que) el Sein, el Sollen es una categoría originaria... un modo de pensar como el futuro y el pasado, o como el conjuntivo y el optativo ... la diversidad de principio de estas dos formas de pensamiento muestra el Sein y el Sollen como dos mundos separados: del hecho de que esto «es» se deduce que aquello «era» o que aquello «será», pero nunca que esto otro «debe ser»; algo puede «deber ser» y no «haber» sido anteriormente, no «ser» ahora y no «ser» en el futuro».[31]

«Kelsen termina afirmando que la oposición entre Sein y Sollen es de naturaleza lógicoformal y que, mientras se esté en los límites de una consideración lógicoformal, nada conduce del uno al otro: los dos mundos se enfrentan, separados por un abismo».[32]

En ese orden de ideas, todo hecho humano puede ser aprehendido tanto bajo la forma del «ser» como bajo la forma del «deber ser». Una manifestación de voluntad, en clave del «ser», da lugar a una explicación causal, en cuyo marco dicho acto volitivo es un eslabón dentro de la cadena de causalidad respectiva; la misma manifestación, en clave del «deber ser», da lugar a una explicación en términos de imputación normativa. Cuando la voluntad de uno o varios individuos tiene por objeto la conducta de otro u otros individuos, en la lógica del «ser» aparece como una orden o mandato, relación de poder que, desde la mira de quienes reciben la orden, se encuentra significada por la expresión «se vió obligado». Diversamente, en la lógica del «deber ser» la voluntad en cuestión significa una norma, por cuya virtud los «súbditos» no se «ven obligados», sino que «tienen una obligación».

---

[31] PATTARO ENRICO: «Elementos para una Teoría del Derecho», Editorial Debate, Madrid, 1986, pp. 106-107 (citando a Kelsen).

[32] PATTARO ENRICO: op. cit., p. 107.

El registro del discurso de Austin corresponde a la lógica del «ser». Al respecto, Finch señala lo siguiente: «La noción de soberanía determinada y la emisión de mandatos desde tal fuente son ambos aspectos de la misma búsqueda vana: el deseo de encontrar la fuente del derecho en términos de descripción fáctica, de explicar los elementos de un sistema jurídico en términos de causa-efecto referidos a instituciones específicas del derecho positivo.[33]

No es posible dar cuenta del concepto de deber jurídico sobre la base de una descripción causal de los hechos que jalonan el nacimiento y desarrollo del derecho. Dicho concepto pide la «norma», es decir una lectura con la lógica del «deber ser». Un acto de voluntad es acto creador de una norma jurídica o, lo que es lo mismo, tiene un significado normativo-jurídico, toda vez que aparezca contemplado en otra norma, de «grado superior», como condición de tal resultado. Si el concepto de deber jurídico se fundamenta en el concepto de norma jurídica (vale decir, un enunciado del «deber ser»), la elucidación de éste requiere el concurso del concepto de sistema jurídico. Este último aserto será analizado más adelante.

Quepa la siguiente reflexión final sobre los méritos y deméritos de la teoría de Bentham y Austin: «La afirmación general del positivismo es que la naturaleza del derecho debe estudiarse en relación con lo que se encuentra que existe como producto de la acción del hombre. Se pone el acento en la creación más bien que en la emulación de un derecho superior o más alto. La teoría imperativa, como una de las más tempranas formas de positivismo, da particular importancia al elemento creador humano en el derecho. Tal importancia refleja al mismo tiempo los méritos y deméritos de las más tempranas expresiones del positivismo. El acto creador de derecho es una característica sobresaliente de casi todas las explicaciones de la naturaleza del derecho en general. **Pero si el significado jurídico o prescriptivo de los actos o acontecimientos que se dan en la creación y mantenimiento de un sistema jurídico se describe en términos de identidad con los actos físicos mismos, el carácter esencialmente prescriptivo del derecho está expuesto a obscurecerse**».[34]- Destacado nuestro -

---

[33] FINCH JOHN: op. cit., p. 118.
[34] FINCH JOHN: op. cit., p. 100.

En el pensamiento jurídico continental de la segunda mitad del siglo XIX se producen desarrollos de signo positivista, en cuyo seno la noción de deber jurídico parece relacionarse con formulaciones de carácter normativo. La teoría de las normas de Binding es un buen ejemplo de tal línea de ideas.

Como es sabido, Binding fue uno de los más destacados forjadores de la dogmática penal moderna, lo cual explica que sus planteamientos en torno a las normas tengan como referente el derecho penal, pero, indudablemente, el alcance y significación de los mismos son jurídicamente omnicomprensivos, considerándose a dicho jurista como un representante de la escuela analítica.[35]

El punto de arranque de este autor es la constatación a cuyo tenor quien delinque no trasgrede la ley penal, sino, por el contrario, actualiza el supuesto de hecho contemplado en dicha ley. «El delincuente realiza el tipo penal de la ley, no viola para nada la ley penal».[36]

Este novedoso, al tiempo que corrosivo (para la época) pensamiento no significa que la tradicional metáfora según la cual el delincuente viola o trasgrede la ley penal carezca de fundamento. En la tesis de Binding, aquella comprobación «indica que tiene que haber otras leyes que el agente viola con su acción».[37] «La ley que el delincuente trasgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, la ley que dispone la forma de su condena».[38] Binding llama a estas proposiciones jurídicas normas «porque el delincuente sólo puede trasgredir la proposición que le prescribe el modelo de su conducta».[39] El modelo de conducta prescrito configura un deber jurídico y su «cápsula» es una norma.

---

[35] FRIEDRICH CARL J.: «La Filosofía del Derecho», Fondo de Cultura Económica, México, 1964, p. 150 (a pie de página).
[36] KAUFMANN ARMIN: «Teoría de las Normas» (Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 3 (citando a Binding).
[37] KAUFMANN ARMIN: op. cit., p. 3 (citanto a Binding).
[38] KAUFMANN ARMIN: op. cit. p. 4 (citando a Binding).
[39] KAUFMANN ARMIN: op. cit. p. 4 (citando a Binding).

El jurista germano traza varios caminos para demostrar la existencia de «sus» normas, concluyendo que «... el único camino correcto es derivar el imperativo únicamente a partir de la primera parte de la ley penal. Tal prohibición y mandado satisfaría totalmente la exigencia de ser una norma de formas de acción. En este caso, el delincuente (hace) precisamente aquello que la prohibición quiere que se omita; su acción y la conducta que le está ordenada se hallan en oposición contradictoria. Además, esta norma no ha sido dictada por alguna otra consideración, sino para evitar la acción descrita. La falta de una consecuencia para la acción del agente no afecta la contradicción de la acción con el imperativo. La norma es, pues, una orden pura, no motivada, especialmente no motivada por la amenaza de la pena».[40]

Ante la objeción de que las normas jurídicas, concebidas como nudos imperativos inmotivados, impide distinguirlas de las leyes éticas, Binding respondió que «con respecto al carácter jurídico de las «normas» existen pruebas: en la 1ª y, sobre todo, en la 2ª parte de nuestra ley penal; quien conoce la consecuencia jurídica, no puede tener dudas acerca del carácter jurídico de la norma subyacente»[41] «La amenaza de la pena no funciona como razón necesaria de la prohibición, pero sí como demostración de su carácter jurídico».[42] Este enigmático rodeo parece sugerir que la sanción no es fundamento del deber prescrito en la norma, sino (tan sólo) la prueba de su carácter jurídico. «Con esto, (Binding) dejó ... las citadas normas flotando en una imprecisa zona supralegal, campo fértil para embozados devaneos iusnaturalistas».[43]

En efecto, nuestro autor fue acicateado para incursionar en dichos devaneos. «Y así, a Binding, 'después de haber aceptado la invitación de seguir el camino más allá de la norma', sólo (le) queda la resignación. El delito surge por la norma; la posibilidad de su violación por parte de cada uno, a través de su toma de conocimiento y únicamente a través de ella'. 'Pero, detrás de la prohibición y del mandato, aparece la más espesa de las nieblas ante todo aquel

---

[40] KAUFMANN ARMIN: op. cit. pp. 6-7 (citanto a Binding)
[41] KAUFMANN ARMIN: op. cit. p. 7 (citando a Binding)
[42] KAUFMANN ARMIN: op. cot. p. 7 (citando a Binding a pie de página)
[43] AFTALION ENRIQUE R., GARCIA OLANO FERNANDO Y VILLANOVA JOSE: «Introducción al Derecho», Ed. La Ley, Octava Edición, Buenos Aires, 1967, p. 107.

que intente buscar la antijuridicidad'. Por esta razón, hay que dejar de lado 'todas las fantasías jusnaturalistas, los más peligrosos y exitosos enemigos de toda ciencia del derecho'. 'El jurista humilla indignamente al derecho cuando considera que su existencia necesita de otra «justificación» a más de la que obtiene la voluntad general a partir de la necesidad, libremente reconocida, de la regulación de la comunidad'».[44]

Si en Austin, el deber jurídico aparece propulsado, a «ras del piso», por los mandatos de un soberano personal y determinado, siguiendo los pasos de Hobbes, en Binding, el trampolín del deber jurídico, ahora de algún modo espiritualizado, son las órdenes que emanan de la voluntad general, expresada por el Estado hegeliano. Pero, en ambos, el mismo cordón umbilical: un tumultuoso e irreversible positivismo.

«Si el legislador desea formular obligaciones 'que los súbditos tienen que cumplir de una manera eminentemente personal, entonces tiene que decirles exactamente qué es lo que de ellos exige y qué es lo que reclama de ellos'. De aquí resulta el contenido y la forma de las normas: 'Su forma es la de la orden; su contenido, prohibición o mandato, acción que debe ser realizada u omitida'».[45] «Binding designa como «normas» a las 'órdenes obligatorias con contenido jurídico': 'He dado el nombre de normas a aquellas proposiciones jurídicas que fundamentan deberes eminentemente personales. Si el nombre no gusta, se lo puede cambiar'».[46]

Las normas son órdenes que fundamentan deberes jurídicos, pero Binding tiene un concepto teleológico de la orden o mandato, ya que «No ve a la orden con los ojos de un «sometido a la orden» o de un tercer observador, sino desde el punto de vista de quien da la orden; por lo general, pues, del Estado, del legislador. Binding llamó orden a aquello que el Estado y el legislador consideran como tal. Ni el efecto real ni la posibilidad de su imposición coactiva son rasgos peculiares, según él, de la orden y de la norma. En verdad, subyace aquí la idea de que la orden de la norma parte de la autoridad efectiva, es

[44] KAUFMANN ARMIN: op. cit., pp. 16-17 (citando a Binding)
[45] KAUFMANN ARMIN: op. cit., p. 8 (citando a Binding)
[46] KAUFMANN ARMIN: op. cit., p. 50 (citando a Binding)

decir, del Estado y sus mandatarios; en esto se diferencia también según Binding, la orden jurídica de las demás. El Estado es concebido en sentido hegeliano. Con respecto a la orden es esencial que proceda de la «voluntad general» y fundamente un «derecho de señorío a la obediencia»; en cambio, no tiene importancia la amplitud de la realización y el grado de coaccionabilidad».[47]

Adicionalmente, Kaufmann señala que para Binding existe una relación necesaria entre el deber jurídico y la norma: «Por tanto, una proposición jurídica que tiene efecto obligatorio es una norma. La norma es la forma conceptual de la proposición jurídica que fundamenta la obligación. Bajo el presupuesto de que el derecho logra fundamentar deberes, la norma es necesaria en tanto forma del pensamiento del derecho. Toda proposición jurídica de la cual surgen deberes jurídicos concretos es una norma; no sólo puede sino que tiene que ser pensada como norma. Lo único que es indiferente es que en esta norma el efecto de obligación se exprese mediante un «deber ser» o mediante alguna otra cópula».[48] «La norma es la forma de pensamiento y expresión de las proposiciones jurídicas obligatorias; es un 'juicio de deber ser'».[49]

El significado del «deber ser» en la teoría de las normas de Binding es resumido en los términos siguientes: « ' B debe aprender' significa entonces' es atribuible al legislador (el deseo de) que B aprenda'. Este es el significado que tiene el deber ser según la llamada 'teoría de la voluntad', sostenida especialmente por la mayoría de los representantes de la teoría de los imperativos y, también, por Binding».[50]

Pues bien, de acuerdo con el glosario que hemos hecho acerca del pensamiento de Binding, la teoría de las normas formulada por éste se edifica sobre la premisa en cuya virtud quien delinque no infringe la ley penal, sino, contrariamente, adecúa su conducta al presupuesto de la sanción. Posiblemente, la misma hiperevidencia de la aserción encandiló a Binding, desentendiéndose

[47] KAUFMANN ARMIN: op. cit., p. 59 (interpretando a Binding)
[48] KAUFMANN ARMIN: op. cit., p. 64 (interpretando a Binding)
[49] KAURMANN ARMIN: op. cit., p. 64 (interpretando a Binding)
[50] KAUFMANN ARMIN: op. cit., p. 66 (interpretando a Binding)

de las ricas consecuencias de la misma. A cambio, se dio a la tarea de bosquejar las genuinas leyes jurídicas que los delincuentes en efecto violan o trasgreden.

El autor alemán designa las leyes jurídicas con el nombre de normas. Pero, arropado por el imperativismo, sus normas son órdenes y de éstas devienen deberes jurídicos. No obstante, como ya precisamos, la órdenes de Binding tienen una fuente distinta a los mandatos de Austin. En éste, hay un soberano tangible mandando; en Binding, las órdenes son atribuidas a la voluntad general organizada: el Estado. En consecuencia, la psicología tiene poco que decir en la doctrina del jurista germano. La órdenes en las cuales se sustancian las normas son abordadas desde la perspectiva del Estado; los destinatarios son tenidos en cuenta como receptáculo del señorío de obediencia que detenta el Estado.

Si el Estado, depositario de la voluntad general, tiene el señorío de obediencia, los súbditos aparecen impuestos del deber correlativo. Es este señorío-deber el que fundamenta la tesis sobre el deber jurídico sostenida por Binding.

El deber jurídico se encuentra contenido en la norma y ésta se obtiene, por contradicción, del presupuesto de la pena. La sanción no forma parte de la «norma» de Binding; en su tesis, la ley que la contiene (ley penal) es el punto de partida para construir su mundo normativo, al regreso del cual la sanción es perifericamente percibida como instrumento probatorio de la juridicidad de la norma.

El deber jurídico normativamente estipulado no se relaciona con el temor de que un castigo probablemente se aplique; a la causalidad de Austin, Binding opone el «deber ser» erigido desde el pedestal de la intencionalidad del Estado que imparte órdenes por cuenta de la voluntad colectiva.

Así, situándose en la mira estatal, el jurista germano distingue entre la orden en cuanto tal y su significado: el deber ser. De allí que afirme la necesidad de la norma como forma de pensamiento del deber jurídico. Pero en la medida en la cual no transciende de la mira de quien ordena, su deber ser es sólo conducta debida en cuanto querida, es decir, deber ser subjetivo, cuya aprehensión se reduce a un juicio de hecho acerca de la orden misma y no a un

genuino juicio del deber ser. Posiblemente el poco interés de Binding en el uso de la denominación «norma» y en la cópula «deber ser», trasunten los límites de su teoría.

La tesis de las normas de Binding no logra asentarse en el reino objetivo del deber ser, pues no está acompañada de una teoría de la imputación y, sobre todo, de una teoría del ordenamiento jurídico. El deber jurídico queda atenazado por el deber de obediencia de los súbditos hacia el estado. La connotación de franca adhesión ideológica que Binding imprime al deber de obediencia es perfectamente congruente con su postura acerca del papel de la fuerza. El deber jurídico no se relaciona, como en Austin, con la eficacia social de las sanciones; las sanciones acreditan el (pretendido) carácter jurídico de dicha ideología acerca del deber ser.

El jurista austriaco Ihering es otro acucioso tratadista que, en los últimos decenios del siglo pasado, puso acento normativo a su concepto de deber jurídico. Dentro de su frondosa producción destaca «El Fin en el Derecho», catalogada por Bobbio como «...la mayor obra de teoría general del Derecho de su tiempo»[51] y la cual nos servirá de punto de referencia para desgranar la propuesta de dicho autor sobre el deber jurídico.

«La organización de la coacción social se presenta bajo dos aspectos: el establecimiento del mecanismo exterior de la fuerza y el de los principios que regulan su uso. El poder público realiza el uno, el derecho el otro. Estas dos nociones se completan mutuamente: el poder público debe recurrir al derecho, el derecho necesita la asistencia del poder público».[52] ...«El derecho puede, en mi opinión, definirse exactamente: el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción. Esta definición encierra dos elementos: la norma y la realización de ésta por la coacción. Los estatutos sociales sancionados por la coacción pública, constituyen por sí solos el derecho. Como ya hemos visto, el Estado es el soberano detentador de esta coacción. Las prescripciones revestidas por él de esta sanción, son las únicas normas jurídicas».[53]

---

[51] BOBBIO NORBERTO: op. cit., p. 237.
[52] VON IHERING RUDOLF: «El Fin en el Derecho», Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1946, p. 154.
[53] VON IHERING RUDOLF: op. cit., 158.

Al igual que Binding, Ihering profesa un marcado estatismo, viendo en el estado el emblema de la sociedad centralmente organizada. Pero, a diferencia de aquél, el estado no emerge como portador de un señorío de obediencia, sino como detentador de la fuerza y, a su lado, en comunidad necesaria, los principios que disciplinan el uso de ésta: el derecho.

Esta prédica sugiere una forma inédita de relacionar el derecho y la fuerza: el derecho es la regla y la fuerza, la materia regulada. No obstante, Ihering advierte que su definición del derecho contiene dos elementos: la norma y **la realización de ésta** por la coacción.» La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del derecho; una regla de derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema una antorcha que no alumbra».[54] Con esta encendida metáfora, nuestro imaginativo autor pone al «rojo vivo» lo indispensable de la fuerza estatal para la juridicidad de una norma, pero al mismo tiempo postula, desdiciendo su insinuación inicial, que las normas jurídicas no se refieren al uso de la fuerza, sino que ésta opera como disuasivo externo, aunque necesario, para su realización. Abonando esta línea de ideas, Ihering agrega que «La norma representa el segundo elemento de la noción del derecho. Comprende el lado interno del derecho, así como la coacción es el externo».[55] Su noción de norma está fecundada por el imperativismo que predominó en el pensamiento jurídico del siglo XIX: «Toda norma es un imperativo: ordena o prohíbe. Un imperativo sólo tiene sentido en boca de quien puede imponer su voluntad a la voluntad de otro, y marcarle su línea de conducta... La norma es, pues, el imperativo abstracto de las acciones humanas».[56] Y remacha el elemento distintivo de los imperativos (normas) jurídicos, señalando que «El criterio de todas las normas jurídicas es su realización por vía de coacción ejercida por la autoridad pública... Sólo es una norma de derecho: la disposición cuya realización ha confiado el poder público a sus órganos, armados por él de coacción».[57]

El «deber jurídico de Ihering», entonces, se resuelve en una orden estatal cuyo sentido es «... prescribir un tipo de acción para todos los casos de cierta

[54] VON IHERING RUDOLF: op. cit., p. 159.
[55] VON IHERING RUDOLF: op. cit., p. 163.
[56] VON IHERING RUDOLF: op. cit., pp. 163-164.
[57] VON IHERING RUDOLF: op. cit., pp. 166 y 167.

especie».[58] El deber jurídico yace en enunciados prescriptivos (normas) de carácter abstracto y se identifica, en cuanto jurídico, porque su realización discurre por el uso de la fuerza.

La doctrina de Ihering, pese a sus propias aprensiones, ha calado muy hondo. Retomando sus postulados iniciales, ensaya un salto premonitorio: «Podemos terminar diciendo: el carácter distintivo de una norma de derecho no consiste en la acción **externa** que ejerce sobre el pueblo, sino en su autoridad **interna** sobre los poderes públicos, mucho más importante. De expresar en términos jurídicos la noción de la norma del derecho, lo haremos con exactitud definiéndola, respecto a la forma, en estos términos: contiene un imperativo abstracto dirigido a los órganos del poder público y el efecto externo, es decir, su observación por el pueblo, debe, bajo este aspecto **puramente formal** (no **teleológico**) ser considerado como un elemento secundario... Todos los preceptos legislativos, sin excepción, están dirigidos **en primer lugar** a la autoridad: el Código Civil, el Código Penal, todas las leyes y ordenanzas militares, fiscales, de policía, etcétera, no hacen más que regular el ejercicio del poder público de coacción. Pero tanto como la persona privada puede, por la mira de sus intereses, reclamar el concurso **activo** de aquél, o **pasivamente** sufrir su acción, todos esos preceptos extienden igualmente su eficacia a la persona privada: la **autorizan**, la **obligan**, la **sujetan**. Por lo que hace a su fin, estas reglas del derecho miran a la persona privada; no es menos cierto, sin embargo, que **en la forma** se dirigen exclusivamente a los órganos del poder público» -Destacado del autor-.[59]

La huella pionera de esta tesis de Ihering es generosamente destacada por Bobbio en la forma siguiente: «Desde el punto de vista del desarrollo de la teoría general del Derecho en el último siglo la definición del Derecho como regla de la fuerza es el resultado del especial relieve dado a partir de Jhering a las normas secundarias (por ser cronológicamente segundas) sobre las primarias (por ser cronológicamente primeras). Jhering, como es sabido, fue el primero en dar especial relieve a la tesis de que los destinatarios de las normas jurídicas no son los ciudadanos sino los órganos del Estado encargados

[58] VON IHERING RUDOLF: op. cit., p. 164.
[59] VON IHERING RUDOLF: op. cit., p. 167.

de ejercer la coacción. Se había creído hasta entonces que el Derecho imponía deberes a los ciudadanos; pero al hacerlo se había cambiado lo principal por lo accesorio. En vía de principio, según Jhering, el Derecho impone deberes a los jueces, y en general a los órganos ejecutivos, y sólo indirectamente a los ciudadanos. No obstante la aparente rareza de la tesis y las vivaces y autorizadas críticas a que dio lugar, ha tenido fortuna la propuesta de trasladar el foco de la teoría general del Derecho desde las normas primarias a las normas secundarias» - Paréntesis nuestro -.[60]

Consideramos que la generosidad de Bobbio tiene dos sentidos: al tiempo que resalta, con justicia, el valioso aporte del referido jurista germano al tratamiento de la relación entre el derecho y la fuerza, oculta, con comprensible injusticia, sus balbuceos acerca del carácter umbilical de dicha relación. Con todo, para nuestros fines, el mérito de Ihering está fuera de discusión, toda vez que afianza la dimensión normativa del deber jurídico auspiciada por Binding, en contraste con el causalismo de Austin, y rescata de éste el primer plano (un tanto ensombrecido por Binding) de la coercibilidad, abriendo la compuerta para la asimilación jurídicamente intrasistemática del papel de la fuerza. Con las limitaciones de la metodología imperativista de la época, Ihering fue un preclaro catalizador de la normatividad y la coercibilidad como componentes nucleares de la fisonomía del deber jurídico.

La breve aproximación que hemos realizado sobre la evolución del concepto de deber jurídico en el siglo pasado, a través de las distinguidas obras de Austin, Binding e Ihering, muestra rasgos comunes a todas ellas, los cuales puntualizaremos a continuación.

El imperativismo que cruza el pensamiento jurídico positivista del siglo XIX ancla el deber jurídico en la emisión de mandatos desde la cúpula del poder político. En la versión crudamente causalista de Austin o en el rudimentario normativismo de los autores continentales, una conducta es jurídicamente debida porque, y en tanto, es querida por el soberano o por el estado, identificándose la descripción del deber jurídico con la descripción, en clave del «ser», del acto de voluntad del cual «dimana».

---

[60] BOBBIO NORBERTO: op. cit, p. 340.

A pesar de la penetrante prédica de Ihering acerca de los «cuasifiliales» vasos comunicantes entre el derecho y la fuerza, ésta no deja de orbitar alrededor del deber jurídico en tanto disuasivo externo destinado a procurar su cumplimiento. Como sabiamente apunta Lumia»... la teoría que ve en el Derecho un conjunto de preceptos reforzados por la amenaza de la fuerza pone el acento sobre la FUNCION REPRESIVA del Derecho como técnica de control social tendente, precisamente, a la represión de los comportamientos desviantes» -Mayúsculas del autor-.[61] De este aserto de Lumia, resulta obvio que la coacción sólo puede ser ejercida «conforme a derecho» en la medida en que forme parte de él; por el contrario, si merodea a su alrededor como fiera a disposición «del mejor postor», responderá a su propia y desbocada «razón» y no a la razón del derecho.

Así las cosas, el deber jurídico aparece inserto en un modelo de técnica directa de control social, por cuya virtud, cuando la conducta efectivamente seguida no trasunta la conducta debida, se establece una relación de contradicción entre el «ser» y el «deber ser». Como vimos, Binding certeramente señala que el delincuente no trasgrede la ley penal, sino que , inversamente, verifica el presupuesto de la sanción; pero la ley penal (ley sancionatoria) no es el derecho. El imperativismo, aun con las luces de Ihering, no trasciende el esquema de relación directa entre sujetos que imparten órdenes y sujetos cuya conducta es objeto de las mismas. Al mismo tiempo, se pone al desnudo el carácter incipiente de la normatividad blandida por los autores continentales, al no percatarse éstos que constituye un sinsentido erigir genuinas contradicciones entre enunciados descriptivos (referidos a la conducta «real» del delincuente) y enunciados prescriptivos (referidos a la conducta normativamente estipulada).

Por último, interesa subrayar lo que, tal vez, constituye la principal deficiencia del imperativismo y del pensamiento jurídico prekelseniano en general. Nos referimos a la carencia de una teoría del ordenamiento jurídico, es decir de lo que Kelsen denomina nomodinámica. En efecto, una constante de los desarrollos más salientes del siglo pasado es la pertinaz búsqueda de la esen-

[61] LUMIA GIUSEPPE: op. cit., p. 30.

cia del derecho en ésta o aquélla característica de las normas individualmente consideradas o en aspectos de instituciones jurídicas específicas. Dicha ausencia también afecta los planteamientos sobre el deber jurídico precedentemente esbozados. La misma impidió que la afirmación según la cual la norma (necesariamente) es la forma de pensamiento que fundamenta el deber jurídico, produjése réditos teóricos de verdadera envergadura.

El siglo XX alumbrará la tesis del ordenamiento jurídico. Con ello, la dimensión normativa del derecho en general y, específicamente, del deber jurídico, crecerá hasta las alturas de la especulación epistemológica, erigiéndose en tema predilecto de los cultores de la teoría general. Simultánea, y coordinadamente, el nuevo modo de plantear la relación entre el derecho y la fuerza, brumosamente atisbada por Ihering, se asentará en el suelo firme de la claridad conceptual. El tratamiento del deber jurídico, en consecuencia, experimentará un salto cualitativo.

### *1.2- El deber jurídico como prescripción indirecta de las normas coactivas.*

En esta parte abordaremos, en primer lugar y con especial atención, el pensamiento de Kelsen. La Teoría Pura del Derecho constituye una obra paradigmática dentro del desarrollo de la teoría general del derecho, marcando una línea divisoria entre pro y anti Kelsenianos. Esto es particularmente notorio por lo que respecta a los conceptos jurídicos básicos, capítulo donde se ubica el concepto de deber jurídico.

En la teoría pura la distinción entre moral y derecho desempeña un papel especialmente relevante; el deber jurídico es exaltado como noción indispensable del derecho y se afirma el carácter ideológico de la doctrina del derecho subjetivo.[62]

La caracterización Kelseniana del deber jurídico forma parte de su definición de la norma jurídica. Desechado el enfoque imperativista, la misma es pre-

[62] KELSEN HANS: «Teoría Pura del Derecho»(Primera Versión), EUDEBA, Buenos Aires, 1975, pp. 116 y ss.

sentada como un juicio condicional o relación hipotética. La norma jurídica es un acto coactivo condicionado. Se trata de un nexo por el cual a cierta conducta se le imputa una sanción. Hecho ilícito, imputación y sanción son los componentes nucleares de la tesis en examen. Si cierta conducta es condición de un acto coactivo, la conducta opuesta es el contenido de un deber jurídico. La noción de conducta debida, entonces, cumple el rol de mera hipótesis auxiliar del conocimiento jurídico, toda vez que se trata de un inferencia lógica de lo que ya está completamente expresado en la «norma primaria», esto es, el acto coactivo condicionado[63] Pero la circunstancia de que el deber jurídico tenga la calidad de hipótesis auxiliar en la esfera del pensamiento, en nada afecta que sea componente indispensable de toda norma jurídica, en tanto que reverso del hecho ilícito. El que la conducta debida sea denominada «norma secundaria», obedece a que Kelsen considera al derecho como una técnica indirecta de motivación social,[64] punto sobre el cual abundaremos más adelante.

Antes de continuar, conviene advertir que el planteamiento Kelseniano conforme al cual la norma jurídica es un juicio hipotético, ha sufrido variaciones en el decurso de la obra de este autor. Hasta 1945, Kelsen afirmó, en efecto, que la norma era un juicio hipotético y, como tal, una proposición. Pero a partir de entonces, con la publicación de la Teoría General del Derecho y del Estado, Kelsen hace una distinción clara entre normas jurídicas y reglas de derecho. Estas últimas son las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe las primeras, en cuanto su objeto de conocimiento. Siendo enunciados descriptivos, las reglas de derecho tienen el carácter de juicios y, específicamente, de juicios hipotéticos; diversamente, las normas jurídicas son prescripciones, caracterizables como imperativos en sentido figurado u órdenes despsicologizadas. Un juicio es el sentido de un acto de conocimiento, mientras que una norma es el sentido de un acto de voluntad. La regla de derecho es un juicio puesto que puede ser verdadera o falsa, posibilidad que escapa a la norma jurídica, en razón de su función prescriptiva. En la última etapa de la obra de Kelsen, entonces, la norma jurídica no es un juicio hipotético, lo es la regla de derecho con la cual la ciencia jurídica da cuenta de ella.[65]

---

[63] KELSEN HANS: «Teoría Pura...» (Primera Versión), pp. 76 y ss.
[64] KELSEN HANS: «Teoría General...», pp. 17 y ss.
[65] KELSEN HANS: «Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho», Colección Filosofía y Derecho /7, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 58 y ss.

La norma jurídica es un imperativo u orden, pero «despsicologizada», es decir, vaciada de contenido fáctico o psíquico, por lo cual no cabe aquí acusar a Kelsen de recaída imperativista, toda vez que mantiene nitidamente diferenciados el «ser» del acto y el «deber ser» de su sentido o significado: la norma. «Debe tenerse en cuenta ... que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser».[66] Un acto intencionalmente orientado hacia la conducta de otro individuo signica una «norma», cuando la conducta a la cual se dirige»... es considerada como debida no sólo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante...».[67] Este fenómeno ocurre si la «orden» del acto trasciende el querer de quien la imparte (deber ser subjetivo), siendo dicho acto ejecución de una norma superior, en cuya virtud recibe de ésta su sentido normativo. A su vez, el acto cuyo sentido constituye la norma superior, deriva este significado de otra norma que, en el ordenamiento jurídico, se encuentra en un peldaño más alto aún. «Si se trata del acto aislado de un sólo individuo, el mismo, desde luego, no puede ser visto como un acto jurídico, ni su sentido como una norma jurídica, porque el derecho ... no consiste en una norma aislada, sino en un sistema de normas, en un orden social, y una norma específica sólo puede ser considerada como norma jurídica en la medida en que pertenece a ese orden».[68]

Como fue precisado supra, así como el concepto de deber jurídico se fundamenta en el concepto de norma jurídica, la comprensión de éste requiere el concurso del concepto de ordenamiento jurídico. En los términos reseñados, Kelsen ilustra este aserto, contituyendo la incorporación de la tesis del ordenamiento jurídico uno de los más grandes aportes del maestro vienés al desarrollo contemporáneo de la teoría general del derecho, conforme enfáticamente lo destaca Bobbio.[69]

---

[65] KELSEN HANS: «Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho», Colección Filosofía y Derecho /7, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pp. 58 y ss.
[66] KELSEN HANS: «Teoría Pura del Derecho» (Segunda versión), Editorial Porrúa, Octava Edición, México D.F., 1995, p. 19.
[67] KELSEN HANS: «Teoría Pura...» (Segunda versión), p. 21.
[68] KELSEN HANS: «Teoría Pur...» (Segunda versión), pp. 59-60.
[69] BOBBIO NORBERTO: op. cit., p. 252.

Por último, interesa subrayar que, si bien la distinción clara entre reglas de derecho y normas jurídicas enriqueció la línea normativista de Kelsen, no todas las normas jurídicas son traducibles en términos de juicios hipotéticos; el esquema de la proposición hipotética funciona para las normas generales, pero, como veremos más adelante, admite excepciones en relación con las normas individuales. Con todo, por razones de economía del lenguaje, continuaremos con el registro de la norma jurídica como juicio hipotético.

El rigor antiséptico con que Kelsen trabaja el derecho, vaciándolo de todo «gérmen» axiológico, está presente en cada uno de los temas que componen su polémica obra. Desde ya que sus reflexiones sobre el deber jurídico no escapan a ese aserto. Es notorio su esfuerzo por neutralizarlo moralmente. Sus primeros esbozos en esa dirección se basan en la antinomia autonomía-heteronomía, afirmando que la autoregulación de la moral es «un estado psíquico real de atadura interna de la voluntad», mientras que la heteronomía del derecho revela que el deber jurídico es la misma norma jurídica individualizada, esto es, en cuanto es referida a un individuo determinado.[70] Este criterio de distinción es pronto abandonado.

El foco Kelseniano se desplaza de la heteronomía a la coercibilidad. Entonces, una conducta es el contenido de un deber jurídico si la conducta opuesta es condición de la imputación de una sanción. Se advierte que en el esquema de norma jurídica Kelseniano la imputación alude a dos problemas distintos. «Por un lado hace referencia a la estructura condicional que aparece a primera vista en la norma (el: «Si..., entonces...»); por el otro lado se refiere a la modalización de la sanción: ella **debe ser**. El problema del condicional es sintáctico, el del deber ser es semántico y a la postre deóntico».[71] Agotándose en el tramo coactivo la norma jurídica, la función deóntica de la imputación presenta a la misma como un deber dirigido a un funcionario estatal, consistente en la aplicación de la sanción imputada al hecho ilícito. Que un funcionario tenga el deber de aplicar una sanción ante la realización de un cierto

---

[70] REYES NELSON: «El Concepto de Deber Jurídico en la Teoría Pura del Derecho», en «Apreciación Crítica de la Teoría Pura del Derecho», EDEBAL, Valparaíso, 1982, pp. 143-144 (citando a Kelsen).

[71] AFTALION ENRIQUE R. y VILANOVA JOSE: «Introducción al Derecho», Nueva Versión, Ed. Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, 1992, p. 486.

acto, implica que los súbditos tienen el deber de abstención con respecto al mismo. Se trata de dos deberes, el último de los cuales (deber jurídico en sentido estricto) tiene fundamento en el primero.[72] Las normas jurídicas constituyen una técnica indirecta de motivación, porque no prescriben la conducta deseada o debida, sino que procuran su realización mediante el disuasivo de la coacción. Las normas morales, por el contrario, son una técnica directa de motivación, porque prescriben la conducta deseada.[73] Ahora, aunque Kelsen no lo diga, desde el momento en que, según él, las normas jurídicas prescriben la aplicación de sanciones a los responsables de hechos ilícitos, ellas, al igual que las normas morales, serían una técnica directa de motivación, pero referida a la conducta de los funcionarios a los que incumbe dicha aplicación. ¿Es qué los funcionarios tienen sólo un deber moral de aplicar sanciones?. La respuesta negativa puede sustentarse argumentando que tal deber es jurídico, en la medida en que su no cumplimiento es condición de una sanción que debe aplicar, al primero, un segundo funcionario. A su vez, el carácter jurídico del deber de sancionar de este nuevo funcionario, ha de implicar otra norma que haga de su no cumplimiento, la condición de una sanción que debe imponer, al segundo, un tercer funcionario. Resulta evidente que, por tal vía, hay un deslizamiento al infinito. Desde ya que habrá una última norma sancionadora, cuyo «deber ser» dirigido a un funcionario carezca de apoyo coactivo.

El argumento del regressus ad infinitum fue formulado por León Petrasizky en los términos siguientes: «De acuerdo con la teoría que ve en la coacción la nota esencial del derecho, la regla jurídica (X) no es sino una regla de especie particular, que, de no ser cumplida espontáneamente, supone la existencia de otra regla (X1) que señala las medidas coercitivas que deben tomarse contra el infractor, ordenando, por ejemplo, a un determinado sujeto (agente de policía, actuario, etc) que ejecute tal o cual acto coactivo. Pero esta regla (X1) no puede, a su vez, de acuerdo con tal teoría, ser considerada como regla de derecho sino en la hipótesis de que exista una tercera (X2) que, en el supuesto de que X1 no sea acatada, determina qué medidas habrá que adoptar. (Como ejemplo puede servir la que impone a ciertos agentes el deber de sancionar a

[72] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 68.
[73] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 191 (citando a Kelsen).

los obligados por la anterior, en el caso de que se nieguen a ejecutar los actos coactivos que la misma prescribe). La regla X2 debe, a su vez, hallarse sancionada por otra regla X3, y X3 apoyarse en X4, y así sucesivamente... De ello derivan las siguientes consecuencias, cuyo absurdo es evidente: suponiendo que en un determinado medio social haya reglas de derecho, habrá que decir que son en número infinito. Pero entonces resulta enteramente imposible la prueba de que una regla posee carácter jurídico, porque ello exigiría una verificación infinita. En efecto: cada caso de ausencia de una regla sancionadora tendría que ser interpretado como demostración de que las anteriores no eran jurídicas. De llegarse, por ejemplo, a una regla X20, no sancionada por otra X21, habría que reconocer que X20 no era una regla de derecho, por carecer de sanción; con lo cual, por ello mismo, X19, que se apoya en X20, también habría perdido su carácter jurídico. En otros términos: si la coacción es atributo necesario del derecho, resulta muy fácil, cuando se trata de verificar la teoría, convencerse de que ninguna regla de conducta puede tener naturaleza jurídica...».[74]

Interesa advertir que la tesis de Petrasizky, encaminada a rebatir la propuesta de que la coacción es la nota esencial de la juridicidad, en rigor, tuvo como referente la teoría imperativista, la cual, según vimos, concibe las normas jurídicas como mandatos garantizados por el uso de la fuerza.[75] No obstante, la tesis en cuestión es esgrimida para refutar el planteamiento de Kelsen, cuya réplica puede ser cabalmente comprendida si se tiene en cuenta dicha advertencia.

El autor de la teoría pura dice al respecto que «La afirmación de que para asegurar la eficacia de una norma de grado n, es necesaria otra de grado n más uno, por lo cual es imposible asegurar la eficacia de todas las jurídicas por medio de otras que establezcan sanciones, es correcta; pero la jurídica no es una norma cuya eficacia esté asegurada por otra que establezca una sanción, aun cuando la eficacia de ésta no esté asegurada por otra regla. Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece

[74] GARCIA MAYNEZ EDUARDO: «Lógica del Juicio Jurídico», Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1955., pp. 176-177 (citando a Petrasizky)
[75] FINCH JOHN: op. cit. pp. 153 y ss.

una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción. El problema de la coacción (compulsión, sanción) no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, **sino un problema sobre el contenido de las mismas**. El hecho de que sea imposible asegurar la eficacia de todas las de un orden jurídico mediante normas que establezcan sanciones, no excluye la posibilidad de considerar únicamente como jurídicas a las que establecen las sanciones. Todas las de un orden jurídico son coactivas, esto es, normas que establecen sanciones, pero entre éstas hay algunas cuya eficacia no está asegurada por otras normas coactivas. La n, por ejemplo, dice así: si un individuo roba, otro individuo, órgano de la comunidad, deberá castigar al primero. La eficacia de esta norma está asegurada por la norma n más uno: si el órgano no castiga al ladrón, otro órgano debe castigar a aquel que ha violado su deber de castigar al ladrón. No hay una norma n más dos que asegure la eficacia de la norma n más uno. La coactiva n más uno: si el órgano no castiga al ladrón, otro órgano debe castigar a aquel que ha violado la ley, no está garantizada por una norma de grado n más dos. Pero todas las de este orden jurídico son normas coactivas» (Destacado nuestro).[76]

Pues bien, las razones con las cuales la teoría pura rebate al alegado vicio del regreso al infinito, muestran claramente la distinta forma de resolver la relación entre derecho y fuerza que caracteriza al pensamiento de Kelsen, en contraste con la tesis positivista tradicional, aun cuando nutriéndose de la semilla plantada por Ihering. La coacción no es un instrumento para garantizar la eficacia de las normas jurídicas, como ésta afirma, sino que es el contenido mismo de las normas jurídicas. En similar línea de ideas, Ross sostiene enfáticamente que «Tenemos que insistir, por ende, en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que estén respaldadas por la fuerza».[77] Como ya lo apuntamos supra, Lumia dice que esta última forma de presentar la relación entre las normas jurídicas y la fuerza, distintiva de la doctrina tradicional, hace énfasis en la función represiva del derecho; en cambio, penetrantemente sostiene dicho autor que «...la teoría que ve en el Dere-

[76] KELSEN HANS: «Teoría General...», pp. 33-34.
[77] ROSS ALF: op. cit. p. 52.

cho un conjunto de normas que regula el uso de la fuerza subraya la FUNCION GARANTISTA del Derecho, es decir, la certeza que éste suministra de que ninguna forma de constricción física o de otra naturaleza, puede ser utilizada más que en los casos y modos permitidos por el ordenamiento jurídico -Mayúsculas del autor-.[78]

Así las cosas, la regresión que plantea Petrasizky, orientada a demostrar que las normas últimas del sistema, por fuerza lógica, carecen de sanciones, con lo cual, a la luz de la opinión que hace de la coacción el rasgo esencial del derecho, la cadena normativa precedente quedaría desprovista de naturaleza jurídica, es correcta en relación con la teoría imperativista, más no en cuanto a la teoría pura. En ésta, todas las normas jurídicas son coactivas, dado que la sanción es su contenido específico.

Sin embargo, con todo y que la teoría pura marca una diferencia sustantiva con respecto a la teoría tradicional, en la manera de resolver la relación entre derecho y fuerza, el reparo de Petrasizky hace mella en su planteamiento acerca del deber jurídico de aplicar sanciones que las «normas primarias» impondrían a los funcionarios. En efecto, si las normas sancionatorias que cierran el sistema, por ser finales, no están, a su vez, sancionadas, su «deber ser» no tiene el significado de un deber jurídico; se podrá decir que las sanciones respectivas se encuentran establecidas o estipuladas y, en última instancia, autorizadas, más no que comportan una conducta jurídicamente debida.[79] Ello implica que en la teoría pura el deber ser jurídico tiene dos significados: el que forma parte de la «norma secundaria» sigue siendo sinónimo de deber jurídico; el de la «norma primaria» puede significar tanto un deber jurídico como una autorización, según haya o no otra norma que establezca una sanción para el caso en que la sanción de aquélla no sea aplicada por el respectivo funcionario. El uso del deber ser jurídico roza el dispendio, si agregamos a lo dicho la acepción descriptiva que Kelsen atribuye al mismo en las reglas de derecho, las cuales, no obstante su finalidad cognoscitiva, son formuladas con el nexo «deber ser».[80]

---

[78] LUMIA GIUSEPPE: op., p. 20.
[79] KELSEN HANS: «Teoría General...», pp. 69 y ss.
[80] KELSEN HANS: «Teoría General...», pp. 53 y ss.

La posibilidad insinuada inicialmente acerca del carácter moral de la prescripción de sanciones a cargo de los funcionarios, se ha desvanecido en la teoría pura, ya que la reseñada argumentación de Kelsen pone de manifiesto que los funcionarios medios tienen genuino deber jurídico de aplicar sanciones, pues su no aplicación es condición de una sanción y en cuanto a los funcionarios superiores, las sanciones a su cargo no son contenido de deber alguno, sino que su aplicación es jurídicamente potestativa.

De lo expuesto asoma la idea según la cual los funcionarios supremos del sistema no tienen auténticos deberes jurídicos,[81] dado que el incumplimiento de las conductas que se les prescriben no es condición de la imposición de sanciones. La respuesta de Kelsen, a cuyo tenor el deber ser de las normas «finales» del sistema poseen un significado potestativo, es satisfactoria desde el punto de vista formal, más no desde el ángulo material o sustantivo. Este guante es recogido por el realismo escandinavo, el cual, por conducto de Ross, sugiere que todo ordenamiento jurídico debe ser concebido en parte como impuesto a un conglomerado del grupo que es inducido a su obediencia, entre otras razones, por el temor al castigo en caso de transgresión, pero en parte ha de ser concebido como ideología que logra por sí misma adhesión espontánea por parte del resto del grupo: los altos funcionarios del sistema.[82] Mediante este postulado del realismo jurídico, reflota el carácter moral de los deberes impuestos a los funcionarios supremos, aun cuando bajo el manto de un discurso valorativo menos apreciado: la ideología.

No es posible, entonces, dar cuenta del concepto de deber jurídico reduciéndolo al deber ser jurídico, en virtud de los diversos significados que éste encierra en la teoría pura. En otras palabras, si bien el deber ser tiene, en principio, el sentido deóntico de «jurídicamente debido», este sentido sólo logra desplegarse consistentemente en la «norma secundaria». El deber jurídico anida en ésta, pero como su elucidación no cabe hacerla por referencia a los valores, habida cuenta de su destierro de la teoría pura, para tal efecto habremos de recorrer otro camino trazado por ésta.

---

[81] CARRIO GENARO R.: op. cit., p. 31.

[82] ROSS ALF: op. cit., pp. 52 y ss.. AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., p. 495 (citando a Ross).

Del elenco de los conceptos jurídicos básicos, Kelsen erige a la sanción en el concepto primitivo, es decir, que éste es definible sin recurrir a los conceptos restantes, los cuales, a su vez, aparecen como derivaciones, inmediatas o mediatas, de la sanción. El concepto de deber jurídico es una derivación mediata de la sanción e inmediata del hecho ilícito.

En efecto, el deber jurídico es el reverso del hecho ilícito y, por consiguiente, para dar cuenta de la existencia de aquél, tiene que ser elucidada la existencia del hecho ilícito. Según fue precisado, una conducta es ilícita cuando es condición de la imputación de un acto coactivo. Ahora, para que una sanción «deba ser», se requiere la verificación de una pluralidad de condiciones. La conducta ilícita es tan sólo una de ellas; se trata de una condición necesaria pero no suficiente. Por ejemplo, para que deba ser la ejecución forzosa de los bienes del deudor moroso, además de su incumplimiento, se requiere que el acreedor haya propuesto demanda, que haya sido probada la obligación, su no cumplimiento, etc, etc. Esta hipótesis, aunque muy simplificada, ilustra claramente lo que queremos significar. Si una acción es ilícita por ser condición de una sanción y ésta depende de la realización de una serie más o menos numerosa de condiciones, resulta evidente el dilema que se presenta: cuál de los actos que condicionan la sanción es el acto ilícito. Kelsen respondió a esta interrogante, modificando su definición de delito. De las acciones que condicionan la sanción, es ilícita la acción efectuada por el individuo a quien aquélla se aplica. Con esta nueva definición queda resuelto el dilema anterior, más origina otros reparos. El primero deriva de los supuestos (admitidos por Kelsen) de responsabilidad indirecta, en que el individuo sancionado (responsable) no es el autor del hecho ilícito. En segundo lugar, tan condición de una sanción es el incumplimiento de una deuda como la celebración del contrato que le da nacimiento; ambas acciones son realizadas por el sujeto receptor de la sanción, con la duda consiguiente acerca de cuál de ellas ha de considerarse ilícita. Nuestro autor introdujo una segunda y última reforma a su definición de acto ilícito, significando como tal a la conducta de aquel individuo contra quien, o contra sus allegados, se dirige una sanción normativamente consagrada. Pese a la ambigüedad de la expresión «sus allegados», se da respuesta a las hipótesis de responsabilidad indirecta, ya que en ellas, en efecto, media una relación preexistente entre el autor y el responsable de la conducta ilícita. Con todo, queda en pie el segundo reparo.[83]

[83] NINO CARLOS S: op. cit., pp. 173 y ss.. KELSEN HANS: «Teoría General...», pp. 59 y ss.

Consideramos que los esfuerzos de Kelsen para preservar su perspectiva no ética del acto ilícito, han sido bastante fecundos. No obstante, quedan dudas sobre las condiciones bajo las cuales puede establecerse que una conducta es objeto de un deber jurídico, habida cuenta que las reelaboraciones de Kelsen acerca de la idea de delito, aunque consistentes y esclarecedoras sobre relevantes aspectos de la misma, no resultan concluyentes, lo que afecta, de modo directo, la aseveración de que el deber jurídico es la conducta opuesta al acto ilícito.

Conforme a lo expuesto hasta ahora, la tesis Kelseniana acerca de la norma jurídica comprende dos ingredientes: uno de carácter formal y otro de carácter material. Desde el punto de vista formal, la norma jurídica pertenece a la esfera del deber ser, su comprensión se basa en el principio de imputación y, en general, tiene la estructura de un juicio o proposición hipotética. Materialmente, la norma jurídica tiene un contenido específico que le es esencial, a saber, la coacción. Ella regula el uso de la fuerza, imputando una sanción a la conducta que, a título de hipótesis, aparece como su antecedente. Podría inferirse que si la estipulación de actos coactivos es el contenido de las normas jurídicas, la ejecución de los mismos es su finalidad. No es éste, sin embargo, el pensamiento de Kelsen.

Para la teoría pura la función de las normas jurídicas es provocar conductas, por lo cual ellas constituyen un medio para el logro de tal finalidad. En este sentido, como ya lo indicamos, el derecho es una técnica indirecta de control o motivación social.

Las normas jurídicas enlazan sanciones a ciertas conductas, con el objeto de procurar que los individuos realicen las conductas opuestas a ellas. De modo tal que entre normas primarias y normas secundarias existe una relación teleológica, en cuanto la estipulación de sanciones es un medio para que la gente cumpla las conductas prescritas en las normas secundarias.

El aspecto funcional del uso de la fuerza como técnica social del castigo desplaza el planteamiento Kelseniano del plano lógico o analítico al plano sociológico o fáctico. «Si definida la norma como imputación de un acto coactivo como consecuencia de una determinada condición, decimos que crear una norma es siempre imputar una coacción, se trata de una simple tautología;

pero si pasamos a decir que quien crea la norma se sirve de ella como una técnica para obtener la conducta contraria a aquella a la que se imputa la coacción, ya no es ello cierto por definición (...). Cuando se habla de medios específicos que el ordenamiento utiliza para obtener determinados comportamientos, parece que pasemos desde el plano de la verdad analítica hasta el plano de la investigación de los motivos de los comportamientos de la psicología y de la sociología y esta variación se produce efectivamente en el pensamiento de Kelsen».[84]

Dicho desplazamiento plantea dudas acerca de si la consideración de las normas jurídicas como técnica indirecta de motivación social forma parte o no del concepto Kelseniano de norma jurídica, ya que el plano sociológico o fáctico es, en principio, extraño a la intencionalidad cognoscitiva de la teoría pura. Pattaro se inclina por la afirmativa, señalando que, con dicho postulado, Kelsen ha perdido la pureza, la cual es considerada nociva por el autor italiano.[85] Coincidimos con la conclusión de Pattaro, pero estimamos importante hacer algunos comentarios al respecto.

Las incursiones de la teoría pura en el terreno de los hechos y la incertidumbre que las mismas introducen en la caracterización del derecho como objeto de conocimiento por parte de Kelsen, han sido lúcidamente puntualizadas por Tosta.[86] En ese sentido, el señalamiento de que las normas jurídicas constituyen una técnica indirecta de control social, es uno más de los «coqueteos» de la teoría pura con el enfoque empírico. Pareciera que el común denominador de los desplazamientos en cuestión, al menos de los más importantes, es que los mismos aparecen como secuelas del modo de resolución de la relación entre derecho y fuerza por parte de Kelsen. Así, en la teoría pura la relación entre validez y eficacia del ordenamiento jurídico es coordinada con la relación entre derecho y fuerza y, por tal vía, Kelsen colige que la eficacia (perspectiva empírica) forma parte del concepto de validez del ordenamiento jurídico (perspectiva normativa). «A propósito de la última condición puede de-

[84] PATTARO ENRICO: op. cit., pp. 58-59 (citando a Scarpelli).
[85] PATTARO ENRICO: op. cit, pp. 59 y 87.
[86] TOSTA MARIA LUISA: «La Legitimación del Derecho en Hans Kelsen», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 72, Caracas, 1989.

cirse que la eficacia es una condición de la validez; el sistema de normas tiene que ser eficaz como un todo. Pero la eficacia es una condición de la validez y no la razón de ella».[87] En otras palabras, aunque insuficiente, la eficacia es una condición necesaria de la validez y, por lo tanto, el concepto de ésta pide el concurso de aquélla. Lo mismo ocurre con la idea de técnica indirecta de motivación social y el concepto de norma jurídica. Que la validez de un orden jurídico dependa de que éste logre un mínimo de eficacia, es una exigencia que se encuentra en la misma secuencia lógica del postulado según el cual, la norma jurídica imputa una sanción a cierta conducta con el fin de provocar la conducta opuesta a la sancionada. Como veremos más adelante, las nociones de eficacia y de técnica indirecta de motivación social tienen estrecha conexión, lo cual permite colegir que si la eficacia forma parte del concepto de validez, la técnica de motivación forma parte del concepto Kelseniano de norma jurídica.

Así las cosas, a los componentes formal y material, se agrega el componente funcional, para completar el concepto Kelseniano de norma jurídica.

Ahora bien, Kelsen, atento a la circunstancia de que la consideración del derecho como una técnica de control social comporta un alejamiento de la esfera normativa en la cual centra sus desarrollos, se abstiene de indagar el funcionamiento de tal técnica, aduciendo que semejante tarea corresponde a la sociología y no a la teoría del derecho.[88] Esta modalidad de abstinencia cognoscitiva aflora con cierta frecuencia en la obra de Kelsen y parece obedecer a una suerte de equilibrio inestable entre la necesidad de la coherencia y la necesidad de la completitud, el cual, precariamente, termina por resolverse en favor de la primera, bajo el postulado de la «pureza metódica».

En todo caso, no deja de producir insatisfacción que la teoría pura haga del uso de la fuerza el contenido específico de las normas jurídicas; afirme que, con base en tal contenido, el derecho se presenta como una técnica indirecta de motivación social y, no obstante que esta finalidad es componente de su

[87] FINCH JOHN: op. cit., pp. 168-169 (interpretando a Kelsen).
[88] PATTARO ENRICO: op. cit, p. 87 (invocando críticamente a Kelsen).

concepto de norma jurídica, desdeñe su abordaje en aras de salvaguardar la pureza de la teoría pura.

La autolimitación gnoseológica de Kelsen es particularmente significativa en el tema que nos ocupa, ya que la sugestiva proposición según la cual el derecho es una técnica indirecta de motivación social, repercute sobre la dimensión del deber jurídico.

En efecto, si el fin de las normas jurídicas no es la aplicación de sanciones, sino que el recurso a éstas tiene por objeto evitar las conductas a las cuales se imputan o, lo que es lo mismo, propiciar las conductas opuestas (conductas jurídicamente debidas), carece de sentido establecer normas coactivas que no estén encaminadas a dicho propósito. Lo contrario desvirtuaría la función del derecho como técnica indirecta de motivación social.

Prescribir deliberadamente comportamientos muy difíciles de ser observados, convierte a las sanciones jurídicas en medios para la satisfacción de sentimientos de retaliación o venganza y no para auspiciar el cumplimiento de deberes jurídicos. Cuando la prescripción de tal tipo de comportamientos no obedece a un motivo subalterno, las sanciones aparecen como herramientas al servicio de actos torpemente crueles. En uno y otro caso, estaremos en presencia de genuinas normas jurídicas por su forma y por su contenido, más no desde el ángulo de su finalidad, toda vez que dichas normas no funcionan como técnica indirecta de motivación social.

«Desde un punto de vista teórico, por otra parte, la concepción del derecho como técnica de control social revaloriza las normas que Kelsen llama secundarias, en la medida en que en el concepto mismo de derecho destaca la función que el derecho cumple. Si la imputación de una sanción (norma primaria en Kelsen) no es un fin en si mismo, sino que responde al objetivo de impedir el comportamiento al cual se imputa la sanción, constituyendo, más bien, el expediente técnico para conseguir tal finalidad, el establecimiento del objetivo, la prescripción de evitar el comportamiento al que viene imputada la sanción (norma secundaria en Kelsen), tendrá una importancia al menos igual a la reconocida a la imputación de la sanción... La distinción Kelseniana entre normas primarias que imputan la sanción y normas secundarias que prescriben un comportamiento, distinción que relega a un nivel subjurídico a la nor-

ma que prescribe el comportamiento, precisamente secundaria, rige hasta que se asume en el concepto de juridicidad a la mera imputación de la sanción; pero si en este concepto se acoge además a la noción de técnica social de motivación de los comportamientos, con ello se acoge en el concepto de derecho la idea (por lo demás, correlativa a los hechos) de que el legislador pretende perseguir objetivos que transciendan a la mera imputación de sanciones».[89]

La tesis de Kelsen sobre la norma jurídica, en sus aspectos formal y material, da lugar a la idea según la cual, mediante las normas jurídicas el Estado (en sentido antropomórfico) regula su propia conducta, en cuanto, por ejemplo, el legislador, a través de las leyes, establece las condiciones bajo las cuales los jueces deben o pueden aplicar actos coactivos. Es sólo con el prisma de la técnica indirecta de control social que se puede sortear dicha idea acerca del sentido de las normas jurídicas. Atendiendo a su finalidad, se hace evidente que el deber ser de las «normas primarias» tiene exclusivamente carácter categorial, al tiempo que adquiere vigor el genuino deber jurídico contenido en las «normas secundarias», cuya eficacia es el propósito último del legislador al dictar normas jurídicas, es decir, utilizando la técnica del castigo. La eficacia de un orden jurídico, entonces, depende del buen funcionamiento de esta técnica. Un orden jurídico no es perdurablemente eficaz por dispensar perdurablemente muchas sanciones, sino por regularizar los comportamientos jurídicamente debidos, sin necesidad de usar regularmente la fuerza.

En suma, es posible sostener que mientras el discurso de la teoría pura se despliega en su propio terreno gnoseológico, en los planos sintáctico y semántico, la norma jurídica se manifiesta como un acto coactivo condicionado y el deber jurídico es el contenido de una pseudonorma, en tanto concepto derivado de la categoría primitiva y primordial: la sanción. Pero no bien se incorpora la función de las normas jurídicas como técnica coactiva de motivación social, el discurso se adentra en el terreno pragmático, en el cual la primacía corresponde al deber jurídico, pero como vimos, este terreno, aunque es magistralmente apuntado por Kelsen, la teoría pura se abstiene de transitarlo.

---

[89] PATTARO ENRICO: op. cit., p. 89.

El realismo jurídico, por su concepción fáctica del derecho, se presenta como una perspectiva propicia para que el referido aspecto funcional de las normas jurídicas se constituya en tema central de análisis. Abona esta sospecha el hecho de que, como ya precisamos, Ross, uno de los representantes más conspicuos de dicha corriente, al igual que Kelsen, hace del uso de la fuerza el contenido específico de las normas jurídicas. Sin embargo, en Ross, el uso de la fuerza, además de ser el contenido de las normas jurídicas, es también su finalidad u objeto,[90] lo cual, como veremos enseguida, marca una gran diferencia con Kelsen, por lo que respecta al tratamiento del deber jurídico.

«Las normas jurídicas pueden ser divididas en dos grupos, según su contenido inmediato: normas de conducta y normas de competencia. El primer grupo incluye aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción. Por ejemplo, la regla de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, Sección 62, que prescribe que el aceptante de un instrumento negociable queda obligado a pagarlo de acuerdo con el tenor de su aceptación. El segundo grupo contiene aquellas normas que crean una competencia (poder, autoridad). Ellas son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta. Una norma de competencia es, así, una norma de conducta indirectamente expresada. Las normas de la Constitución referentes a la legislatura, por ejemplo, son normas de conducta indirectamente expresadas que prescriben comportamiento de acuerdo con las ulteriores normas de conducta que sean sancionadas por vía legislativa...¿A quién están dirigidas las normas de conducta? La Ley Uniforme de Instrumentos negociables, Sección 62, por ejemplo, prescribe aparentemente cómo debe comportarse una persona que ha aceptado una letra de cambio. Pero este enunciado no agota el significado normativo de dicha norma; en verdad no llega ni siquiera a aproximarse a lo que es realmente relevante. La Sección 62 es al mismo tiempo una directiva para los tribunales acerca de cómo han de ejercer su autoridad en un caso que caiga bajo esa regla. Obviamente solo esto es de interés para el jurista. Una medida legislativa que no contenga directivas para los tribunales solo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia

[90] ROSS ALF: op. cit., pp. 34 y ss.. PATTARO ENRICO: op. cit., p. 228 (interpretando a Ross).

jurídica. A la inversa, si la medida contiene una directiva para los tribunales, entonces no hace falta dar a los particulares instrucciones adicionales sobre su comportamiento. Se trata de dos aspectos del mismo problema. La directiva al particular está implícita en el hecho de que éste conoce qué reacciones puede esperar, en condiciones dadas, de parte de los tribunales. Si quiere evitar estas reacciones, tal conocimiento lo llevará a comportarse en la forma adecuada a ello... Las normas de competencia se pueden reducir a normas de conducta y, por ende, también tienen que ser interpretadas como directivas para los tribunales».[91]

De acuerdo a Ross, entonces, las normas de conducta carecen de juridicidad si no están complementadas por directivas dirigidas a los tribunales acerca de la aplicación de las mismas. En rigor, son estas directivas las auténticas normas jurídicas, pues el conocimiento de las reacciones de los tribunales impele a los individuos a comportarse de acuerdo con las normas de conducta, si quieren evitar tales reacciones. Agrega el pensador danés que las normas de competencia son normas de conducta indirectamente expresadas. Esto, por cuanto las primeras prescriben el deber de obedecer las normas de conducta creadas con base en ellas. Por lo tanto, las normas de competencia son reducibles a normas de conducta y, como tales, también deben ser interpretadas como directivas dirigidas a los tribunales, para ser jurídicamente significativas.

En suma, según Ross las normas jurídicas son directivas que regulan el ejercicio de la fuerza estatal. Más, reiteramos, este autor no sólo concibe el ejercicio de la coacción estatal como el contenido específico de las normas jurídicas, sino que, además y sobre todo, la concibe como su objeto. Este rasgo de la tesis de Ross sobre la norma jurídica es perfectamente congruente con su visión negativa del deber en cuanto concepto jurídico. En tal sentido, el pensador escandinavo señala que el deber es una entidad metafísica y que el uso de tal concepto en los enunciados del ordenamiento jurídico cumple una función ideológica consistente en influir en el comportamiento de la gente. Como la ciencia del derecho no se propone ejercer influencia ideológica sobre los ciudadanos, «Debemos concluir que sería deseable que las exposicio-

[91] ROSS ALF: op. cit., pp. 32-33.

nes doctrinarias del derecho vigente eliminaran el concepto de deber. En lugar de operar con este término inadecuado convendría más atenerse simplemente a la conexión jurídico-funcional entre los hechos condicionantes y las reacciones condicionadas».[92]

La propuesta de Ross de expulsar el concepto de deber jurídico de la ciencia del derecho forma parte de la «reinterpretación» a que somete a las «ideas normativas». Dicho autor critica las tesis «realistas» que conciben el derecho como un hecho del ser, en la medida en que ellas tratan «de apartar todos los puntos de vista normativos del concepto de derecho y de determinar el derecho puramente como hecho, como una parte del comportamiento social de los hombres» y postula, en cambio, que «Nuestro propósito al determinar el concepto de derecho no es escamotear las ideas normativas sino interpretarlas de una manera diferente...».[93] ¿Cuál es esa manera diferente de interpretarlas?: «... las nociones jurídicas fundamentales (deben ser) interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad».[94] Las ideas normativas no son, según Ross, ideas del deber ser, sino»... la expresión de ciertas experiencias psicofísicas peculiares, que son un elemento fundamental en el fenómeno jurídico».[95] Por ello, cuando Ross habla del derecho como «norma jurídica» o cuando enuncia postulados del tipo «Un orden jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones en las que la fuerza física debe ser ejercida contra una persona»,[96] no lo hace desde el plano específicamente «normativo» con que, y a partir del cual, la teoría pura elabora su discurso. «Lo que Ross llama «interpretar» o «reinterpretar» las ideas normativas o los conceptos de validez es en realidad su completa eliminación»,[97] pues, para Ross»... la ciencia del derecho es una rama de la psicología y de la sociología».[98] La exhortación de Ross a no escamotear las «ideas normativas» tiene

[92] ROSS ALF: op. cit., p. 154.
[93] KELSEN HANS: «Contribuciones...», pp. 13-14 (citando la obra «Hacia una Ciencia Realista del Derecho» de Ross)
[94] ROSS ALF: op. cit., p. XIII (Prefacio de la Edición Inglesa)
[95] KELSEN HANS: «Contribuciones...», p. 27 (citando la obra «Hacia una Ciencia Realista del Derecho» de Ross)
[96] ROSS ALF: op. cit., p. 34.
[97] KELSEN HANS: «Contribuciones...», p. 27.
[98] KELSEN HANS: «Contribuciones...», p. 28.

el sentido de subrayar la importancia que las mismas desempeñan en el comportamiento de la gente y, al mismo tiempo, poner de manifiesto que tales ideas, consideradas como ideas del deber ser, carecen de sentido desde el punto de vista de una genuina ciencia del derecho.

De allí que, bajo esas coordenadas, el deber jurídico sea un concepto espurio y convenga, en su lugar, atenerse»... a la conexión jurídico-funcional entre los hechos condicionantes y las reacciones condicionadas». Por lo mismo, debe extirparse toda connotación normativa del concepto de validez, lo cual conduce, como lo hace Ross, a identificar validez con eficacia. En nuestra opinión, tales «reinterpretaciones» de los conceptos de deber jurídico y de validez son planteamientos concomitantes.

En efecto, para el autor escandinavo la eficacia se circunscribe a la aplicación del derecho por los órganos judiciales. «La eficacia puede por ello buscarse solamente en la aplicación judicial del derecho y no en el derecho en acción entre los particulares. Si, por ejemplo, se prohíbe el aborto criminal, el verdadero contenido del derecho consiste en una directiva al juez en el sentido de que en ciertas condiciones éste debe imponer una pena por aborto criminal. El factor decisivo que determina la prohibición como derecho válido es únicamente el hecho de que sea efectivamente mantenido por los tribunales en los casos en que surgen a la luz infracciones al derecho y son traídas al proceso».[99] Kelsen, reinvindicando la función de las normas jurídicas como técnica indirecta de motivación social, observa: «Ross rehúsa considerar como eficaz la norma de derecho en cuestión en la medida en que los hombres sometidos al derecho omiten por temor a la pena, cometer el delito de aborto intencional. Solamente si se conciben las normas jurídicas- como lo hace Ross en concordancia con la Teoría Pura del Derecho- como normas que prescriben sanciones, se puede distinguir entre la aplicación de las normas jurídicas por parte de los órganos que dictan y hacen cumplir las sanciones y el acatamiento de las normas jurídicas por parte de los sujetos de derecho que realizan la conducta que permite evitar las sanciones y, solamente así, en consecuencia, se puede reconocer la eficacia del derecho no solamente en su aplicación de hecho sino también en su acatamiento de hecho. El rechazo del concepto de

[99] ROSS ALF: op. cit., p. 35.

una eficacia que consista en el acatamiento de las normas jurídicas es difícilmente justificable, especialmente desde el punto de vista de una teoría del derecho psicológico-sociológica como la que postula Ross, porque precisamente la finalidad de las normas jurídicas que prescriben sanciones es la de impedir los delitos que condicionen las sanciones».[100]

De manera tal que, según Ross, la eficacia de las normas jurídicas no consiste en asumir los comportamientos que eviten las sanciones, es decir, en cumplir los deberes jurídicos indirectamente estipulados, sino que la eficacia radica en la aplicación judicial de las sanciones. Este concepto de eficacia es el resultado de considerar que el uso de la fuerza, además de su contenido, es la finalidad de las normas jurídicas. La teoría de Ross, pues, no acoge la propuesta Kelseniana según la cual el derecho es una técnica indirecta de motivación social; seguramente ello se deba a que, «reinterpretación» mediante, tal técnica tenga la función ideológica de influir en el comportamiento de la gente, dado que apunta a provocar el cumplimiento de los deberes jurídicos.

Kelsen, con gran perspicacia, dice lo siguiente en relación con el planteamiento de Ross acerca de la función y eficacia de las normas jurídicas: «Si la eficacia de una norma sólo puede ser captada en su aplicación fáctica por los tribunales, el caso ideal de validez de una norma jurídica se da cuando ésta no es en absoluto eficaz en este sentido, esto es, cuando no se aplica en absoluto, porque ha alcanzado su objetivo: impedir la conducta que es la condición de su aplicación».[101]

Contrariamente a lo que podía esperarse, el enfoque sociológico de Ross no se hace cargo de la consideración de las normas jurídicas como técnica indirecta de motivación social y del papel primordial que, en ese contexto, cabe al concepto de deber jurídico. Lo que no hizo Kelsen por la ya comentada autolimitación cognoscitiva, tampoco lo hace Ross, pese a que la dirección fáctica de la técnica de motivación parece prestarse al tratamiento «realista» del derecho por parte de este autor.

---

[100] KELSEN HANS: «Contribuciones...», pp. 34-35.
[101] KELSEN HANS: «Contribuciones...», p. 38.

La denominación «realismo **normativista**» que se usa para identificar la teoría de Ross es engañosa y en este equívoco estriba su negativa postura con respecto al tema que nos ocupa. Es verdad que Ross habla de «norma jurídica» o de «sistema de normas» con respecto al derecho»; de igual modo es verdad que exalta la importancia de las «ideas normativas» para la comprensión de éste. Pero tales ideas son «reinterpretadas», es decir, sometidas a una lectura empírica, la cual arroja este resultado: los conceptos jurídicos, considerados como conceptos específicamente normativos, no pueden ser tomados en serio desde el ángulo de una genuina ciencia del derecho, habida cuenta que, así considerados, no son más que ideología; dichos conceptos son reducibles a hechos sobre los cuales, y tan sólo sobre los cuales, puede haber ciencia jurídica. Así, el deber jurídico, normativamente visto, es un término utilizado por el orden jurídico para cumplir la función ideológica de influir en el comportamiento de la gente; la propuesta científica es eliminar el deber jurídico y atenerse a la relación entre hechos condicionantes y reacciones condicionadas.

Pensamos que el entendimiento de la función que el derecho juega con respecto a la realidad social comporta, ante todo, reconocer que el derecho es algo distinto de dicha realidad. Por lo tanto, decir que el discurso normativo es un discurso ideológico equivale a decir que el derecho es ideología. Para nuestros fines, ésto dice mucho y, al mismo tiempo, no dice nada.

En conclusión, Kelsen y Ross coinciden en que las normas jurídicas se refieren al uso de la fuerza; la coacción estatal es su contenido específico. Kelsen señala que la norma jurídica imputa una sanción a cierta conducta (hecho ilícito) que aparece como su antecedente, de lo cual resulta que la conducta contraria a ésta, es el contenido del deber jurídico respectivo. Las normas jurídicas constituyen una técnica indirecta de motivación social, pues mediante la estipulación de sanciones se procura obtener de la gente comportamientos que eviten las sanciones, es decir, comportamientos jurídicamente debidos. Ross dice que las normas de conducta (las cuales establecen obligaciones para los individuos) deben ser interpretadas como directivas dirigidas a los tribunales, cuyo conocimiento por parte de los individuos los impele a adoptar la conducta adecuada (debida), si quieren evitar las reacciones de aquellos.

Distintas palabras para decir lo mismo. Sin embargo, para Kelsen el concepto de deber jurídico y la técnica de motivación tienen gran relevancia en su propuesta de ciencia del derecho, mientras que en la teoría de Ross brillan por su provocada ausencia. En Kelsen, la eficacia del derecho es, ante todo, éxito de la técnica de motivación; en Ross, la eficacia del derecho es aplicación judicial de las normas jurídicas, esto es, aplicación de las sanciones.

En Kelsen, el concepto de deber jurídico tiene vida sólo en los severos límites de las normas coactivas, pero es un concepto significativo para el conocimiento del derecho. En Ross, a dicha estrechez, se agrega el carácter científicamente espurio del deber jurídico.

## 2.- TESIS QUE LLEVAN EL DEBER JURIDICO MAS ALLA DEL ACTO COACTIVO

### *2.1.- Deberes jurídicos sin sanciones y sanciones no coercibles*

La vertiente neoegológica, bajo otra perspectiva, postula abiertamente el carácter primario del deber jurídico. Tal postulación establece una gradación del mencionado concepto:

«Digamos que, a través de un conjunto de normas-expresa o tácitamente acatadas-un ordenamiento jurídico proyecta y/o programa en forma más o menos precisa o vaga la conducta recíproca (en interferencia intersubjetiva) de los miembros de un grupo humano cualquiera y que Deber (mejor dicho debe ser) - en el sentido más amplio que conviene aquí dar a la palabra - es la situación de cada uno de ellos en tanto es **su** conducta, la que sólo él puede hacer u omitir, la que se encuentra así programada».[102] Esta primera aproximación al concepto en cuestión es denominada deber en sentido amplísimo, pues «admite que el propio miembro del grupo establezca autónomamente el contenido de su conducta y proyecte así y/o programe lo que será la conducta común o compartida dentro del grupo...».[103] Una segunda aproximación del

[102] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., pp. 492 y ss.
[103] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit. p. 492.

enfoque en análisis, da lugar al deber en sentido amplio, apelativo reservado»... para aquellos casos en que la programación heterónoma determina el contenido del acto del sujeto cuya conducta es programada».[104] Finalmente, si la programación de la conducta común contempla casos de violación del deber, estableciendo para ellos que debe ser una sanción, el deber en cuestión es un deber en sentido estricto. Aquí, además de programarse una conducta en su contenido, subsidiariamente se programa otra conducta para el caso de incumplimiento de la primera.[105]

De modo tal que en su acepción amplísima, el deber, en el sentido de «deber ser», se revela como correlativo de una programación (que incluye los actos facultativos); en sentido amplio, el deber (jurídico) se presenta como correlativo de programaciones que articulan la conducta de una pluralidad de individuos, estipulando un contenido de conducta en forma heterónoma; y en sentido estricto, el deber jurídico se manifiesta como correlativo de las programaciones que, además de programar una conducta en su contenido, programan otra conducta para el caso de inobservancia de la primera. En relación con el deber jurídico en sentido estricto, destacan sus mentores que «...esta programación de una nueva conducta para el caso en que no se cumpla con la primeramente programada es, a su vez una programación, vale decir que a ella corresponde un deber ser en sentido amplísimo (como en el caso del padre autorizado a corregir moderadamente a sus hijos) o un deber en el sentido amplio de la palabra (como en el caso de los jueces que deben fallar conforme a derecho)».[106]

Pues bien, en primer término, consideramos de suma importancia destacar los vasos comunicantes que existen entre la tesis esbozada y las ideas básicas de Cossio, fundador de la escuela egológica, de la cual la presente aparece como continuadora o legataria. Para dicho pensador, el objeto de la ética en general es la conducta en libertad y el de la ciencia jurídica en particular, la conducta en interferencia intersubjetiva. El derecho no consiste en normas; el derecho es, precisamente, conducta en interferencia intersubjetiva, cuya com-

[104] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., p. 493.
[105] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., p. 493.
[106] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., pp. 493-494)

prensión se realiza a través de las normas. La ciencia jurídica, mediante las normas, da cuenta de su objeto: la conducta en interferencia intersubjetiva, es decir, el derecho. En esta teoría se plantea un tema ontológico: el derecho, en cuanto objeto, no es norma, es conducta; su centro de gravedad es el postulado metafísico de la libertad. Estrechamente relacionado con ello, se plantea un tema axiológico: la conducta es objeto cultural y, consiguientemente, referible a un valor, en cuanto el ejercicio de la libertad comporta elección (y, por tanto, valoración) de una entre varias alternativas de conducta posibles. Cossio señala que la norma jurídica, dado su carácter de proposición que conceptualiza o representa la conducta, tiene la forma de un juicio disyuntivo, toda vez que el objeto representado, la elección de uno entre varios comportamientos posibles, entraña un acto de disyunción. Como quiera que en su «deber ser existencial» las alternativas en juego (conducta lícita y conducta ilícita), aunque con distinto sentido jurídico, tienen, ambas, innegable valor ontológico, no cabe privilegiar, como lo hace Kelsen, una de ellas. Según ya lo vimos, el autor de la teoría pura reduce la norma jurídica a su norma primaria (imputación de la sanción al hecho ilícito), caracterizando a la norma secundaria (contentiva del deber jurídico) como hipótesis auxiliar del pensamiento. Cossio reivindica el deber jurídico, atribuyendo similar peso a su endonorma (conceptuación de la conducta debida) y a su perinorma (conceptuación de la conducta ilícita), como componentes indispensables de la norma jurídica (con lo cual restituye a la conducta debida el sentido ontológico perdido en la teoría pura) y subrayando la importancia que, según él, tiene para el derecho el cumplimiento espontáneo del deber jurídico.[107] Hasta allí llega su desarrollo sobre el tema, aunque pensamos que la sugestiva expresión «endonorma» para designar a la conducta debida y la exaltación de su cumplimiento espontáneo, dejan el camino abierto a sus continuadores.

Bebiendo del legado que dejara Cossio, la neoegología extrae su consecuencia última: la primacía del deber jurídico dentro del universo de los conceptos jurídicos. A esos fines, entre otros reparos, objeta a la teoría pura el hacer de la sanción el centro de gravedad de su enfoque, puntualizando que ésta rehuye de una conceptuación aceptablemente consistente y, además, destaca la

[107] COSSIO CARLOS: «La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad», Ed.La Ley, Buenos Aires, 1964, pp. 333 y 660 a 674.

debilidad de la tesis de Kelsen (ya analizada en este trabajo), conforme a la cual el hecho ilícito es la condición de la sanción, ya que la sanción está antecedida por varias condiciones, no habiendo criterio objetivo para determinar cuál de ellas es el hecho ilícito.[108] Al ser imposible precisar el hecho ilícito, también lo es definir el deber jurídico, pues, de acuerdo a Kelsen, el deber jurídico es la conducta opuesta al hecho ilícito. Por ello, la neoegología retoma la senda de la doctrina tradicional: «... el sentido deóntico de la transgresión no se funda en la imputación de males (sanciones) sino que el sentido de los males (como sanciones) se funda en el sentido deóntico de transgresión. Esta está concebida por lo tanto correctamente en lo fundamental por la doctrina tradicional que la ve como la violación de un deber, pero aleccionados por Kelsen, debemos completar dicha definición por referencia a la sanción. Diremos en consecuencia, que la transgresión es la violación de un deber que constituye, además, la condición necesaria (aunque no siempre suficiente) de la aplicación de la sanción (de que una sanción debe ser)».[109]

El deber jurídico, entendido como programación heterónoma del contenido de una conducta (deber en su acepción amplia), no pierde su sentido de tal, aun cuando dicha programación no contemple otra conducta para el caso de inobservancia del mismo.[110] He aquí, como la neoegología colma la reivindicación cossiana del cumplimiento espontáneo del deber jurídico, claro tributo del postulado metafísico central de esta escuela: la libertad. De la libertad, como vimos, se siguen los valores y es en relación con ellos, y por sobre las alegadas debilidades de la teoría Kelseniana de la norma, que, en nuestro criterio, emerge el postulado neoegológico según el cual el deber jurídico es el concepto primario. Ahora bien, en este enfoque los valores aparecen como el sentido de la conducta en libertad desde que ésta es considerada como un objeto cultural; por lo tanto, se trata de valores contingentes o positivos. Así, la programación heterónoma del contenido de la conducta se revela como trasunto de la valoración jurídica vigente en una sociedad determinada y tal conducta adquiere el carácter de deber jurídico propiamente dicho, toda vez que la respectiva programación contemple, además, otra conducta para el caso de incumplimiento de la conducta inicial.

---

[108] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., pp. 486 y ss.
[109] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., p. 491.
[110] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., p. 493.

Pese al carácter contingente de los valores en los cuales, a la postre, se apoya la primacía del deber jurídico pregonada por dicha corriente de pensamiento argentina, el sólo hecho de dar beligerancia a la perspectiva axiológica en éste y otros temas jurídicos, aleja a la neoegología, al igual que lo sucedido con la teoría egológica original, de las coordenadas positivistas que han privado en la teoría general del derecho, toda vez que la dimensión valorativa es extraña al método de análisis jurídico del positivismo, siendo, por el contrario, el criterio principal que inspira a la doctrina del derecho natural.

No creemos, sin embargo, que pueda tildarse de actitud iusnaturalista a la postulación de deberes jurídicos «independientes» por parte de la neoegología y a la dimensión axiológica de su propuesta. Más bien, su postura pudiera encuadrarse en la siguiente reflexión: «Si el legislador se dirige directamente al destinatario de la norma jurídica, tal modo de proceder no pasa de la declaración solemne, o de la invocación del buen entendimiento o del espíritu de solidaridad social; así no se crea una norma jurídica, sino, a lo sumo, poesía política».[111]

Por otra parte, la neoegología plantea dudas sobre el alcance del concepto de sanción. Esta puede comprender todos los casos en los cuales la programación subsidiaria empeora la situación del responsable o sólo los casos en los cuales el empeoramiento se establece en virtud de que lo subsidiariamente programado es el ejercicio de la coacción.

Casos como el de una norma que estipulase la obligación de pagar un impuesto y que para el supuesto de que su pago no se produjese en la fecha establecida a tal fin, programase el pago del mismo impuesto más un recargo de un tanto por ciento por el tiempo transcurrido hasta su cumplimiento; o bien de las normas que imponen el pago de una indemnización al responsable de los daños patrimoniales causados a otro por dolo o culpa, no son considerados por la corriente neoegológica como normas que programan sanciones. Si bien tienen sentido sancionatorio, en cuanto constituyen un mal que agrava la si-

[111] RÖMER PETER: «La Doctrina de Kelsen sobre el Carácter Coactivo del Derecho», en «Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho», Instituto Hans Kelsen (Austria), Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1984, p. 193.

tuación del sujeto, lo programado es la conducta de éste y no de sujetos diversos, toda vez que establecen un nuevo deber o prestación a cargo del responsable, a raíz del incumplimiento del deber inicial. Propone denominar a tales consecuencias jurídicas «prestaciones subsidiarias», siendo las mismas deberes en sentido amplio, ya que el obligado debe asumir autónomamente la heteronomía.[112]

Los casos en los cuales la programación subsidiaria contempla la imposición de un mal al responsable, es decir, una programación heterónoma y, como tal, dirigida a la conducta de otros y no a la del responsable, son casos respecto de los cuales cabe hablar con propiedad de «sanción». Egológicamente, la conducta del responsable está representada sin el sentido de su libertad. Las penas constituyen ejemplos característicos de las sanciones propiamente dichas, ya que en ellas «... hay una programación directa de la conducta del otro que es el verdugo, el carcelero, etcétera, encargado de inflingir el mal».[113]

«Finalmente, la programación subsidiaria puede consistir en una alteración del status jurídico del responsable, como por ejemplo en la inhabilitación. Como el status jurídico de una persona no es nada más que el conjunto de sus relaciones jurídicas (deberes y derechos) y de la aptitud que le está reconocida para crear tales relaciones, y como las relaciones jurídicas son siempre conducta, resulta que aquí lo que se programa, aunque indirectamente, es también la conducta de los demás (aunque puede haber involucradas prestaciones subsidiarias del responsable). Así por ejemplo la nulidad de un matrimonio significará, en última instancia, una distinta forma de programación de la conducta del que en verdad no es cónyuge, la nulidad de una transferencia que el adquirente no es propietario, lo cual, a su vez, hace lícitos actos de terceros que antes no lo eran, todo lo cual es una forma indirecta de programar la conducta de los demás con relación al responsable, es decir, algo que escapa a su control y por lo cual hablamos también, en estos casos, de sanción».[114]

---

[112] AFTALION ENRIQUE R. Y VILANOVA JOSE: op. cit., pp. 495 y ss.
[113] AFTALION ENRIQUE R. Y VILLANOVA JOSE: op. cit., 496.
[114] AFTALION ENRIQUE R. Y VILLANOVA JOSE: op. cit., pp. 496-497.

De acuerdo con lo expuesto, pareciera que la neoegología entiende por sanción los casos en los cuales las normas, ante el incumplimiento del deber jurídico, establece una programación subsidiaria que regula conducta de sujetos distintos al responsable y que desfavorece la situación de éste, sin que tal empeoramiento deba necesariamente obedecer a la imposición de un acto coactivo. En ese orden de ideas, destaca la idea de la teoría en examen a cuyo tenor la nulidad es una sanción.

Es menester profundizar en el concepto de sanción, puesto que, a esta altura del trabajo, resulta evidente que el análisis del deber jurídico no puede seguir avanzando sin, previamente, desbrozar el significado de la sanción.

Pues bien, como ha quedado de manifiesto, en el modelo de Kelsen la sanción cumple el papel estelar, erigiéndose en el concepto jurídico primitivo, sin cuya elucidación no es posible definir los conceptos jurídicos restantes. Por ello, urge colacionar el concepto Kelseniano de sanción. El mismo ha sido fraccionadamente desarrollado por Kelsen en distintas obras, lo cual obliga a una labor de reconstrucción:[115]

Se trata de un acto coercitivo, o sea de un acto de fuerza efectiva o latente. Lo que caracteriza a la sanción no es la aplicación efectiva de la fuerza, sino la posibilidad de aplicarla si el responsable no colabora.

Tiene por objeto privar a otro de algún bien. «Kelsen propone considerar «bienes» aquellos estados de cosas que para la generalidad de la gente son valiosos, siendo irrelevante que no lo sean para un desesperado o un masoquista».[116]

Es ejercida por una autoridad competente. La competencia para aplicar sanciones es establecida por normas del ordenamiento jurídico en cuestión. La función esencial de las normas primarias es definir dicha competencia.

---

[115] NINO CARLOS S: op. cit., pp. 168 y ss.
[116] NINO CARLOS C.: op. cit., o. 170.

Es consecuencia de una conducta. Un acto coercitivo es una sanción sólo cuando aparece como la consecuencia de alguna actividad atribuible (o atribuida) a la voluntad de su autor, es decir, cuando se verifica la realización de la misma, mediando capacidad de omitirla.

De lo expuesto resulta que para Kelsen las sanciones se reducen a las penas dispuestas por el derecho penal y a la ejecución forzada de bienes, característica del derecho civil y ramas conexas. Como quiera que en la teoría pura la coercibilidad es el elemento definitorio de las normas jurídicas, con dicho concepto de sanción el número de normas jurídicas genuinas es muy limitado y, en consecuencia, también se restringe, en igual medida, la cobertura del concepto de deber jurídico.

Pues bien, hemos visto que el concepto de deber jurídico propuesto por la neoegología, concibe al deber jurídico en sentido estricto por referencia a la sanción, valorando, en este aspecto, las enseñanzas de Kelsen. Sin embargo, sugiere una idea de sanción más amplia que la formulada por éste. Al respecto, señala que cabe hablar de sanción en relación con toda programación subsidiaria que regula la conducta de individuos diferentes del responsable, empeorando la situación de éste, lo cual no sólo ocurre cuando lo subsidiariamente programado es un acto coactivo estatal, sino también cuando se trata de la nulidad de un acto inválido. Heteronomía y empeoramiento de la situación del sujeto pasivo son las notas que, al parecer, caracterizan la noción neoeológica de sanción.

Es evidente que la ampliación del concepto de sanción tiene por objeto expandir la cobertura del deber jurídico. Pensamos que en este punto se encuentra la impronta de la tesis dominante en la teoría general del derecho antes examinada, conforme a la cual el deber jurídico se hace depender de la sanción. Alucinados por esta idea, quienes piensan, no obstante, que la misma ofrece una noción muy estrecha de deber jurídico, procuran la expansión de éste, mediante el expediente de ampliar el concepto de sanción. El planteamiento neoegológico es tan sólo una variante de dicha tendencia, como lo veremos en seguida.

La tesis conforme a la cual la nulidad es una sanción ya había sido planteada por Korkounov. Tomando como centro de gravedad a la nulidad, y con base en

aportes de los jurisconsultos romanos, este pensador ruso clasificó las normas desde el punto de vista de sus sanciones: leyes perfectas, leyes más que perfectas, leyes menos que perfectas y leyes imperfectas. «Se da el nombre de leyes perfectas a aquellas cuya sanción consiste en la inexistencia o nulidad de los actos que las vulneran. Dícese que tal sanción es la más eficaz, porque el infractor no logra el fin que se propuso al violar la norma».[117] Según este criterio, la nulidad no sólo es una sanción, sino que se trata de la sanción por excelencia. El fundamento de este aserto radica en que la nulidad posee la virtud de «liquidar» o «exterminar» los actos no realizados conforme a lo dispuesto por la norma respectiva, frustrando así el fin perseguido por el sujeto que inobservó la norma. En este enfoque, entonces, la nulidad es el paradigma de la sanción.

Por su parte, Bobbio también sostiene que la nulidad es una sanción, a cuyo efecto elabora una ingeniosa argumentación orientada a que tal tesis se inserte, sin desentonar, en el discurso Kelseniano. Señala que tanto en Kelsen como en Olivecrona y en Ross»... decir que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coactivo equivale a decir que contiene reglas para el ejercicio de la fuerza; aún más, que se caracteriza por ellas». El recurso a la fuerza se manifiesta como: a) el poder de constreñir (o de impedir una acción) con el fin de evitar la no ejecución o la inobservancia de una norma; b) el poder de reparar los efectos de una acción y de una omisión cuando la violación ya ha ocurrido. «Este segundo poder se identifica con el poder de establecer y ejecutar sanciones, y entiéndase por «sanciones» toda consecuencia desagradable atribuida por el ordenamiento jurídico a la infracción de una norma del sistema. Que el poder de constreñir (o de impedir) esté estrechamente conectado con el uso de la fuerza no da lugar a problemas. Puede ser oportuno en cambio aclarar qué relación existe entre el uso de la fuerza y los diversos tipos de sanción».[118]

Según dicho autor italiano, son distinguibles dos tipos principales de sanciones: a) las que actúan de manera que la observancia de la norma sea un medio

---

[117] GARCIA MAYNEZ EDUARDO: «Introducción al Estudio del Derecho», Ed. Porrúa S.A., Trigesimoprimera edición revisada, México, 1980, p.89 (citando a Korkounov).

[118] BOBBIO NORBERTO: op. cit., pp. 346 y ss.

idóneo, y la transgresión un medio inidóneo, para alcanzar el fin querido; b) las que actúan de manera que la observancia de la norma sea un medio idóneo, y la transgresión un medio inidóneo, para evitar el fin no querido. «La consecuencia desagradable de la transgresión en que consiste toda forma de sanción es en el primer caso la privación de un bien y en el segundo la causación de un mal. Sólo se puede hablar de punición en sentido propio en el segundo caso; en el primer caso se debería hablar más propiamente (pero la palabra no ha entrado en el lenguaje jurídico) de frustración». Existen, por lo tanto, dos clases de sanciones: privativas y punitivas; las primeras comprenden los diferentes tipos de nulidad, en tanto que las segundas abarcan las penas y la ejecución forzosa. «Las acciones no conformes a las normas jurídicas que el ordenamiento sanciona con la nulidad se llaman inválidas; las acciones no conformes a las normas jurídicas que el ordenamiento jurídico sanciona con la pena se llaman ilícitas. El juicio de invalidez de una acción produce como consecuencia que ésta no tenga efectos jurídicos; el juicio de ilicitud de una acción produce como consecuencia que el efecto jurídico a ella ligado esté en contraste con el querido por el transgresor».[119]

A esta altura de su desarrollo, Bobbio se pregunta sobre la diferente relación que tienen las dos clases de sanciones enunciadas, con el uso de la fuerza, a lo cual responde que tal relación es evidente para las sanciones punitivas, pero que puede presentar dudas para las sanciones privativas, es decir, para las nulidades. Lo que sigue es, textualmente, la forma, por demás inteligente, mediante la cual nuestro autor pone de relieve la relación interrogada: «Me parece que, para la nulidad, se puede proponer esta interpretación: cuando se dice que el ordenamiento jurídico es un ordenamiento coactivo, caracterizado por la existencia de normas que regulan el ejercicio de la fuerza, se quiere decir, como se ha visto, que el ordenamiento jurídico establece las condiciones (normas materiales) en base a las cuales la intervención de la fuerza pasa a ser lícita y las formalidades (normas procesales) con las que esta intervención debe ejercerse. **Ahora bien, mientras la pena (o la ejecución forzosa) representa para el transgresor la desventaja de la fuerza contraria a él, la nulidad representaría para el transgresor la pérdida de la ventaja de la fuerza favorable a él.** En otras palabras, el juicio de ilicitud, presupuesto de

[119] BOBBIO NORBERTO: op. cit., pp.346-347.

una pena (o de una ejecución forzosa), pone las condiciones para la no intervención de una fuerza protectora. El nexo entre sanción y fuerza en los dos casos sería, pues, el siguiente: en el caso de la pena, la sanción para el transgresor consiste en someterse a una fuerza que le desvía de la meta preestablecida; en el caso de la nulidad, la sanción para el transgresor consiste en no poder recurrir a la fuerza que había debido socorrerle en la obtención de la meta preestablecida. Ilicitud e invalidez son dos especies de válvulas que, según los casos abren y cierran, y por tanto regulan el flujo de la fuerza que se encuentra a disposición del poder dominante para hacer eficaces las normas pertenecientes al sistema en su conjunto» (Destacado nuestro).[120]

Además de la nulidad, se ha propugnado el carácter sancionatorio de otras consecuencias jurídicas, tratando de mostrar incongruencias en la elaboración Kelseniana del concepto de sanción: «...no se ve por qué, mientras para las sanciones penales no es necesaria la efectiva ejecución forzada, ésta es relevante para las civiles. ¿Por qué no clasificar como sanciones civiles el pago de indemnización, la entrega de una cosa, el desalojo de un inmueble, etc., ordenados por un juez, sea que el condenado cumpla voluntariamente o sea que haya que recurrir al procedimiento de ejecución forzada?».[121]

La objeción apunta a lo que, prima facie, se presenta como un desequilibrio conceptual en el enfoque de las sanciones penales y las sanciones civiles por parte de Kelsen. En las primeras, la sanción no consiste en la aplicación efectiva de la fuerza, sino en la posibilidad de que ello ocurra si el reo no colabora. La definición Kelseniana de las sanciones civiles, por el contrario, desdeña la colaboración del sujeto condenado, requiriendo la coacción efectiva, es decir, la ejecución forzada de bienes.

### *2.2.- Ampliación del concepto de deber jurídico en lugar de ampliar el concepto de sanción*

La explicación de la teoría pura sobre tal desequilibrio, radica en que la sanción siempre regula la conducta de un funcionario estatal y no la conducta del

[120] BOBBIO NORBERTO: op. cit., pp. 347-348.
[121] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 172.

individuo responsable. Mediante una sentencia condenatoria penal, el juez prescribe a otro funcionario aplicar un acto coactivo al condenado. La eventual colaboración del reo facilita las cosas, pero tal colaboración no es una conducta regulada y, por lo tanto, a la luz de la norma contenida en la sentencia, se trata de una conducta jurídicamente indiferente. Algo distinto ocurre con las sentencias condenatorias civiles. Aquí el juez, por ejemplo, condena a un individuo al pago de una indemnización, el cual es una conducta del individuo responsable y no de un funcionario. Se trata, pues, de una obligación strictu sensu y no de una sanción. Esta hace aparición en el caso de incumplimiento de la obligación, es decir, si no se paga voluntariamente la indemnización.

Dicho de otro modo, mientras (desde el ángulo de la conducta del sujeto responsable) las normas individuales contempladas en las sentencias civiles, al igual que las normas generales, tienen siempre la forma de proposiciones condicionales, ya que «la sanción civil se estipula bajo la condición de que el demandado no cumple la conducta prescrita por el tribunal», las normas individuales contenidas en las sentencias penales poseen la forma de proposiciones incondicionales; por ejemplo: «deben ser seis años de cárcel para José López».[122]

De acuerdo con los desarrollos anteriores, para el modelo Kelseniano, en el registro de la corriente neoegológica, no son normas jurídicas y, por lo tanto, no establecen deberes jurídicos, aquellas programaciones de conducta que, ante el incumplimiento de la programación inicial, si bien contemplan programaciones subsidiarias, las mismas no consisten en la estipulación de un acto de fuerza efectiva o latente, dirigido a privar de un bien al sujeto responsable, ejercido por una autoridad competente y que sea la consecuencia de una conducta: sanción.

Las disposiciones cuya consecuencia es la nulidad o la realización de una prestación subsidiaria por parte del sujeto pasivo (el pago de una indemnización, por ejemplo) son consideradas por Kelsen como partes o fracciones de

[122] KELSEN HANS: «Teoría General...», p. 45

las genuinas normas jurídicas, puesto que, en las proposiciones jurídicas que dan cuenta de éstas, dichas disposiciones forman parte del abigarrado elenco de antecedentes de la sanción.

Nino ofrece un ejemplo (con datos del derecho positivo argentino), sobresimplificado según él, de una norma completa conforme a la teoría de Kelsen:

«Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice «el que mata será castigado con prisión de 8 a 25 años; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver este tipo de asuntos; si el acusado ha prestado declaración indagatoria y un abogado elegido por él lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios, si el hecho no se produjo en legítima defensa, por error, etc; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión».[123]

Al reducir las disposiciones que no estipulan sanciones a la condición de antecedentes de las disposiciones que sí las estipulan, las normas jurídicas de Kelsen se tornan asombrosamente largas y complejas, requiriendo la articulación de múltiples preceptos ubicados en eslabones distintos del ordenamiento jurídico. En ese tupido follaje habrá que detectar la conducta a la cual se imputa la sanción, para luego auscultar la conducta opuesta a la primera, es decir, el deber jurídico.

El ejemplo propuesto por Nino pertenece al derecho penal, ámbito donde el modelo de norma en cuestión hace mejor pie.

Colocados en el terreno del derecho civil, el panorama se oscurece. La regla según la cual se impone al responsable del daño causado a otro la indemniza-

[123] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 86.

ción del mismo, puesta bajo el lente de la teoría pura, conduce a afirmar que lo ilícito no es causar daño a otro (y, por lo tanto, su omisión no es un deber jurídico), sino no pagar la indemnización, ya que es a esta conducta, y no a la primera, que se imputa la sanción. Semejante corolario se aleja, en forma injustificablemente abismal, de la prédica pacífica de la dogmática civil: causar daño a otro es el hecho ilícito y, en consecuencia, abstenerse de ello es el deber jurídico correlativo. No creemos que esta diferencia pueda zanjarse con la socorrida muletilla de tildar a la postura de la dogmática como una expresión de iusnaturalismo encubierto. Prueba de ello es que, en otra obra, Kelsen señala lo siguiente: «...si un sujeto A celebra una convención con otro sujeto y uno de ellos no ejecuta lo convenido ni repara el daño causado, deberá aplicársele una sanción (ejecución forzada de bienes)... En el caso de incumplimiento de una obligación primaria, ésta es -al menos en el derecho interno- reemplazada por la obligación secundaria de reparar el daño».[124]

Según el pasaje transcrito, es una obligación cumplir lo convenido en un contrato y su incumplimiento es seguido por la obligación de reparar el daño causado por la inobservancia de la primera obligación. Kelsenianamente, la segunda conducta es el contenido de una obligación jurídica, pues su no verificación es la condición de una sanción (ejecución forzada de bienes). Pero Kelsen incurre en inconsecuencia teórica manifiesta al calificar también a la primera conducta como una obligación jurídica, ya que su no realización no es condición de sanción alguna, sino de otra obligación, a saber: indemnizar el daño respectivo. La fisura es honda: Kelsen reconoce que existen deberes jurídicos sin sanciones.

Recapitulando, entonces, las consecuencias jurídicas consistentes en la prescripción de una conducta a cargo del sujeto «infractor» no son sanciones. La reseñada argumentación de la teoría pura en tal sentido es suficientemente esclarecedora. En términos de la neoegología, tales consecuencias pueden ser consideradas como «prestaciones subsidiarias». Pero del hecho de que éstas no sean sanciones, no cabe colegir, sin más, que las prestaciones principales

[124] KELSEN HANS: «El Contrato y el Tratado», Editora Nacional, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Serie de Monografías N° 1, Trad. de Eduardo García Márquez, UNAM, México, 1974, pp. 89-90.

que las anteceden no constituyan genuinos deberes jurídicos. La anotada inconsecuencia de Kelsen, aun cuando puede ser considerada incidental, puede, al mismo tiempo, ser expresión de que no existen motivos conceptualmente consistentes para objetar dicho planteamiento en relación con la noción de deber jurídico.

Si bien, como hemos indicado, tampoco admite Kelsen que la nulidad sea una sanción, es la escuela analítica inglesa, por conducto de Hart, su máximo expositor contemporáneo, la que se ha ocupado con mayor ahínco de refutar la pretendida naturaleza sancionatoria de la nulidad.[125]

Según dicho autor inglés, «... una sanción supone que la conducta a la que se imputa es indeseable y merece ser desalentada. Pero obviamente el derecho no pretende desalentar, ni suprimir, ni considerar indeseable, por ejemplo, las conductas de hacer testamento sin testigos o hacer una compraventa sin escritura pública. Simplemente, no reconoce sus efectos jurídicos. El absurdo de la tesis que hace de la nulidad una sanción, se muestra tomando el ejemplo de las reglas de un juego, como el del fútbol, destinadas a establecer las condiciones para obtener un tanto (un gol, en el ejemplo). Obviamente, esas reglas no están destinadas a desalentar y ver como indeseables todas las jugadas que no tienen como resultado obtener un punto.

Otra diferencia entre la nulidad y la sanción, de acuerdo con Hart, es la siguiente: si suprimimos la sanción de una norma penal, lo que queda (por ejemplo, «no se debe matar»), si bien puede perder fuerza, todavía tiene sentido; en cambio, si se suprime la nulidad como consecuencia de una norma que establece cierto procedimiento, lo que resta (por ejemplo, «el testamento debe hacerse con testigos») no tendría ningún sentido, ni podríamos decir que constituye regla alguna».[126]

Concluye Hart sosteniendo que las normas cuya consecuencia última es la nulidad constituyen una clase de normas jurídicas distintas de las normas jurídicas que disponen sanciones. A diferencia de Kelsen, quien reduce las

[125] HART HERBERT L.A.: op. cit., pp. 33 y ss.
[126] NINO CARLOS S.: op. cit., pp. 90-91 (síntesis de la tesis de Hart).

normas jurídicas a estas últimas, Hart plantea que existen dos tipos de reglas jurídicas: las reglas primarias, las cuales prescriben deberes a los ciudadanos, estipulando sanciones a cargo de funcionarios estatales para los casos de incumplimiento de los deberes jurídicos; reglas secundarias, las cuales no se ocupan directamente de lo que los individuos deben o no hacer, sino de las reglas primarias. Hart distingue tres tipos de reglas secundarias: reglas de reconocimiento, que sirven para identificar qué normas forman parte de un sistema jurídico y cuáles no; reglas de cambio, las cuales permiten dinamizar el ordenamiento jurídico indicando procedimientos para que las reglas primarias cambien en el sistema, a cuyo efecto otorgan potestades a funcionarios y particulares; reglas de adjudicación, que dan competencia a ciertos individuos, los jueces, para establecer si en una ocasión particular se ha infringido o no una regla primaria. La inobservancia de las reglas secundarias, cualquiera sea su tipo, da lugar a la nulidad, interesando, para nuestro objeto, los dos últimos tipos, es decir, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación.[127]

Con el desarrollo precedente, Hart amplía significativamente el ámbito de las normas jurídicas, pero deja intacto el campo de denotación del deber jurídico, toda vez que, al igual que Kelsen, sólo reconoce deberes jurídicos en las normas que contemplan sanciones.

Pues bien, al igual que lo hicimos con las normas cuya consecuencia es la prescripción de «prestaciones subsidiarias», indagaremos si son reconocibles deberes jurídicos en las disposiciones cuya consecuencia es la nulidad, pese a que, como certeramente la apunta Hart, la misma carece de naturaleza sancionatoria. Ya vimos cómo este autor argumenta que no es posible predicar deberes jurídicos en sus reglas secundarias. Si bien los planteamientos de Hart sobre el derecho guardan diferencias significativas con las tesis de Kelsen, en lo esencial, ambos coinciden con respecto al concepto de deber jurídico. Las reglas primarias de Hart son, por su contenido, básicamente similares a las normas primarias de Kelsen: los deberes jurídicos se encuentran sólo en las normas que estipulan sanciones. No siendo la nulidad una sanción, las nor-

[127] HART HERBERT L.A.: op. cit., pp. 99 y ss. También NINO CARLOS S.: op. cit., pp. 91-92. (síntesis de la tesis de Hart)

mas que la contemplan como su consecuencia no establecen deberes jurídicos. Según vimos, Hart dice que, a diferencia de lo que sucede con las reglas primarias, las conductas que dan lugar a la nulidad no pueden ser consideradas como indeseables o reprochables y, por lo tanto, el derecho no pretende desalentarlas. Dicho de otro modo, las conductas opuestas a aquéllas no lucen como conductas deseables y dignas de ser alentadas.

La argumentación de Hart, sin embargo, no es convincente. Dentro de las reglas secundarias de cambio, puede citarse como ejemplo la norma constitucional que confiere al Congreso la competencia de dictar las leyes. Pues bien, siguiendo el método de análisis de Hart, existen poderosas razones para considerar deseable y auspiciable la conducta mediante la cual un órgano colegiado de representación popular dicta las leyes y, por lo tanto, asumir que tal conducta es jurídicamente debida o, lo que es lo mismo, el contenido de un deber jurídico. Lo mismo cabe predicar, por ejemplo, en relación con una relevante regla secundaria de adjudicación como la que otorga competencia a funcionarios civiles, denominados jueces e integrantes de un cuerpo orgánico independiente del gobierno, para determinar los casos en los cuales se han infringido reglas primarias; ello es deseable, alentable y, por lo tanto, puede ser catalogado como un deber jurídico. En uno y otro ejemplo, las conductas regidas por las respectivas reglas secundarias son plausibles en razón misma de la idea del Estado de derecho política y socialmente liberal. No creemos, como pretende Hart, que en las reglas citadas, la supresión de la nulidad quita sentido a sus enunciados. Seguiría teniendo sentido la regla que dice que compete a un Congreso con representación popular dictar las leyes y la regla que confiere a jueces civiles e independientes la potestad de dirimir controversias sobre la aplicación de las reglas primarias. Deben ser nulos, en consecuencia, por indeseables y reprochables, los actos que, con pretensión de leyes, son dictados por un órgano unipersonal no elegido por el pueblo y los actos que, con pretensión de sentencias, son dictados por oficiales de las Fuerzas Armadas para dirimir controversias no militares.

Ahora bien, como quiera que Hart centra la argumentación de que sus reglas secundarias no estipulan deberes jurídicos, en las reglas que establecen los procedimientos para la realización de actos jurídicos y no en las que definen los sujetos de dichos actos, pudiera considerarse que los reparos antes formulados no son concluyentes. Concretamente, el planteamiento de Hart hace

énfasis en las reglas procedimentales que rigen el ejercicio de las potestades privadas, es decir, de las facultades que se confieren a los particulares para realizar actos jurídicos. Nino dice que tales disposiciones constituyen reglas técnicas.[128] «Estas reglas significan simplemente que si se quiere alcanzar un fin determinado, es preciso obrar de cierta manera; pero no se prejuzga en modo alguno si es o no obligatorio y lícito obrar de aquel modo, o sea, el proponerse ciertos fines».[129] «Las reglas técnicas no están destinadas a dirigir la voluntad del destinatario, sino que lo que indican está condicionado a esa voluntad... Si quiere encender el televisor, presione el botón de la izquierda».[130] Mutatis mutandi: «Si quiere celebrar un contrato de venta o un testamento, X o Z ...». Se pretende, entonces, que las reglas secundarias de Hart serían reglas técnicas y, como tales, no estipularían deberes jurídicos, los cuales se encontrarían sólo en las normas prescriptivas.

El esquema de las reglas técnicas para dar cuenta del carácter no obligatorio de las reglas secundarias es, sin embargo, estrecho y, a la postre, inconsistente. En efecto, dicho esquema tiene en cuenta las reglas sobre el ejercicio de las potestades y no las reglas que definen los sujetos de las mismas, ya que en las reglas técnicas la definición del sujeto está presupuesta. Además, en el ámbito de las reglas que confieren potestades públicas, no tiene sentido hablar a los legisladores en términos de «si quieren hacer una ley, x...» o a los jueces «si quieren hacer una sentencia, Z...» Para el Congreso y para los jueces, dictar leyes y dictar sentencias son conductas jurídicamente debidas, distintas, por tanto, de las conductas de los particulares consistentes en realizar contratos o testamentos; aquéllos son fines debidos, éstos sí son fines propuestos. Pareciera, entonces, que las reglas técnicas funcionarían exclusivamente para arropar las reglas secundarias de cambio relativas a la potestades privadas. Sin embargo, las reglas que confieren potestades privadas para la realización de actos jurídicos como el matrimonio, por ejemplo, no parece que puedan ser catalogadas como «deónticamente» indiferentes. Las pautas concernientes al matrimonio y a la organización familiar en general, por su

[128] NINO CARLOS S: op. cit., p. 89.
[129] DEL VECCHIO GIORGIO: «Filosofía del Derecho», Bosch Casa Editorial S.A., Novena edición española corregida y aumentada, Barcelona-España, 1980, p. 324.
[130] NINO CARLOS S: op. cit., p. 68 (siguiendo a Von Wrigth)

directa relación con la idea de «orden público», se revelan como normas en las cuales la nulidad imputada a su inobservancia, es signo inequívoco de que las mismas estipulan genuinos deberes jurídicos. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con las reglas procesales concernientes a la comparecencia del demandado en los procesos judiciales o con las reglas que exigen, al menos, dos discusiones, con determinado «quórum», en ambas cámaras legislativas del Congreso, para la discusión de un proyecto de ley.

La utilización del esquema de las reglas técnicas con el objeto de expresar las normas sobre nulidades, es irrelevante para demostrar, como se pretende, que estas normas no estipulan deberes jurídicos. Nada impide que, al igual que las reglas secundarias, las reglas primarias de Hart sean enunciadas como relaciones entre medios y fines. Una regla técnica puede expresar la siguiente norma secundaria de cambio «privada»: «si quiere hacer un testamento abierto, otórguelo en escritura pública»; una regla técnica también puede expresar la siguiente norma primaria: «si no quiere ser multado, pague el impuesto sobre la renta». Sería absurdo colegir que en la última norma no se prescribe el deber jurídico de pagar el impuesto sobre la renta, por el hecho de que esta conducta aparece enunciada en una regla técnica. Por lo mismo, el recurso a las reglas técnicas para expresar las normas secundarias de Hart, no es razón demostrativa de que estas normas no establecen deberes jurídicos.

Certeramente afirma Lumia, refiriéndose a las normas secundarias de Hart (que él denomina «normas instrumentales») y con especial atención en las reglas secundarias o instrumentales «privadas», que «Se llaman así aquellas normas (las instrumentales) que no imponen a los destinatarios la obligación de realizar determinados actos, sino que prescriben las condiciones que los sujetos deben observar si quieren conseguir determinados fines. La Ley no impone a nadie el hacer testamento, pero establece las condiciones que deben respetarse siempre que un sujeto quiera disponer válidamente por testamento de sus bienes para después de la muerte... en las normas instrumentales la consecución del fin se deja a la discreción del destinatario mientras que es obligatoria la adopción de los medios idóneos para conseguirlo...» -Paréntesis nuestro -.[131] No constituye obligación alguna hacer testamentos o celebrar

[131] LUMIA GIUSEPPE: op. cit., pp. 36-37.

contratos, pero una vez propuesta su realización, los medios idóneos para ella tienen, inequívocamente, el carácter de deberes jurídicos. Así como el único camino jurídicamente aceptable para evadir la sanción es sujetarse a la conducta contraria a la que antecede al acto coactivo, la única forma plausible de evadir la nulidad de un contrato o de un testamento es atenerse estrictamente a las condiciones o medios jurídicos prescritos para su formalización. La similitud de significado en uno y otro caso exige, en consecuencia, el mismo apelativo o calificación: deber jurídico.

Hart utiliza un criterio ético o valorativo para dirimir la presencia o no de deberes jurídicos en las normas. Según él, sólo hay deberes jurídicos en las normas que estipulan sanciones, pues las conductas a las cuales éstas se imputan son éticamente indeseables. Con semejante criterio lo único que se demuestra es que un grupo mas o menos numeroso, pero en todo caso apreciablemente limitado, de normas adjetivas, por su alejamiento del foco «valorativo», aparecen como moralmente indiferentes. Es evidente que entre la omisión de indemnizar el daño causado a otro (que da lugar a la ejecución forzada de bienes) y la omisión de la firma del librado en una letra de cambio (que da lugar a la nulidad de ésta) existe una gran diferencia valorativa: la primera es éticamente reprochable; la segunda se presenta como moralmente neutra. Pero hemos planteado importantes ejemplos de que hay muchas reglas adjetivas cuyo contenido es éticamente significativo. La debilidad de la tesis en examen se hace más manifiesta aun si advertimos que su premisa es errónea. No es cierto que todas las conductas que condicionan sanciones son indeseables. Por ejemplo, existen normas de tránsito, como la que ordena frenar el vehículo ante un semáforo en rojo, so pena de sanción de multa, en las cuales no funciona el termómetro axiológico de Hart. El uso de semáforos, al igual que los requisitos de la letra de cambio, no expresa valor moral alguno; constituye tan sólo una pauta ordenadora del tránsito que atiende a criterios de utilidad o eficiencia, en razón de lo cual y así como ocurre con las reglas adjetivas «neutras» colacionadas por Hart, puede ser cambiada por otra que se considere más eficiente o útil para el logro de dicho fin.

Por último, llama poderosamente la atención que Hart apele a un criterio moral para esclarecer un tema jurídico. Por una parte, peca de inconsecuencia teórica, habida cuenta de sus desarrollos acerca de la necesidad de hacer una

distinción neta entre derecho y moral[132] y, por la otra, reivindica aquí la tesonera pureza metódica de Kelsen. Tal vez la actitud de Hart se explique por el hecho de que, aun cuando distinga claramente derecho y moral, tiene una posición optimista en relación con el acceso a los valores,[133] la cual contrasta con el subjetivismo y relativismo ético de Kelsen.[134]

## 3.- BALANCE FINAL. NUESTRA POSICION

### *3.1.- Examen crítico del concepto de deber jurídico predominante en la teoría general del derecho*

En este punto haremos un examen crítico de los desarrollos sobre el concepto de deber jurídico que, conforme a lo expuesto, han prevalecido en la teoría general del derecho. A esos fines, continuaremos privilegiando el paradigma de Kelsen.

Según lo visto, la sanción se erige en el concepto primitivo del planteamiento de la teoría pura. La definición que proporciona Kelsen acerca de tal concepto, nos parece, en lo esencial, consistente. De igual modo, compartimos las razones antes reseñadas, con las cuales la teoría pura acredita el carácter no sancionatorio de las llamadas «prestaciones subsidiarias». En cuanto a la nulidad, coincidimos con Hart en que tampoco es una sanción, aun cuando por motivos distintos. Pensamos que la nulidad no es una sanción, puesto que no consiste en un acto coactivo estatal aplicable al responsable de un hecho ilícito, vale decir que no reúne la nota clave de los genuinos actos sancionatorios, como las penas y la ejecución forzosa. Así las cosas, de los dos términos de relación con el uso de la fuerza estatal lúcidamente planteados por Bobbio, sólo uno tiene naturaleza sancionatoria, a saber: el «que representa para el transgresor la desventaja de la fuerza contraria a él» (la pena y la ejecución forzosa).

---

[132] HART HERBERT L.A.: «Derecho y Moral» - Contribuciones a su Análisis -, Ediciones Depalma, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1962, pp. 1 y ss.
[133] HART HERBERT L.A: «El Concepto de...». pp. 229 y ss.
[134] KELSEN HANS: «¿Qué es la Justicia?», op. cit. pp. 111 y ss.

También convenimos con Hart en criticar la propuesta de la teoría pura de reducir las disposiciones que no estipulan sanciones a fracciones o antecedentes de las normas que sí las estipulan, es decir, de las genuinas normas jurídicas según Kelsen. Certeramente dicho autor inglés apunta que el monismo normativo de éste, asume exclusivamente el punto de vista del hombre malo, oscureciendo áreas importantes del derecho.[135]

La perspectiva del hombre malo emparenta a Kelsen con Holmes: «Si queréis conocer el Derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien sólo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre, que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del Derecho, en los mandamientos de su conciencia... ¿Qué es el Derecho? Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o las deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachussets o de Inglaterra. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos»[136] ... «Ahora bien, ¿Cómo es posible predecir esa conducta judicial? ¿De qué técnica se puede valer el jurista? ¿Cuáles son las fuentes a partir de las cuales se pueda inferir esa conducta probable? La respuesta de Holmes es conocida: 'Los medios de ese estudio son un conjunto de repertorios de sentencias (reports), de tratados y de leyes, en este país y en Inglaterra que retroceden hasta hace seiscientos años y que ahora crecen anualmente de a cientos. En esas hojas sibilinas se encuentran reunidas las desparramadas profecías del pasado sobre los casos en los que el hacha caerá. Ellas han sido propiamente llamadas los oráculos del Derecho'».[137] No obstante

[135] HART HERBERT L.A.: «El Concepto de ...», pp. 45 y ss.
[136] HOLMES OLIVER W.: «La Senda del Derecho», Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, pp. 20-21.
[137] CUETO RUA JULIO: «El Common Law», Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957, p. 58 (citando a Holmes)

sus hondas diferencias gnoseológicas, la senda del derecho abierta por el realismo de Holmes a fuerza de ácido cínico habría de concurrir con la vertiente posteriormente trazada por la teoría pura a expensas del ácido antiséptico de Kelsen. El sociologismo de Holmes, sin duda, difiere en mucho del normativismo de Kelsen, pero ambos comulgan en su filosofía positivista. De allí sus coincidencias en radicalizar la distinción entre moral y derecho, privilegiando el momento coercitivo de éste, bajo la fascinante y esclarecedora óptica del hombre malo.

Esta óptica es la que ilumina el centro del fenómeno jurídico, poniendo al descubierto su especificidad. La norma jurídica es un acto coactivo condicionado y el derecho un modo de organizar la fuerza, dice Kelsen. Estos postulados de la teoría pura expresan con nitidez lo que otros habían avisorado con dificultad. Con inigualable rigor conceptual, Kelsen ha precisado el aspecto vertebral del derecho.

Sobre este planteamiento de la teoría Kelseniana, y embistiendo lapidariamente contra las posiciones «anticoactivistas», se ha dicho que «En cuanto respecta a numerosos problemas individuales de orden jurídicoteórico, la elaboración consiguiente de la teoría del carácter coercitivo del derecho también ha dado buen resultado y está en condiciones de desenmascarar ideologías jurídicas que niegan la coactividad del derecho, solo para poder ejercer la coacción tanto más eficazmente. Pues, como bien se comprende, quienes disponen de la facultad de dictar normas y del aparato de sanciones, están interesados en ideologías conciliatorias y en el encubrimiento de la coacción que por medio del derecho ha de ejercerse... Con base en la doctrina Kelseniana se les puede objetar friamente que, si la sanción, según ellos, no reviste mayor importancia para el comportamiento conforme a la norma, mejor será abolir de una vez la norma jurídica y reemplazarla por el adoctrinamiento cívico».[138]

Colocando la sanción y la imputación en el centro de su sistema teórico, los demás conceptos jurídicos son desbrozados por Kelsen de modo tal que giren alrededor del centro del sistema reflejando su esencia. Toda categoría jurídica debe inferirse, en última instancia, de aquellas dos nociones, so pena de

[138] RÖMER PETER: op. cit., p. 198.

subalternización o expulsión del sistema, por ser considerada espuria. Pero decir lo fundamental no es decir todo. El pecado de Kelsen radicó en pretender que al fundar la capital estaba fundando todo el país.

En su afán depurador y procurando deslastrar al derecho de la pesada y entorpecedora carga de elementos fácticos y valorativos, largamente acumulada por el iusnaturalismo, primero, y luego por un artesanal iuspositivismo, Kelsen encalló en el reduccionismo. Esto se nota, sobre todo, en su obsesiva inclinación por extremar la distancia del derecho con respecto a la moral. Seguramente en la época de sus primeros escritos semejante rigor era necesario y, qué dudas caben, muy útil y justificada fue la influencia de primer orden que tuvo en el pensamiento jurídico de este siglo, principalmente en el ámbito del derecho continental. Sin embargo, desde la perspectiva de los últimos años, los desarrollos inspirados en el modelo de Kelsen parecen estar afectados por lo que Carrió denomina «pérdida del equilibrio conceptual»: «La pérdida del equilibrio conceptual es el resultado de una especie de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular. Se trata de una situación que puede manifestarse en muchas formas. Puede ocurrir que momentáneamente nos domine un solo modo de funcionamiento lógico de las expresiones lingüísticas, o una sola manera de emplear el lenguaje, o una sola especie de explicación, o un solo grupo de ejemplos de la aplicación de un concepto cualquiera. Las deformaciones conceptuales que derivan de una obsesión tal son, igualmente, de diversas especies. Puede ocurrir que quien esté bajo esta dominación, intente presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido o recurriendo a analogías con él; o bien que quiera privarla del rango conceptual que le pertenece, relegándola a una condición inferior. Para rectificar esas deformaciones es necesario comprender los verdaderos modos de operación de los conceptos, o de las categorías del discurso, que han sido deformados; es menester, al mismo tiempo, hacer ver las diferencias y las relaciones que existen entre aquellos modos de operación y los de los conceptos o categorías modelos. Al proceder así se hará ver también, en la medida en que ello es posible, cuáles son las fuentes del poder de obsesión y de enceguecimiento que ejercen los casos modelos».[139]

[139] CARRIO GENARO R.: op. cit., pp. 41-42 (citando a Strawson)

Es probable que las debilidades de que adolecen las formulaciones de Kelsen antes examinadas tengan relación con las insuficiencias del enfoque lógico - formal del derecho en el cual se inspiran. ¿Explicar la norma jurídica (y el derecho en general) en términos de lógica formal entraña que» lo jurídico» es un capítulo de la lógica?. Si bien el gran pensador vienés rechazó reiteradamente que su teoría se orientase en la línea de diluir el derecho en el ámbito de la lógica,[140] un connotado discípulo suyo, tomando muchas de sus enseñanzas, ha sostenido que»...hablando estrictamente podríamos decir que teoría jurídica pura es solo una parte de la lógica, aun cuando no se nos oculta que, para muchos, esta afirmación podrá resultar chocante».[141] Guido Fassó, uno de los juristas a quien la prédica de la teoría pura ha resultado particularmente chocante, dice, con punzante agudeza, que los «teóricos puros» se comportan como «un estudioso de anatomía que, ante la complejidad del cuerpo humano, constituido por una maraña de sistemas y aparatos heterogéneos, nervioso, digestivo, circulatorio, respiratorio, etc., y deseoso de hacer un discurso absolutamente riguroso sobre el cuerpo humano, que sólo le estuviera permitido respecto del sistema óseo, dijese: el verdadero cuerpo humano es el esqueleto, todo el resto parece que lo es, pero no es esencial y, por tanto, no lo tomo en consideración: yo hago un tratado sobre el hombre como sistema de huesos, y quien se ocupa de la sangre, o de los nervios, o de los músculos es un iusnaturalista que vive todavía en el medievo».[142]

Estimamos que la función primordial del derecho es establecer deberes. Tal función no se logra sólo en las normas que prevén sanciones. Indudablemente que en este tipo de normas el deber adquiere su máxima intensidad jurídica y, en ese sentido, Kelsen ha sido el expositor más preclaro de este aserto. Pero en todo sistema jurídico hay eslabones «previos» a la sanción, cuyo sentido es estipular deberes jurídicos, aun cuando con menos intensidad que la que despliegan las normas coactivas.

La distinción entre derecho y moral responde a una necesidad teórica y cumple una valiosa utilidad práctica. No hay razón alguna para desvirtuar el postu-

---

[140] REYES NELSON: op. cit., p. 142.

[141] SCHREIER FRITZ: «Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho», Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1942, p. 127.

[142] PATTARO ENRICO: op. cit., pp. 87-88 (citando a Fassó).

lado Kelseniano según el cual el derecho es una técnica indirecta de control social. Sin embargo, el carácter obsesivo con que el vaciamiento moral del derecho ha sido conceptualmente planteado por la teoría pura, con el proclamado objetivo de edificar una ciencia jurídica al margen de dogmas morales o ideológicos, tal vez ha contribuido, más allá de la intención de Kelsen, a una visión distorsionada del derecho. La estrechez de la definición del deber jurídico propuesta por Kelsen es una muestra cabal de lo dicho.

La misma no se compadece con el andamiaje conceptual de la generalidad de los juristas y tampoco refleja la idea que sobre «lo jurídicamente debido» tienen relevantes grupos de la sociedad. Diversamente, la difusión tamizada de la tesis de Kelsen ha inculcado en otros grupos sociales el tenebroso sentimiento de que el derecho se identifica con las cárceles, que no hay deber jurídico sino en relación con las conductas cuyo incumplimiento da lugar a la prisión.

### *3.2.- Nuestra propuesta sobre el concepto de deber jurídico*

El concepto de deber jurídico que, en general, ha predominado entre los cultores de la teoría general del derecho, desde su origen fue acicateado pertinazmente por el propósito de establecer linderos claros entre la moral y el derecho. Dicho condicionamiento puede comprenderse y justificarse en momentos cuando todavía se proclamaba que el deber era una noción exclusivamente moral,[143] impertinente, por tanto, en el ámbito jurídico. De allí que, haciendo pie en la coercibilidad como la nota definitoria del derecho en relación con la moral, el concepto de deber jurídico quedó atrapado en los estrechos límites de las normas coactivas, dando lugar a una perfecta identidad entre el monismo del deber jurídico y el monismo de la norma jurídica. Esta prédica, como hemos visto, tiene en Kelsen a su expositor más destacado.

De manera tal que dicho concepto de deber jurídico estuvo animado, sobre todo, por motivaciones «externas « al derecho y no por dimensiones «inter-

[143] KELSEN HANS: «Teoría Pura...» (Primera Versión), pp. 120 y 79.

nas» del mismo. Esta peculiaridad ha conducido a que, en la actualidad y colocada la referida noción territorio adentro, los desarrollos de la teoría general del derecho sobre el tema generen distorsiones teóricas y prácticas.

El referido concepto unitario de deber jurídico aparece como un manto uniformador de un territorio cuyas áreas constitutivas presentan diferencias importantes en cuanto a la idea de «conducta jurídicamente debida». «Los juristas hablan en términos de deberes para referirse a una multiplicidad de situaciones en muchas de las cuales no están previstas sanciones».[144] Ello explica el divorcio existente entre la dogmática jurídica y la teoría general del derecho en éste y otros temas. Si bien consideramos que es erróneo atribuir «toda la culpa», tal como lo hace Carrió,[145] a ésta última, coincidimos con dicho autor en que corresponde a la teoría general del derecho la carga de repensar el tema del deber jurídico.

Las iniciativas que postulan deberes jurídicos respecto de conductas cuyo incumplimiento no está enlazado, por una norma positiva, a una consecuencia jurídica, son, en nuestra opinión, desechables, toda vez que un enfoque de tal tipo sólo puede ser sostenido seriamente sobre la base de una perspectiva valorativa o axiológica, lo cual echa por tierra una de las coordenadas principales de la teoría general del derecho. En este sentido, sigue siendo estimable y necesaria la distinción entre el derecho y la moral (y, en general, los valores). De lo que se trata no es de borrar la distinción, sino de redimensionarla, sofocando sus rasgos obsesivos y la «guerra de fronteras» que se ha venido librando en la teoría general del derecho alrededor de dicho deslinde.

La otra línea encaminada a expandir el concepto de deber jurídico, se coloca en el extremo opuesto. Bajo el influjo de que no puede haber deberes jurídicos sin sanciones y que la presencia de éstas acredita la existencia de aquéllos, se ha procurado expandir el concepto de deber jurídico, propugnado la dilatación del concepto de sanción. Así, al lado de la pena y la ejecución forzosa, se han hecho desfilar a la nulidad y a las «prestaciones subsidiarias» (como, por ejemplo, la indemnización). Ya hemos tenido oportunidad de se-

[144] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 194.
[145] CARRIO GENARO R.: op. cit., pp. 54-55.

ñalar lo infructuoso e inconveniente de tal línea de argumentación. El postulado según el cual la comunidad centralmente organizada detenta el monopolio de la fuerza y, correlativamente, la idea de que, en relación con ésta, el derecho es un modo de regularla, tienen importancia central para la ciencia jurídica. La sanción, entendida como acto coactivo dispensable por los órganos centrales al responsable de un hecho ilícito, completa la secuencia en cuestión. Esta secuencia pone de relieve, nada más y nada menos, que la relación entre el derecho y la fuerza, cuya claridad se vería gravemente afectada por la extensión del significado del concepto de sanción.

En efecto, el desafío consiste en expandir el concepto de deber jurídico, con la finalidad de dar cuenta de fenómenos jurídicos oscurecidos por el lente rigurosamente coactivo que ha privado en la teoría general del derecho. Estimamos que el camino apropiado para extender el sentido de la expresión «deber jurídico» a otras conductas, tal como lo hace el uso común, sólo puede hacerse a costa de reconocer otros tipos de normas jurídicas, cuyas consecuencias jurídicas no son actos coactivos.

La posibilidad de reconocer consistentemente la existencia de normas jurídicas que estipulen deberes jurídicos sustentados en consecuencias no sancionatorias depende, a su vez, de la manera de abordar la relación entre «norma jurídica» y «sistema jurídico». Tal como ya lo advertimos , fue Kelsen quien por vez primera puso de manifiesto la importancia de esta relación. El abono posterior sobre el tema nos remite a un arduo tema de metodología de las ciencias jurídicas,[146] del cual colacionaremos solamente los aspectos que interesan a nuestro objeto.

Bobbio señala que la doctrina tradicional centró la búsqueda de la esencia del derecho en esta o aquella característica de las normas aisladamente consideradas. Según se precisó supra, el autor italiano destaca que Kelsen rompió esta tradición al incorporar y priorizar el concepto de ordenamiento jurídico, concebido como un sistema. «El Derecho es un ordenamiento coactivo. De

[146] ALCHOURRON CARLOS E. Y BULYGIN EUGENIO: «Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales», Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 81 a 107.

aquí la inversión del modo tradicional de plantear el problema de la definición del Derecho: no es ordenamiento jurídico el que se compone de normas coactivas, sino que son normas jurídicas las que pertenecen a un ordenamiento coactivo».[147] Nino, coincidiendo con Bobbio en la valoración del aporte de Kelsen al tema en cuestión, dice lo siguiente: «Kelsen ha vislumbrado con acierto un aspecto importante de la cuestión de la existencia de las normas jurídicas: el hecho de que las normas jurídicas no existen o son válidas aisladamente sino en tanto y en cuanto pertenecen a un sistema jurídico válido o existente».[148] No obstante, pocas páginas después, Nino espeta: «¿Qué es lo que distingue al derecho de otros sistemas normativos? ya hemos considerado la respuesta de Kelsen, que consiste en distinguir las normas jurídicas de todas las demás normas por el hecho de prescribir sanciones, y luego estipular que un sistema jurídico es un sistema constituido por normas jurídicas. Hemos visto que esta visión del derecho obscurece la gran variedad de reglas que constituyen un sistema jurídico moderno y que parece ilusorio pretender distinguir, aisladamente, una norma jurídica por un cierta estructura o contenido característicos, y no por su pertenencia a un sistema, que pueda ser calificado de jurídico. O sea que el procedimiento más esclarecedor es definir «norma jurídica» a partir del concepto de sistema jurídico, y no definir «sistema jurídico» a partir de la noción de norma jurídica».[149]

Nos parece que la paradoja que, en principio, presentan los anteriores planteamientos de Nino acerca de su interpretación del pensamiento de Kelsen, puede explicarse satisfactoriamente. La teoría Kelseniana en relación con el sistema jurídico persigue, entre otros, dos objetivos principales: en primer término, distinguir los sistemas jurídicos de otros sistemas normativos, particularmente de los sistemas morales; o, más claramente aun, distinguir el sistema de derecho positivo del sistema de derecho natural. Los sistemas normativos estáticos se caracterizan porque sus reglas se relacionan mediante el contenido, de manera que se puede afirmar que una norma pertenece al sistema cuando es deducible del contenido de la norma fundamental que está en su base; los sistemas normativos morales o de derecho natural son, por tales

[147] BOBBIO NORBERTO: op. cit., p. 252.
[148] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 95.
[149] NINO CARLOS S.: op. cit., pp. 102-103.

razones, sistemas estáticos. Diversamente, los sistemas normativos dinámicos se caracterizan porque sus reglas se conectan mediante el modo o forma en que son producidas, de manera que se puede sostener que una norma pertenece al sistema cuando es producida conforme al modo previsto en la respectiva norma fundamental; por estos motivos, el sistema jurídico es un sistema normativo dinámico.[150] En segundo término, el concepto de sistema jurídico es blandido en la teoría pura con el objeto de poner de manifiesto que no es suficiente que una norma jurídica cualquiera tenga la estructura y el **contenido** de tal norma jurídica para afirmar su existencia, sino que, además, debe pertenecer a un sistema jurídico existente; por otra parte, dicho concepto permite determinar a cuál de los sistemas jurídicos, simultáneamente vigentes, pertenece una norma jurídica.

Así las cosas, resulta claro que la teoría del sistema jurídico de Kelsen no se inscribe en la línea de definir la norma jurídica a partir del concepto de sistema jurídico y conforme a la cual son normas jurídicas las que pertenecen a un ordenamiento coactivo (sobre la base de definir al sistema jurídico, principalmente, por su coercibilidad). En Kelsen las normas son jurídicas por su coercibilidad y también la coercibilidad es nota definitoria de los sistemas jurídicos: la norma jurídica es un acto coactivo condicionado y el derecho (sistema jurídico) es un modo de organizar la fuerza. No basta que una norma sea coercible para ser jurídica, sino que, además, debe pertenecer a un sistema también coercible.[151]

Para Hart, seguido por Nino, no es posible definir una norma jurídica por su contenido o por su estructura, sino por su pertenencia a un sistema jurídico. En este enfoque, a diferencia del que priva en la teoría pura, la pertenencia a un sistema jurídico es condición suficiente para que una norma pueda ser calificada de jurídica, cualquiera sea su estructura y su contenido.[152]

Si bien el referido enfoque arroja luz sobre el tema que nos ocupa, no deja de despertar interrogantes. Si fuese cierto que la pertenencia de una norma a un

---

[150] KELSEN HANS: «Teoría Pura...» (Primera Versión), pp. 136 a 138.
[151] KELSEN HANS: «Teoría Pura...» (Segunda Versión), p. 45
[152] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 92. También ALCHOURRON CARLOS E. y BULYGIN EUGENIO: op. cit., p. 103.

sistema jurídico «garantizase», por si sola, la juridicidad de la norma en cuestión, debería reputarse como norma jurídica, por ejemplo, la declaración contenida en «...una ley que votó una asamblea de la Revolución Francesa afirmando la existencia de Dios y la inmortabilidad del alma»,[153] toda vez que la misma formó parte del sistema jurídico francés entonces vigente.

Dicho de otro modo, no cualquier enunciado que forme parte de un sistema jurídico es, por ello, una norma jurídica. Ante todo, habrá que dilucidar si tal enunciado es una norma, lo cual no se deriva del sólo hecho de que el mismo forme parte de un sistema jurídico.

Estamos seguros que Hart y Nino no considerarían como «norma jurídica» (ni siquiera como «norma») la citada afirmación legal francesa, no obstante pertenecer ella a un sistema jurídico. Tal certeza se desprende del siguiente texto de Nino: «...en muchos sistemas normativos, como es notorio en el derecho, aparecen enunciados que no son normas, tales como definiciones conceptuales descripciones fácticas o expresiones de deseos. De este modo podemos decir que, por ejemplo, el artículo 4°, del Código Penal argentino, que define la expresión «funcionario público», forma parte de nuestro sistema jurídico; esta afirmación estaría vedada si exigiéramos que un sistema normativo como nuestro orden jurídico estuviera integrado sólo por normas».[154]

Lo que Hart y Nino quieren significar es que de la circunstancia de que un sistema jurídico sea, por definición, un sistema coactivo, no se sigue que todas las normas que lo conforman, para ser jurídicas, deban estipular sanciones. De allí que Hart, siguiendo el citado procedimiento, «obtenga», al lado de las normas que disponen sanciones y que, por ello mismo, prescriben deberes jurídicos (normas primarias), normas que no disponen sanciones ni, por tanto, según pretende Hart, prescriben deberes jurídicos y cuya consecuencia, por su inobservancia, es la nulidad (normas secundarias). Esta propuesta de Hart desnuda que si bien puede ser cierto que la norma jurídica no es definible por su contenido (la sanción), si lo es, a priori del sistema, por su estructu-

[153] AFTALION ENRIQUE R., GARCIA OLANO FERNANDO y VILANOVA JOSE: op. cit., p. 312 (citado a pie de página)
[154] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 102.

ra, a saber: supuesto de hecho, nexo imputativo y **consecuencia jurídica** (sanción en las reglas primarias y nulidad en las reglas secundarias). A ello cabe agregar que toda norma (jurídica, moral, social o religiosa) estipula deberes; de este aserto no escapan las reglas (secundarias) sobre nulidades de Hart, como éste pretende, conforme creemos haberlo demostrado supra.

Sobre el concepto de sistema jurídico, Nino señala lo siguiente: «Se podría decir que, así como para que un sistema de enunciados sea un sistema normativo es necesario que incluya al menos una norma, sin que sea necesario que todos sus enunciados sean normas, del mismo modo un sistema normativo no es un sistema jurídico si no incluye normas que prescriben actos coactivos, aunque no todas sus normas tienen que estipular actos coactivos».[155]

El texto transcrito permite colegir que un sistema es normativo si contiene enunciados que sean normas, aunque los enunciados restantes no lo sean. Este aserto comporta disponer de una noción de norma «previa» al sistema en cuestión, única manera de poder determinar si del conjunto de enunciados que lo conforman, algunos son normativos. Nino, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, dice que una norma es «...un enunciado que correlaciona un caso determinado con una solución normativa ( o sea con la permisión, la prohibición o la obligatoriedad de cierta acción)».[156] Que una acción sea, para un individuo, el contenido de una «permisión», correlativamente comporta, para los individuos restantes, un deber de no interferir la realización de dicha acción por parte de aquél. Que una acción sea el contenido de una «prohibición» para otro individuo, significa que, para el mismo individuo, su no realización es el contenido de un deber. «Permisiones» y «prohibiciones», entonces, son reducibles a deberes. Como ya señalamos, en nuestra opinión, las normas y, por tanto, los enunciados que las expresan, contemplan deberes. En consecuencia, por nuestra parte, diremos que un enunciado será una norma siempre que se trate de una prescripción que haga de una conducta humana el contenido de un deber.

---

[155] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 103.
[156] NINO CARLOS S.: op. cit., p. 102.

A su vez, del mismo texto se desprende que un sistema normativo es jurídico si contiene normas que disponen sanciones, aunque las normas restantes no lo hagan. Pues bien, de aquí Nino concluye que basta que una norma pertenezca a un sistema contentivo de normas coactivas (el cual es un sistema jurídico, pues la coercibilidad de estas normas, hace coercible al sistema en su conjunto), para que la misma sea considerada como una norma jurídica.

De manera tal que, para que un sistema sea normativo es suficiente que uno o algunos de sus enunciados expresen normas, aunque los restantes no lo hagan. Aquí se requiere disponer de una noción «previa» de norma y lo «normativo» del sistema no se extiende a los enunciados que no tengan tal carácter. Por su parte, para que un sistema normativo sea jurídico, basta que una o algunas de sus normas estipulen sanciones, aunque las restantes no lo hagan. Aquí **no** se requiere disponer de una noción «previa» de norma jurídica y lo «normativo jurídico» del sistema se extiende a todas las normas, **por su sóla pertenencia al mismo,** más no a los enunciados que no tengan carácter normativo.[157] Como claramente se advierte, mientras el concepto de norma **no** se deriva del concepto de sistema normativo, el concepto de norma jurídica **sí** se deriva del concepto de sistema jurídico. El concepto de sistema normativo sirve para mostrar que la normatividad de un sistema no comporta que todos sus enunciados (ni siquiera la mayoría) tengan que ser normativos; en tanto que el concepto de sistema normativo jurídico (o coactivo) sirve para mostrar que la juridicidad de un sistema no significa que todas sus normas (ni siquiera la mayoría) tengan que ser coactivas, ni para acreditar la juridicidad del sistema y tampoco la juridicidad de sus normas, las cuales son jurídicas tan sólo por pertenecer a un sistema coactivo.

Pues bien, aun cuando, como queda dicho, discrepamos de la noción de norma propuesta por Nino, coincidimos con su razonamiento en torno al concepto de sistema normativo. Diferimos, sí, de la tesis según la cual todas las normas pertenecientes a un sistema coactivo son jurídicas, por la sola pertenencia al mismo y al margen de su estructura específica. En consecuencia, a nuestro juicio, así como se requiere disponer de una noción «previa» de norma, también se requiere disponer de una noción «previa» de norma jurídica.

---

[157] ALCHOURRON CARLOS E. y BULYGIN EUGENIO: op. cit., pp. 106-107.

Con arreglo a esta premisa, convenimos con el postulado básico del planteamiento de Hart y Nino, a saber: del hecho de que el sistema normativo jurídico sea coactivo, no se sigue que todas las normas que lo componen, para ser jurídicas, deban ser también coactivas.

Esto se explica porque, en nuestra opinión, el sistema jurídico (además de su carácter dinámico - formal y, discutiblemente, su institucionalización) se define, principalmente, por un contenido específico: organiza el uso de la fuerza. La norma jurídica, a diferencia de lo que plantean Kelsen y Ross, no se define por un contenido específico (como sería la coacción, según dichos autores), sino por una determinada estructura: imputar una consecuencia a cierto acto o conducta, sin que, reiteramos, el contenido de la consecuencia tenga que ser, necesariamente, una sanción. Entonces, diremos que una norma será jurídica siempre que enuncie un acto o conducta, con carácter de antecedente, imputando a ésta otro acto o conducta, con carácter de consecuencia, y de lo cual se infiera que el acto o conducta opuesta a aquélla es el contenido de un deber jurídico. Ahora bien, tal estructura no es condición suficiente para completar el concepto de norma jurídica, sino que, además, como bien lo señalan Hart y Nino, se requiere la pertenencia a un sistema coactivo, es decir, a un sistema compuesto por algunas normas que estipulen sanciones (vale decir, por un tipo calificado de norma jurídica, cuya diferencia específica es estipular un acto coactivo en su consecuencia), con las cuales, consiguientemente, la norma o normas en cuestión se encuentren relacionadas.

Estimamos, con Kelsen, que la función primordial del derecho es establecer deberes jurídicos[158]. Nuestra propuesta, como queda dicho, es extender el concepto de deber jurídico a conductas reguladas en normas jurídicas cuyas consecuencias no son sanciones, alejándonos, por tanto, de la teoría Kelseniana.

Creemos, en ese sentido, que al margen de la concepción general en que se inspira, la neoegología está bien encaminada al postular, en sus difusos términos, que hay deber jurídico (en sentido estricto, según ella) en las programaciones que, además de programar una conducta en su contenido (conducta

[158] KELSEN HANS: «Teoría Pura...» (Primera Version), pp. 124-125.

debida), programan otra conducta para el caso de inobservancia de la primera, la cual empeora la situación del sujeto pasivo.

Las dudas que expresa dicha corriente en cuanto a la relación entre la noción de programación subsidiaria y el concepto de sanción nos parecen, por el contrario, inconducentes. A nuestros fines, no es aceptable considerar a la nulidad como una sanción y es irrelevante, aunque correcto, negar carácter sancionatorio a las denominadas «prestaciones subsidiarias».

**Toda vez que una norma jurídica impute a cierto acto una sanción, una «prestación subsidiaria» (es decir una obligación, particularmente una indemnización), una nulidad o cualquier otra consecuencia que empeore o desfavorezca la situación del sujeto respectivo, dicha norma, indirectamente, prescribe un deber jurídico.**

A título de ejemplos, se pueden seleccionar del derecho positivo casos en los cuales concurren dos o más consecuencias jurídicas desfavorables, las cuales comportan otros tantos deberes jurídicos infringidos:

a.- El fraude es un hecho ilícito penal, por cuanto está sancionado con pena privativa de libertad. Este delito comporta violación del deber jurídico de respeto del derecho de propiedad. El mismo hecho es un «acto ilícito» civil, dado que se le imputa la indemnización de los daños y perjuicios causados por su comisión. En cuanto «delito» civil, dicho hecho constituye violación del deber jurídico de abstención de causar daño a otro sujeto.

b.- La bigamia es un hecho ilícito penal, por cuanto está sancionado con pena privativa de la libertad. Este delito infringe el deber jurídico de sujetarse al buen orden familiar y a las buenas costumbres. El mismo hecho es un acto inválido, dado que se le imputa la nulidad del nuevo matrimonio. En cuanto acto inválido, dicho hecho infringe el deber jurídico de no mantener vínculo conyugal, como condición impuesta a los esponsales para contraer matrimonio. Finalmente, el hecho en cuestión también es un «acto ilícito» civil, toda vez que se le imputa la indemnización de los daños causados a los hijos que se hubiesen procreado, si tal fuere el caso. En tanto «delito» civil, el hecho constituye transgresión del deber jurídico de abstenerse de causar daño a otro sujeto.

c.- La destitución ilegal de un funcionario público de carrera administrativa es un acto inválido, ya que se le imputa la nulidad del respectivo acto administrativo. En su condición de acto inválido, el hecho puede comportar inobservancia, por ejemplo, del deber jurídico impuesto a los altos funcionarios de no dictar actos administrativos al margen de su competencia. El mismo hecho es un «acto ilícito» civil, habida cuenta que se le imputa la indemnización de los daños y perjuicios causados al funcionario ilegalmente destituido (pago de los sueldos dejados de percibir). Por último, también es un «acto ilícito» administrativo, pues se le imputa la reincorporación del funcionario a su cargo. Como «acto ilícito» administrativo, viola el deber jurídico de no afectar ilegítimamente la estabilidad del funcionario público de carrera administrativa.

Como fácilmente se puede advertir, nuestra propuesta se mantiene dentro de las coordenadas principales que han caracterizado a la teoría general del derecho. En especial, se preserva la estructura de la norma jurídica planteada por Kelsen, así como, aunque redimensionada, la distinción entre derecho y moral y, de igual modo, el concepto de técnica indirecta de motivación social.

Se aleja sí, del monismo de Kelsen y Ross que reduce las normas jurídicas a las normas coactivas, pues se formulan, tentativamente, tres clases de normas jurídicas: normas sancionatorias, normas con «prestaciones subsidiarias» y normas sobre nulidades. No obstante, desde otro ángulo, preserva un perfil monista, en tanto todas ellas tiene en común estipular deberes jurídicos. En este sentido, la propuesta se diferencia de la teoría de Hart sobre el tema.

Por otra parte, es destacable que los deberes jurídicos estipulados en las tres clases de normas propuestas no se colocan en un mismo plano. Gráficamente, puede decirse que, en orden a su diversa intensidad, los deberes jurídicos de las normas coactivas se encuentran en el centro del sistema, mientras los deberes jurídicos de las normas restantes se sitúan en la periferia del mismo.

En suma, la propuesta tiene un alcance muy limitado y meramente aproximativo, desarrollando, de algún modo u otro, ideas o elementos ya presentes en distintas obras de nuestra disciplina. Así, además de tener resonancia en la neoegología (como ya apuntamos), también encuentra eco en la obra de Kelsen. Ya vimos como este autor, aunque tal vez incidentalmente, reconoce que la

prestación acordada en un contrato constituye el contenido de una obligación o deber jurídico, puesto que su no realización es condición, no de una sanción, sino de la obligación de reparar el daño respectivo («prestación subsidiaria»). Además, en su teoría del ordenamiento jurídico, ostensiblemente usa la expresión «norma jurídica» con dos significados claramente distintos. En efecto, además de la acepción «norma coactiva», habla de norma jurídica en relación con las reglas sobre nulidades.[159] Ello ocurre en la cadena de fundamentación de una norma en otra norma de grado superior. Por ejemplo, las normas constitucionales prescriben el proceso para la formación de las leyes, sin estipular sanciones para el caso de incumplimiento de las mismas, evento éste enlazado a la nulidad de la ley inválida. Como quiera que para Kelsen la función esencial de las normas jurídicas es obligar, la única forma de resolver dicha ambiguedad es considerar que, al igual que la normas coactivas, las normas sobre nulidades, indirectamente prescriben deberes jurídicos.

Por otra parte, dado que, como ya señalamos, nuestra propuesta, desde el punto de vista formal, se mantiene dentro de los lineamientos básicos de la noción Kelseniana sobre la norma jurídica, presenta los mismos problemas que ésta en cuanto a la identificación analítica del deber jurídico. En ese orden de ideas, reiteramos aquí la necesidad de incorporar a plenitud el concepto de técnica indirecta de motivación social. Bajo esta perspectiva, las perplejidades que plantea el «deber ser» en el plano analítico, quedan diluidas, ya que, en la mira de la técnica de motivación, el «deber ser» de la «norma primaria» aparece como una categoría del conocimiento, mostrándose claramente el sentido deóntico del deber (genuino deber jurídico) de la «norma secundaria». También la técnica de motivación ayuda a dilucidar cuál de las varias condiciones que anteceden a la sanción en la norma primaria, configura la transgresión y, por tanto, cuál es su reverso: la conducta jurídicamente debida. Ello, por cuanto conectada la norma jurídica con los fenómenos sociales sobre los cuales procura incidir, las reacciones de sus destinatarios en relación con ella, permite, en buena medida, identificar las conductas calificables como «hecho ilícito» (o inválido) y, en consecuencia, como «deber jurídico».

---

[159] KELSEN HANS: «Teoría Pura...» (Primera Versión), pp. 155 y ss.

Dentro de su modesto alcance, la propuesta procura, en alguna medida, reflejar las ideas que sobre el deber jurídico tienen los juristas en general y grupos importantes de la población. En una dimensión pragmática, también da cuenta de la necesidad de modificar la pobre y estrecha visión de otros grupos sociales, para los cuales «lo jurídicamente debido» anida solamente en los suburbios más severos del castigo estatal.

Aspiramos a que este pequeño aporte en relación con el tema del deber jurídico, pueda madurar lo suficiente para inscribirse en la impostergable tarea colectiva de revisar los desarrollos de la teoría general del derecho.

En nuestro opinión, dicha revisión, entre otros aspectos, debe transitar por un redimensionamiento de las relaciones entre el derecho y la moral, y los valores en general, suprimiendo el sentido beligerante con el que se ha venido tratando el tema. También debe reflexionarse sobre la excesiva rigidez que ha caracterizado la división de materias y áreas de conocimiento, la cual hoy parece inapropiada. En ese orden, deben incorporarse consistente y acabadamente tópicos como la técnica de motivación social y la evaluación de las consecuencias sociales de los planteamientos propios de nuestra disciplina.

Por último, sin la actitud pesimista que parece animarla, compartimos la siguiente reflexión de Carrió: «La Teoría General del Derecho tiene que revisar su aparato conceptual y también sus pretensiones. En vez de encerrarse en un recinto hermético de pre-conceptos (o de prejuicios) los teóricos generales del derecho deben descender al ruedo donde los juristas, con mayor o menor destreza y fortuna, lidian a diario con los más bravíos problemas de nuestra sociedad».[160]

## CONCLUSIONES

En las primeras líneas de este trabajo, advertimos que el pensamiento de Kelsen sería hilo conductor de lo que diríamos sobre el deber jurídico. Para bien o

[160] CARRIO GENARO R.: op. cit., p. 55.

para mal, creemos haber sido consecuentes con tal postulado. No haremos excepción en estas líneas finales.

Dando rienda suelta a una sinuosa metáfora, el autor de la teoría pura expresa lo siguiente: «La eficacia es condición de la validez en el sentido de que la eficacia debe añadirse a la creación para que tanto el ordenamiento jurídico como un todo, como también una norma individual, no pierdan su validez. Un hombre debe nacer para vivir; para seguir viviendo deben llenarse otras condiciones, por ejemplo, recibir alimentos. Sin estas condiciones el hombre pierde la vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacimiento ni con la alimentación».[161] La creación y la eficacia son, ambas, condiciones de la validez del derecho, en el sentido de que sin su concurso no cabe hablar de derecho válido, pero, al mismo tiempo, tales condiciones no se identifican con la validez; de igual modo, el nacimiento y la alimentación condicionan la vida humana, pero esta vida, por humana, no se identifica con tales hechos. La validez es al derecho, lo que la vida al ser humano. Son, respectivamente, sus modos de existencia.

Seguramente, desde una perspectiva como la de Ross, la postura que asoma Kelsen en dicha metáfora sería tildada de espuria, puesto que el carácter «no empírico» que imprime a la validez del derecho, repele su tratamiento científico, habida cuenta de su pertenencia al reino de la ideología.

Igualmente, en ella encontraría campo fértil el siguiente «latigazo» iusfilosófico de Pattaro: «Como espero haber demostrado a propósito de la teoría Kelseniana, en realidad no sólo no se puede ignorar que a la larga tampoco el positivismo jurídico consigue sustraerse al problema de la efectividad, sino que hay que rendirse, además, ante la vieja verdad -contra las mejores intenciones de sus mejores exponentes- de que el iuspositivismo es un iusnaturalismo positivizado, es decir, una metaética cognotivista que produce una pretendida teoría científica de los valores».[162]

La reflexión de Pattaro es, a la vez, aguerrida y pretenciosa. Por contraste, tal embestida nos suscita volver sobre un mesurado comentario de Finch, con

---

[161] KELSEN HANS: «Contribuciones...», p. 24

[162] PATTARO ENRICO: op. cit., p. 121.

motivo de su balance de la doctrina de Bentham y Austin: «...si el significado jurídico o prescriptivo de los actos o acontecimientos que se dan en la creación y mantenimiento de un sistema jurídico se describe en términos de identidad con las actos físicos mismos, el carácter esencialmente prescriptivo del derecho está expuesto a obscurecerse».

Estas sensatas y penetrantes palabras de Finch pueden traducir con claridad el giro literario de Kelsen en torno a la validez del derecho y la vida humana. Con rigor conceptual, el autor inglés da cuenta de la especificidad del derecho, desde la realidad jurídica misma. Es decir, desde el derecho positivo históricamente dado, desde quienes operan diariamente con él (abogados, jueces, funcionarios, etc.) y a partir de la gente en general, que sufre el derecho, al igual que sufre la vida.

En ese sentido, consideramos que uno de los defectos en que suelen incurrir los teóricos generales, como Kelsen, Ross o Pattaro, recién citados, es lo que podría denominarse» excesos filosóficos».

«El filósofo del Derecho no trata tanto teorías que expliquen o describan los Derechos positivos como se ocupa de confrontar entre sí varias teorías (¿ una determinada filosofía del Derecho es coherente con el sistema filosófico total del que forma parte ?) o de analizar la corrección metodológica con la que una determinada filosofía del Derecho está construida (¿ es esa determinada filosofía del Derecho coherente en todas sus partes ?) ... Por volver al ejemplo cartográfico con el que se abre el prólogo, el filósofo del Derecho no traza un mapa del Derecho, sino de una argumentación sobre el Derecho; y verifica este mapa no en la realidad, sino sobre otras argumentaciones. Es decir, opera como el geógrafo de Saint Exupéry: ' No es el geógrafo quien hace el cómputo de las ciudades, de los ríos, de las montañas, de los mares, de los océanos y de los desiertos. El geógrafo es demasiado importante para ir de aquí para allá. No se mueve de su oficina, pero allí recibe a los exploradores. Los interroga y toma nota de sus recuerdos. Y si los recuerdos de uno de ellos le parecen interesantes, el geógrafo hace realizar una investigación sobre la moralidad del explorador'».[163]

[163] LOSANO MARIO G.: «Los Grandes Sistemas Jurídicos» (Introducción del Derecho Europeo y Extranjero), Ed. Debate, Madrid, 1982, p. 19.

En parecida línea de ideas, aun cuando en un contexto de análisis diferente, puede inscribirse el ya mencionado exhorto de Carrió, en el sentido de que «... los teóricos generales del derecho deben descender al ruedo donde los juristas, con mayor o menor destreza y fortuna, lidian a diario con los más bravíos problemas de nuestra sociedad».

No compartimos, sin embargo, el pesimismo de Carrió. No se trata de desandar caminos. El breve recorrido que hemos hecho en este escrito sobre la evolución del tratamiento del deber jurídico en la teoría general, no da motivos para el pesimismo. Tan inconducente es, para quien se ocupa de las cuestiones generales del derecho, dejarse envolver por la realidad jurídica, como huir de ella construyendo una realidad jurídica «incontaminada». Se trata de estar, de algún modo, dentro y, al mismo tiempo, tomar distancia de ella (el único modo de tomar distancia sigue siendo la filosofía). Colocados en esa posición de equilibrio inestable, los teóricos generales podrán fructíferamente seguir tallando la comprensión de dicha realidad, sin lo cual no hay mejora viable. A estos fines, parafraseando a Capella, «los hombros» del maestro de Viena parece que continúan firmes.

Hemos intentado en este trabajo situarnos en la mencionada posición de equilibrio inestable. Tratamos de arrastrar la noción de deber jurídico territorio adentro, sin abandonar la linterna filosófica.

El resultado, que se resume en nuestra propuesta sobre el concepto de deber jurídico, tiene, como lo apuntáramos, un alcance modesto, pero, en medida no despreciable, creemos haber avanzado en la posición que propugnamos:

a.- Preservación de los más valiosos aportes positivistas en el desarrollo de la teoría general, objetando sus aristas rígidas, obsesiones y tendencias reduccionistas.

b.- Nuestra propuesta sobre el deber jurídico incorpora la noción de técnica de motivación social y desecha el que la sanción sea el único índice de existencia de deberes jurídicos, dando cabida a otras consecuencias normativas desfavorables, como signos de conductas jurídicamente debidas. Ello implica, por una parte, un «guiño» al discurso empírico de la sociología y, por la otra, abrir una rendija al discurso persuasivo de la axiología. Una teoría de

conocimiento muy escrupulosa encontraría «contaminación» en dicha propuesta, pero ello es inevitable, pues una parte de nuestro anclaje se encuentra en el «ruedo de los juristas» del que habla Carrió.

c. Teniendo en cuenta los propósitos instrumentales de la teoría general en relación con la dogmática jurídica, nuestro planteamiento acerca del deber jurídico, dentro de sus limitaciones, recoge y precisa usos vigentes en el mundo de los juristas, brindando así un concepto funcionalmente más adecuado para la dogmática.

d. Finalmente, sin olvidar al «hombre malo», la propuesta tiene presente al «hombre normal» (con sus virtudes y sus miserias), para quien el deber jurídico aflora en muchas facetas de su vida, en las cuales no son predicables normas coactivas. También da cuenta del hombre que, de alguna manera, vive desconcertado frente al derecho y quien reduce su idea de deber jurídico al tormento organizado de las cárceles. En ese sentido, un concepto de deber jurídico más amplio y, tal vez, más rico, como el que sugerimos, posiblemente ayude a difundir la convicción de que la primera conducta jurídicamente permitida es la conducta debida, sin lo cual no hay empresa social que valga la pena, es decir, con libertad.

## BIBLIOGRAFIA

AFTALION ENRIQUE R., GARCIA OLANO FERNANDO Y VILLANOVA JOSE: «Introducción al Derecho», Ed. La Ley, Octava Edición, Buenos Aires, 1967.

AFTALION ENRIQUE R. y VILANOVA JOSE: «Introducción al Derecho», Nueva Versión, Ed. Abeledo-Perrot, Segunda Edición, Buenos Aires, 1992.

ALCHOURRON CARLOS E. Y BULYGIN EUGENIO: «Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales», Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

BOBBIO NORBERTO: «Contribución a la Teoría del Derecho», Colección El Derecho y el Estado, Fernando Torres - Editor S.A., Valencia -España, 1980.

CARRIO GENARO R.: «Sobre el Concepto de Deber Jurídico», Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

COSSIO CARLOS: «La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad», Ed.La Ley, Buenos Aires, 1964.

CUETO RUA JULIO: «El Common Law», Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957.

DEL VECCHIO GIORGIO: «Filosofía del Derecho», Bosch Casa Editorial S.A., Novena edición española corregida y aumentada, Barcelona-España, 1980.

FINCH JOHN: «Introducción a la Teoría del Derecho», Labor Universitaria, Barcelona-España, 1997.

FRIEDRICH CARL J.: «La Filosofía del Derecho», Fondo de Cultura Económica, México, 1964.

GARCIA MAYNEZ EDUARDO: «Lógica del Juicio Jurídico», Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1955.

GARCIA MAYNEZ EDUARDO: «Introducción al Estudio del Derecho», Ed. Porrúa S.A., Trigesimoprimera edición revisada, México, 1980.

HART HERBERT L.A: «El Concepto de Derecho», Editora Abeledo-Perrot, 2da. edición, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963.

HART HERBERT L.A.: «Derecho y Moral» - Contribuciones a su Análisis , Ediciones Depalma, Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1962.

HOLMES OLIVER W.: «La Senda del Derecho», Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

KAUFMANN ARMIN: «Teoría de las Normas» (Pensamiento Jurídico Alemán Contemporáneo), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977.

KELSEN HANS: «Teoría General del Derecho y del Estado», Ed. UNAM., México, 1958.

KELSEN HANS: «Teoría Pura del Derecho»(Primera Versión), EUDEBA, Buenos Aires, 1975.

KELSEN HANS: «Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho», Colección Filosofía y Derecho /7, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969.

KELSEN HANS: «Teoría Pura del Derecho» (Segunda versión), Editorial Porrúa, Octava Edición, México D.F., 1995.

KELSEN HANS: «El Contrato y el Tratado», Editora Nacional, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Serie de Monografías N° 1, Trad. de Eduardo García Márquez, UNAM, México, 1974.

KELSEN HANS: «¿Qué es la Justicia?», Editorial Leviatan, Buenos Aires, 1984.

LOSANO MARIO G.: «Los Grandes Sistemas Jurídicos» (Introducción del Derecho Europeo y Extranjero), Ed. Debate, Madrid, 1982.

LUMIA GIUSEPPE: «Principios de Teoría e Ideología del Derecho», Editorial Debate, Madrid, 1978.

NINO CARLOS S.: «Introducción al Análisis del Derecho», Ed. Ariel S.A., Barcelona, 1983.

PATTARO ENRICO: «Elementos para una Teoría del Derecho», Editorial Debate, Madrid, 1986.

REYES NELSON: «El Concepto de Deber Jurídico en la Teoría Pura del Derecho», en «Apreciación Crítica de la Teoría Pura del Derecho», EDEBAL, Valparaíso, 1982.

RÖMER PETER: «La Doctrina de Kelsen sobre el Carácter Coactivo del Derecho», en «Teoría Pura del Derecho y Teoría Marxista del Derecho», Instituto Hans Kelsen (Austria), Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 1984.

ROSS ALF: «Sobre el Derecho y la Justicia», EUDEBA, Buenos Aires, Tercera Edición, 1974.

RUIZ MANERO JUAN: Selección y Presentación de «Escritos sobre la Democracia y el Socialismo» de HANS KELSEN, Editorial Debate, Madrid, 1988.

SCHREIER FRITZ: «Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho», Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1942.

TOSTA MARIA LUISA: «La Legitimación del Derecho en Hans Kelsen», Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 72, Caracas, 1989.

VON IHERING RUDOLF: «El Fin en el Derecho», Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1946.