

LA NATURALEZA DEL DERECHO Y SUS PROBLEMAS

1) PROBLEMATIDAD DE UNA DEFINICIÓN DEL DERECHO

EL célebre filósofo Kant observa en un pasaje muchas veces citado (pero pocas veces leído) de su *Crítica de la razón pura* (tomo III de la edición de la Academia Prusiana de las Ciencias, página 480, nota) que los juristas buscan todavía una definición del Derecho. A Kant, por cierto, no le anima deseo malévolo de crítica, puesto que afirma en aquel pasaje que sólo los conceptos matemáticos, como síntesis artificiales y apriorísticas que son, serán susceptibles de una auténtica definición, mientras que los conceptos empíricos y los demás apriorísticos (como sustancia, causa, Derecho, equidad, etc.) no se prestan sino a explicaciones y exposiciones, respectivamente. Una exposición del concepto del Derecho, continúa Kant, sería cosa magnífica, pero constituye una empresa difícil. Por el otro lado, inclusive, una exposición insuficiente puede tener su utilidad en vista de los elementos acertados que contiene. Esta última observación nos consuela y nos envalentona para ensayar una exposición del concepto del Derecho.

2) POSIBILIDAD DE UNA TEORÍA JURÍDICA NUEVA

Toda exposición semejante constituye una teoría, y encontramos en nuestro camino doctrinas que reclaman para sí la distinción de ser nuevas, mientras que las ya existentes le discuten tamaño título honorífico. No será de más, por consiguiente, de-

dicar unas palabras a la posibilidad de una teoría nueva. En el ámbito de las Ciencias de la Naturaleza la novedad de una teoría se basa en la novedad de un hecho: en un descubrimiento en sentido amplio (por ejemplo: el descubrimiento de los rayos X, la desintegración del átomo, etc.). En las Ciencias sociales no se dan descubrimientos. Los hechos sociales en sentido estricto son todos ellos conocidos por ser exclusivamente obra de los hombres mismos. Por ello una teoría llamada nueva sólo efectúa un reagrupamiento y una reordenación. Ello no excluye lo meritorio y, en su caso, lo fructífero y logrado de la empresa, y explica, por otro lado, la posibilidad de encontrar siempre precursores a una tesis cualquiera. La teoría ordenancista del Derecho, por ejemplo, o la doctrina conductista, no son sino nuevas reordenaciones de la materia dada ya de antemano, y de ambas podrían hallarse huellas en tiempos antiguos. Ahora bien: lo que sí puede ocurrir es que un hecho nuevo natural o cultural repercute sobre la facticidad social, y en este supuesto puede haber, pues, algo nuevo en las Ciencias sociales. El invento de la imprenta convierte, por ejemplo, la explotación de las obras literarias en un negocio digno de ser tenido en cuenta, y da así lugar a la teoría nueva sobre la justicia de la protección de la propiedad intelectual que plasma normativamente en la legislación de la Revolución francesa. La industrialización del mundo engendra la moderna legislación social, el dominio del aire, la legislación aérea y aeronáutica.

3) MATERIAL DEL QUE LA DEFINICIÓN DEL DERECHO HABRÁ DE DESPRENDERSE

Toda pregunta, para tener sentido, requiere la indicación expresa o tácita del material del que el investigador debe desprender la contestación (lo preguntado). Muchas discrepancias entre los hombres de ciencia se basan en el hecho de que olvidan la explicitación de dicho material, examinando, en realidad, materiales diversos.

Al preguntarnos, por consiguiente, por el ser del Derecho, conviene indicar el conjunto de hechos del que extraemos la contestación. A este efecto procede constatar los datos mentados por el término «Derecho» según el uso lingüístico normal, sin que sea para nosotros un obstáculo de que el uso lingüístico sólo suele poseer

un núcleo claro y distinto, rodeado por una zona más o menos vasta, semioscura. Lo que algunos autores llaman intuición eidética, muchas veces no es sino el uso empírico del lenguaje.

El término «Derecho» se refiere, sin duda alguna —he aquí el núcleo fijo—, por un lado, al conjunto de preceptos jurídicos conforme se encuentran en leyes, decretos, ordenanzas, etc.; por el otro lado, a determinadas actitudes conforme las realizan funcionarios estatales, como, por ejemplo, jueces, fiscales y también particulares al cerrar y cumplir contratos, otorgar testamentos, etc. La zona semioscura abarca, por ejemplo, el entuerto. Por un lado, lo ilegal es objeto del Derecho. Los preceptos lo prohíben. El fiscal basa en él su acusación; el juez, su condena. Por el otro lado, el uso lingüístico es reactivo a llamar la comisión de lo antijurídico «Derecho». De análoga manera puede discutirse si las actividades dentro del ámbito de lo lícito, como, por ejemplo, el dar un paseo los domingos, merecen la calificación de jurídicas. Otra duda puede recaer sobre la emisión de preceptos. ¿Es sólo su resultado —el precepto dado— Derecho, o lo es también la actividad iusdicente misma?

Los diferentes intentos de exponer el ser del Derecho científicamente contemplan ora una parte, ora otra parte del material mencionado. La teoría ordenancista enfoca los preceptos; la teoría conductista, la conducta. Otras tesis segregan subpartes de las dos masas principales; por ejemplo: los procesos (1). No examinaremos las diferentes teorías reales que en su contingencia histórica perturbaban la clara visión de las posibilidades teóricas. Nos limitaremos más bien a estas últimas.

4) CONCEPCIÓN ORDENANCISTA DEL DERECHO

Una doctrina importante y clásica que todavía puede considerarse como dominante afirma que el Derecho es el conjunto de los preceptos que reglamentan la convivencia externa de los hombres, concepción ordenancista del Derecho. Pero esta doctrina constituye sólo una aparente unidad, puesto que calando más hondo se descubren en su seno muchas y resonantes discrepancias.

(1) Así, por ejemplo, SANDER y los llamados realistas norteamericanos.

a) **TESIS IMPERATIVISTA.**—Una corriente sostiene que los preceptos jurídicos son imperativos, o sea órdenes, mandamientos de alguien a alguien. ¿De quién a quién?

a') *Derecho natural.*—El Derecho natural contesta que se trata de mandamientos dados por Dios a los hombres. La concepción del Derecho natural, a su vez, posee una versión católica y otra protestante, la mal llamada concepción racionalista. Ambas versiones coinciden en tres puntos: 1.º, el veneno del Derecho natural es Dios; 2.º, el Derecho natural es cognoscible mediante la razón, y así se explica que mientras que hay hombres pueden saber lo que preceptúa el Derecho natural, y 3.º, Dios reveló el Derecho natural en la Sagrada Escritura. La discrepancia consiste en que, en virtud del Derecho natural católico, la Iglesia interpreta la Sagrada Escritura auténticamente, mientras que, de acuerdo con el Derecho natural protestante y el dogma del libre examen, cada fiel la interpreta racionalmente, dando lugar así a muchas y dispares interpretaciones del Derecho natural. De este modo se unifica para el Protestantismo la duplicidad de las fuentes en la razón individual. De todos modos, el conjunto de imperativos eternos en el tiempo y universales en el espacio que es el Derecho natural, dimana de la voluntad divina. La infracción se pena, desde luego, en la vida ultraterrenal. Su coercibilidad en este mundo depende, en cambio, de su adopción por los hombres, o sea de su conversión en Derecho positivo (Kelsen, *La idea del Derecho natural* y otros ensayos, trad. esp., Losada, Buenos Aires, 1946, páginas 40 y 41). Ni que decir tiene que los ateos rechazan el concepto del Derecho natural (2), y que inclusive algunos que no lo son quedan doloridos por su ineficacia en este mundo.

b') *Derecho positivo.*—Los partidarios del Derecho positivo sostienen que el autor de los preceptos es el Estado y que los destinatarios de los mismos son los súbditos. No obstante, en todas partes surgen dudas. Muchos autores colocan al lado del Estado la comunidad invocando el fenómeno del Derecho consuetudinario. Por el otro lado, en cuanto a los destinatarios de las normas, se discute si lo son todos los súbditos (inclusive menores, locos, personas jurídicas) o sólo clases determinadas de personas. En reali-

(2) Existen también un Derecho natural secularizado, para el que podría reservarse el término «Derecho natural racionalista».

dad existen ambas clases de preceptos según el contenido de los mismos. El precepto prohibitivo del homicidio se dirige a todos los individuos; el precepto, en cambio, que manda castigar a los homicidas, sólo enfoca a los órganos estatales (policía, fiscales, jueces).

La concepción imperativista del Derecho positivo, a diferencia de la del Derecho natural, no considera como actividad jurídica a la del legislador humano. En efecto, desde el punto de vista del Derecho natural, los hombres, al legislar, deben inspirarse en el Derecho natural y realizar de esta suerte ya una actividad jurídicamente reglada. En cambio, desde el punto de vista del Derecho positivo, el legislador actúa jurídicamente libre; sólo el producto de su actividad: el precepto constituye Derecho. Esta diferencia sigue en pie, aunque se compara la actividad iusdicente de Dios y la del hombre, puesto que, como para Dios no existe diferencia conceptual ni real-temporal entre actividad y su resultado, ambas son igualmente jurídicas.

Pero la diferencia entre concepción imperativista iusnaturalista y positivista se muestra todavía en otros puntos. Contra la versión positivista se han hecho objeciones que no se podrían haber hecho contra la tesis iusnaturalista en atención a la continua y eterna subsistencia de la voluntad divina. Se objeta contra la doctrina positivista que, para ser el Derecho un conjunto de imperativos vigentes, éstos tendrían que basarse en una voluntad de igual duración a la de su vigencia. Los críticos niegan que ello sea así, porque el autor del precepto —un rey o un parlamento, por ejemplo— dejan de quererlo, sea por olvido, sea por muerte. Por tanto, el Derecho no puede ser de carácter imperativista, y adelantemos que, según la opinión de estos críticos, el precepto es un juicio. La objeción es errónea y su refutación da lugar a interesantes observaciones. La subsistencia de un imperativo no depende de la continuada vida de la voluntad del que manda, sino de las continuas voluntades de los que obedecen, puesto que, siendo las voluntades entre los que mandan y los que obedecen (con tal que obedezcan) intercambiables, al obedecer sustituyen a la vez la voluntad impositiva. Fenómenos tan cotidianos como los testamentos se basan en este proceso: la última voluntad del testador es sustituida por la de los herederos, legatarios y albaceas, o, en caso de incumplimiento, por la de los órganos estatales. También en

otras esferas se producen procesos análogos. Quien ejecuta una partitura musical o quien lee con comprensión una obra literaria, hace revivir, renacer la creación del compositor o del autor, sin que su muerte constituya obstáculo alguno. En todos estos casos plasma la voluntad o el pensamiento del creador en un sistema de signos que requiere y es susceptible de una recreación por voluntades o pensamientos imitativos y, en el primer caso, correspondientes. La obra perdura mientras que se dan, si bien discontinuamente, estos procesos de recreación.

b) **TESIS NORMOLÓGICA.**—Los críticos de la tesis imperativista, dentro de la contemplación ordenancista, sostienen que el Derecho es un conjunto de juicios. Para distinguir los juicios enunciativos de los normativos, estos juicios jurídicos pueden llamarse «normas», y así, la tesis se llama la doctrina normológica del Derecho. Los autores que mantienen este criterio discrepan entre sí en múltiples aspectos.

a') *La norma como juicio hipotético.*—Kelsen, cuya primera obra magna, *Problemas fundamentales de la teoría del Estado* (Tubinga, 1911), lleva el subtítulo significativo «desenvueltos al hilo de la doctrina de la norma jurídica» («entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz»), hace de ella el gozne de su poderosa construcción. La creciente consideración que la norma jurídica logró concentrar sobre sí, se debe, en primer lugar, al movimiento codificador, que, a su vez, brota de un complejo y, más exactamente, de un triádico hontanar: nacionalismo (Derecho nacional contra Derecho universal, pero también Derecho nacional contra Derecho regional), racionalismo (Derecho como sistema científico contra usanzas y costumbres) y liberalismo (Derecho preestablecido contra Derecho *ad hoc*), y, en segundo lugar, al Derecho penal liberal, cuyo lema: «nullum crimen, nulla poena sine lege», obligó a los criminalistas a aferrarse tímidamente al análisis de la ley cual única tabla de salvación. Sobre el ánimo de Kelsen gravitan los resultados del pensamiento penalista de modo importante, si bien solapado. En el plano visible se coloca la identificación de Estado y Derecho. El deseo de Kelsen de conseguir una visión del Derecho exclusivamente jurídica (pureza del método tanto frente a las ciencias de la naturaleza como frente a las ciencias culturales), le hace rechazar todo concepto sociológico del Estado. El Estado se identifica así con el ordenamiento jurídico. ¿Qué significa esta unidad para el contenido de las normas? Pues significa que toda

norma contiene un juicio condicionado sobre la propia actividad del Estado, ya que sólo la propia actividad es objeto del querer, no siéndolo la ajena sino del mero deseo. Toda norma declara, por consiguiente, que, dado un hecho determinado, los órganos estatales actuarán de determinada manera. Como los órganos estatales, por otro lado, suelen actuar mediante la coacción contra el entuerto, la norma jurídica estatuye como condición un entuerto y como consecuencia una sanción estatal: pena, indemnización, coacción administrativa, etc. El precepto cuya infracción constituye el entuerto no es un precepto jurídico, sino mero Derecho natural, y la integración de la auténtica norma jurídica primaria, con este precepto secundario auxiliar en un sólo juicio disyuntivo, sería una nefasta e impura mezcolanza de Derecho natural y positivo (Kelsen, *La idea del Derecho natural*, loc. cit., págs. 45 a 47). En toda identificación una de las partes se muestra más fuerte que la otra. En la ecuación kelseniana Derecho = Estado, el Estado prima sobre el Derecho. El resultado es que el Derecho sólo se ocupa de las condiciones de la coacción estatal. He aquí el extremo, respecto al que en la subconsciencia de Kelsen existe una influencia del precepto penal como ejemplo más perfecto de una norma jurídica.

Con ello se reduce el material empírico dado de manera decisiva, puesto que se elimina todo el Derecho normal, para decirlo así, preceptos y su cumplimiento, para retener únicamente el supuesto patológico del entuerto y de su sanción. No se puede aceptar tampoco la delimitación entre su voluntad y deseo, que concede a este último un campo demasiado extenso. La *voluntad* puede recaer sobre cualquier acto en el cual el volente cree poder tener influencia (que, por lo demás, puede también fracasar en cuanto a su propia actividad, como, por ejemplo, en el caso de una parálisis), mientras que el *deseo* se limita a los casos en los cuales el deseoso cree que carece de toda influencia sobre el desenvolvimiento de la cadena causal. Por último, existen grandes dificultades para Kelsen respecto al entuerto perpetrado por el Estado, ya que, siendo Estado y Derecho idénticos, el Estado, como tal, no podría incurrir en una actividad antijurídica. Por el otro lado, la apariencia de que Kelsen vacía el Estado de su contenido real es sólo engañosa. La relación indestructible entre signo y cosa designada asegura la reparación de toda la realidad estatal a través de las normas jurídicas que tratan de los órganos del Estado. La iden-

tividad de Derecho y Estado peligra en Kelsen, por lo demás, frente al Derecho internacional, que, de acuerdo con Kelsen, si bien lo cree Derecho primitivo, lo estima base de todos los Derechos nacionales (monismo jurídico con primacía del Derecho internacional), pero el cual, sin embargo, no se apoya en un Estado, sino en una unión de países (Kelsen, *La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica*, en *La idea del Derecho natural* y otros ensayos, loc. cit., pág. 233) (3).

b') *La norma como juicio disyuntivo*.—A la tesis kelseniana del Derecho como juicio hipotético se opone la doctrina del gran iusfilósofo argentino, y por más datos tucumano, Carlos Cossio, máxima autoridad contemporánea en materia de Filosofía jurídica, que concibe el Derecho como un juicio disyuntivo. Pero antes de proseguir hay que consignar una diferencia fundamental entre Kelsen y Cossio. Para Kelsen el Derecho es un conjunto de juicios hipotéticos; para Cossio, en cambio, el Derecho es otra cosa muy diferente, de la que trataremos más tarde. El juicio disyuntivo es sólo el concepto mediante el cual captamos adecuadamente el ser del Derecho. Hecha esta salvedad de enfrentar a una tesis ontológica otra lógica, podemos exponer el juicio disyuntivo cossiano, a través de cuya década conceptual visualizamos el Derecho (4). 1) Dado un hecho con su determinación temporal (Ht.), 2) debe ser (primera cópula imputativa), 3) la prestación (P), 4) por alguien obligado (Ao), 5) frente a alguien titular (At.), 6) o (cópula disyuntiva), 7) dada la transgresión (No-P), 2) debe ser (segunda cópula imputativa), 8) la sanción (S), 9) por un funcionario obligado (Fo), 10) ante la Comunidad pretensora (Cp.). Algunos críticos de la norma cossiana se han basado en la tesis de Goblort y Pfänder acerca del carácter compuesto del juicio disyuntivo como unión de dos juicios hipotéticos (5). Pero aunque así fuera, la na-

(3) Véase la aguda crítica de JUAN LLANIBÍAS DE AZEVEDO, *Eidética y Aporeética del Derecho, Prolegómenos a la Filosofía del Derecho*, Espasa Calpe Argentina, 1940, págs. 83 a 90.

(4) CARLOS COSSIO, *Norma, Derecho y Filosofía*, tirada aparte, pág. 39, y *La teoría egológica del Derecho*, Buenos Aires, 1944, págs. 300 a 328. Una exposición coherente de toda la doctrina egológica se halla en ANTONIO JOSÉ BRANDAO, en «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», fasc. II, vol. XXII, 1946, págs. 529 a 545.

(5) JOSÉ JUAN BRUERA, *Lógica, Historia y Norma jurídica*, en «La Ley» de 3 de octubre de 1946, que afirma que la norma cossiana contiene un razonamiento entimemático.

turaliza lógica de la norma jurídica como juicio disyuntivo se deriva de la naturaleza ontológica del Derecho como conducta en su interferencia intersubjetiva. La disyunción tiene la meta de captar las posibles conductas del deudor de la prestación y las del órgano estatal que en caso de incumplimiento interviene. Cossio reprocha acertadamente a Kelsen el papel secundario que el filósofo vienés adjudica al deber jurídico, y por ello Cossio le asigna en su endonorma un lugar equivalente al que atribuye a la sanción en la perinorma. Pero se ha objetado (6) que inclusive sobre Cossio sigue gravitando con excesivo peso la identificación de Estado y Derecho y la consiguiente necesidad de considerar la coacción como esencial al Derecho (7). Así, dichos críticos afirman que Cossio, para visualizar exhaustivamente las posibles conductas del deudor, también debería haber recogido la posibilidad normal del cumplimiento de la prestación, el cual tiene por premio o la liberación del deudor de su deuda (premio negativo) o una ventaja positiva, como, por ejemplo, una contraprestación (premio positivo), interfiriendo en ambos casos la conducta abstencionista o activa del acreedor (que en el último supuesto es, a la par, deudor condicionado) con la del deudor primitivo. De este modo —se alega— será posible atribuir al premio su lugar lógico adecuado, tarea meritoria emprendida precisamente por un discípulo de Cossio, Mario Alberto Copello (*La sanción y el premio en el Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1945), pero el que por la estructura de la norma cossiana que omite la hipótesis del cumplimiento de la prestación no consigue distinguir lógicamente premio y prestación (8).

(6) Véase ROJINA VILLEGAS, en «Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia», t. VIII, abril-junio de 1946, núm. 30, págs. 67 a 70, y BRURRÁ, *loc. cit.*

(7) Otra razón para esta doctrina es la necesidad de distinguir el Derecho de la Moral. Pero COSSIO distingue en otros lugares Moral y Derecho con arreglo a DEL VECCHIO, según que la interferencia sea subjetiva o intersubjetiva, y recuérdese también que KELSEN mismo distingue algunas veces Moral y Derecho según que las normas inferiores estén contenidas en el contenido de la norma fundamental o que sólo se deriven formalmente de ella según el modo de producción (KELSEN, *La doctrina pura del diritto*, trad. ital. de RENATO TREVES, Módena, 1933, núm. 28, pág. 30). Así no llega Cossio al pleno desarrollo de su tesis de que la libertad está antes que el impedimento, y que el *prius* es lo permitido.

(8) COPELLO, que con razón combate a ANGELO DE MATTIA (*Merito e Ricompensa*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», fasc. VI, 1937,

No examinaremos este particular más detenidamente, porque no nos hallamos en una investigación lógica, sino ontológica (9).

c) CONCILIACIÓN DE AMBAS TESIS (4a y 4b).—Si a continuación comparamos la tesis imperativista con la doctrina normológica surge la interrogante: ¿No será posible una conciliación entre ambas tesis? Conocidas son las palabras de Leibniz, según las cuales cada teoría tiene razón en lo que afirma y yerra en lo que niega. Estas palabras se basan en el justificado *optimismo* de que los hombres de ciencia, que como tales, a la par, serán hombres de conciencia, no estarán casi nunca totalmente equivocados, así como se basan en el igualmente justificado *pesimismo* de que un hombre de ciencia sólo pocas veces podrá abarcar con su visión limitada la infinita complejidad de las cosas. Es, por tanto, de suponer que el Derecho tenga algo que ver tanto con los imperativos como con los juicios. El sentido común, que nunca es despreciable, sostiene, desde luego, el primer punto de vista. En el Derecho hay (tal vez entre otras muchas cosas, inclusive, quizá, más importantes) uno que manda y otro que obedece. Austin destacó este punto con particular energía y llegó así a la negación del Derecho internacional en el que, siendo todos los Estados iguales, nadie tiene facultad de mandar, ni nadie deber de obedecer. Pero también, por otro lado,

año 17), el cual distingue una forma punitiva y otra premial de la sanción, distingue premio y prestación debida sólo ontológicamente; en el premio el incumplimiento de la prestación, a diferencia de la prestación debida, es jurídicamente irrelevante.

(9) Hay que recoger también la posibilidad de la obligación natural. Se propone, por consiguiente, la siguiente estructura de la norma cossiana: Dado un hecho temporal determinado (1) debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien titular (5); si (I) dicha prestación se realiza (II), el obligado recibirá un premio negativo o positivo (III); o (6) si infringe la endonorma (7) debe ser la sanción negativa (obligación natural) o positiva (8) por un funcionario obligado (9) ante una comunidad pretensora (10). Esta norma que se esfuerza describir por completo la situación jurídica contiene las siguientes modificaciones: 1), introducción de la posibilidad del cumplimiento del deber; 2), introducción del premio como consecuencia de tal posibilidad; 3), ampliación del concepto de sanción, entendiéndose por sanción negativa una sanción menguada, como, por ejemplo, condena al pago, si el deudor no alega la prescripción extintiva, indemnización de los gastos hechos en espera del matrimonio frustrado, etc., o nula como en el caso de la omisión del acto premiado, y 4), las conductas en la perinorma son conductas de diferente clase: las condiciones se atribuyen al deudor de la prestación, mientras que las condicionadas son conductas del acreedor o del funcionario.

es cierto que la concepción normológica tiene alguna razón. Indudablemente podemos afirmar que si tal hecho ocurriese tal persona debería comportarse de determinada manera, y esta afirmación puede tener contenido jurídico. La conciliación de ambas tesis consiste en lo siguiente: Los imperativos constituyen una *parte de lo que es Derecho*; los juicios, en cambio, son la *captación lógica de lo que es Derecho*, por consiguiente, también de los imperativos.

En efecto: los imperativos forman parte de la realidad psicofísica. Buena parte del Derecho consiste en los mandamientos del legislador, del Poder ejecutivo, de los funcionarios, militares, padres, maridos, y otra parte del Derecho consiste en la actitud de obediencia de los destinatarios de los imperativos. El Derecho abarca tanto la emisión de los imperativos como la conducta motivada por ellos. Quien excluye todo ello de la esfera del Derecho le sustrae una parte esencial y precisamente su fuerza motriz, puesto que sin la inordinación de los imperativos en la esfera del Derecho no se comprendería la conducta jurídica en su facticidad. ¿Por qué cumple el deudor? Porque el acreedor, asistido por el Estado, así lo manda. No es posible decir que no haga falta el mandamiento y que sea suficiente la amenaza de una sanción para el caso del incumplimiento, ya que sería psíquica y lógicamente contradictorio afirmar que se puede amenazar a una persona con un castigo si no realiza una conducta sin mandársela, o si realiza una conducta sin prohibírsela simultáneamente con la amenaza. *Quien amenaza, forzosa e ineludiblemente manda.*

Ahora bien: si se considera un imperativo que es una entidad real desde el punto de vista lógico, se convierte en un juicio, más exactamente en una norma, que, según las complicaciones del caso, puede revestir forma categórica, hipotética, disyuntiva, etc. Constituye uno de los inmarcesibles méritos de Cossio el de haber comprendido que la doctrina de Kelsen constituye Lógica Jurídica. Así es, en efecto. El imperativo, pensado desde el punto de vista de los interesados como tales, del que manda y del que obedece, es una realidad psicofísica con fuerza causal que, claro está, puede frustrarse por otras causas más poderosas. Si, en cambio, concebimos el imperativo desde un ángulo visual neutral, el que también pueden ocupar los interesados deshaciéndose de ésta su condición, nos encontramos con una norma. La eficacia es una cualidad de los imperativos; la validez es una cualidad de las normas.

La dificultad de comprender debidamente la diferencia entre imperativo y norma consiste en que el mundo psíquico, por faltarle la tangibilidad del mundo físico y por contener a la vez los actos de la conceptualización, fácilmente se confunde con la conceptualización misma. Pero de análoga manera a que una mesa es un objeto muy diferente del concepto de mesa, lo es un imperativo de una norma. Mediante el concepto general o individual de mesa pensamos el objeto «mesa». A través de la norma pensamos el imperativo. Bien es verdad que la mesa, como tal, carece de realidad psíquica, mientras que el imperativo constituye un acto volitivo; pero no lo es menos que esta diferencia en la estructura óptica de los objetos no afecta a la identidad que existe respecto a la relación entre objeto y concepto.

5) CONCEPCIÓN CONDUCTISTA DEL DERECHO

A la concepción ordenancista se opone la tesis conductista del Derecho.

a) ESCUELA EGOLÓGICA.—Encontramos su expresión más vigorosa en la Escuela egológica de Cossio, según la cual el Derecho, captado lógicamente por medio de un juicio disyuntivo, es conducta humana en su interferencia intersubjetiva. La Moral, en cambio, está en la interferencia subjetiva. «La interferencia es subjetiva cuando al hacer se opone el omitir, y es intersubjetiva cuando al hacer se opone el impedir. Ambas interferencias son posibilidades categoriales del obrar, es decir, categorías ópticas o del objeto, de manera que cualquier acción las contiene y cualquier acción puede ser referida a una y otra (Cossio, *La teoría egológica del Derecho*, pág. 129). «La interferencia subjetiva está en el origen mismo de la acción, de modo que ésta se realiza ya interferida por las omisiones, y por eso su referencia a la realidad sólo puede ser una referencia hacia adelante en el sentido del tiempo. La interferencia intersubjetiva, en cambio, está a mitad de camino de la realización de conducta posible (de ahí la exterioridad jurídica por que toda realización es fenoménica), y por eso la referencia que esta interferencia contiene respecto de la conducta es hacia atrás y hacia adelante en el sentido del tiempo, lo que repercute sobre la estructura disyuntiva de la norma jurídica, que encuentra en esto su fundamento óptico» (Cossio, loc. cit., pági-

na 128). La diferenciación entre Moral y Derecho, ideada por el iusfilósofo Del Vecchio y adoptada por Cossio, constituye —de paso lo sea dicho— un ejemplo excelente de la novedad relativa que una tesis puede alcanzar en las Ciencias sociales. En efecto: como la interferencia subjetiva se hace entre conductas posibles y la intersubjetiva entre conductas reales, la diferenciación delvecchiana recuerda la tradicional que asigna a la Moral como ámbito de aplicación el interior del hombre, mientras que atribuye al Derecho la reglamentación de las relaciones humanas exteriores. Por el otro lado, el enfoque de Del Vecchio es más exacto y satisfactorio que el tradicional. Toda conducta realiza, positiva o negativamente, y con cuantificación diversa, los valores de orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia. La Teoría egológica excluye acertadamente las normas de la esfera del Derecho, puesto que entre norma y conducta hay la relación de concepto y objeto (Cossio, loc. cit., pág. 265).

Pero como ya tuvimos ocasión de observar, tal doctrina permite que el concepto lógico de norma absorba la realidad de los imperativos, con lo cual, al sustraer también a los imperativos del campo de acción del Derecho, lo deja incompleto y paralizado, puesto que precisamente los imperativos constituyen la fuerza motriz dentro del Derecho. Los egológicos evitan resultados inaceptables, porque introducen los imperativos en la conducta bajo el manto de los valores, amén que también los imperativos palpitan en el concepto egológico de la norma. Así Cossio llega a decir: «Sin recurrir a dichos ideales reales o efectivos no podría encontrar ni *crear* la conducta mencionada en las normas, y *ni siquiera comprender las normas*» (Cossio, loc. cit., pág. 267) (la letra cursiva procede de nosotros).

b) CONCEPCIÓN PROPIA.—El Derecho es realmente conducta en su interferencia intersubjetiva. Pero una parte importantísima de esta conducta es la emisión de imperativos (10). Derecho es la conducta directiva en y para nuestra comunidad social. Todos los que vivimos en una comunidad somos arquitectos de su Derecho como orden vivo de la misma. Todos realizamos conductas directivas de diversas clases, prescribiendo ejemplos (como legislador, funcio-

(10) La inclusión de la tesis imperativista en la doctrina ordenancista se basa en el hecho de que los partidarios de la primera no consideran el imperativo como conducta humana que es, sino como figura lógica que no es.

nario, patrono, padre, marido, etc.) o dándolos, sea mediante la obediencia a los ejemplos prescritos, sea mediante una actuación autónoma. A toda conducta jurídica, es inherente el valor de «dirección». Ello quiere decir que una conducta directiva se inordina como mera pieza en un programa entero de ordenación social. El valor de dirección es equivalente al de orden y seguridad, pero mientras que los últimos términos indican el resultado, el primero conota el camino. El carácter directivo de la conducta jurídica la distingue de la conducta arbitraria que ni prescribe ni da ejemplo, así como de las meras usanzas y costumbres sociales que no se integran mutuamente en un programa entero de ordenación social. La posibilidad del Derecho internacional coincide con la de una comunidad internacional. El Derecho se distingue de la Moral por su fin. El fin del Derecho es la creación de esferas particulares de competencia: dar a cada uno algo para que sea lo suyo. He aquí la función atributiva del Derecho. La Moral, en cambio, si bien supone el Derecho, tiende hacia la unión de todas las esferas en virtud del amor. *El Derecho separa; la Moral, une.* Por ello la copropiedad es al Derecho sospechosa; a la Moral, querida. El Derecho intenta impedir el entuerto y, en su caso, reprimirlo. El entuerto es, pues, jurídicamente, relevante: temático para los imperativos y ocasión de otras conductas directivas. Pero el entuerto no es Derecho, sino que es su oposición. Tampoco es Derecho lo lícito, aunque sí lo es el respeto de lo lícito. El reconocimiento de una esfera de indiferencia para el Derecho es de gran importancia, y su extensión nos da el grado de liberalismo que un Derecho positivo posee. A diferencia del entuerto, lo lícito no es opuesto, sino compatible con el Derecho.

6) CONCILIACIÓN DE AMBAS TESIS (4 Y 5)

Volvamos a hacernos presente la lucha contra la concepción ordenancista y la tesis conductista del Derecho. Para los ordenancistas el Derecho es un ente pensado: imperativo o norma; para los conductistas lo es un ente real: conducta humana intersubjetiva. No es difícil ver después del largo camino que llevamos recorrido que la polémica no es tan radical como a primera vista aparecía.

La tesis conductista se acerca a la ordenancista al considerar la emisión de imperativos como conducta y al interpretar las nor-

mas como los conceptos a través de los cuales visualizamos las conductas jurídicas. La tesis ordenancista se acercará a la conductista si acepta que el objeto de las normas es la conducta humana. Realmente, ello es difícil de negar, y Cossio ha probado la existencia de tal referencia en la obra de Kelsen (*La teoría egológica...*, páginas 151 y sigs.). Kelsen admite que el objeto de la norma es la conducta.

La única diferencia gira actualmente en torno de la pregunta de si lo jurídico se desprende íntegramente de la conducta en su interferencia intersubjetiva sin tenerse que recurrir a la norma, o si la norma preside desde el principio la captación ya de la conducta (véase, sobre esta discusión, Cossio, en «La Ley» del 31 de diciembre de 1948). Pero esta discusión no afecta ya a la conclusión de que el Derecho comprende la conducta social.

7) EPILOGO

No pudimos dar una definición del Derecho conforme nos advirtió Kant desde el principio. Nuestra exposición del concepto del Derecho tampoco pudo ser completa. Esperemos que los manes del gran filósofo de Königsberg, al menos, nos consuelen y nos aseguren que nuestra exposición es insuficiente, no obstante tenga su utilidad en vista de los elementos acertados que contiene.

WERNER GOLDSCHMIDT

