

LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

por Leandro AZUARA PÉREZ

Profesor de la Facultad de Derecho
de la UNAM

El problema consistente en determinar los conceptos jurídicos fundamentales reside en el método que se ha de emplear para descubrirlos. Algunas direcciones de la filosofía jurídica han considerado que el método adecuado para descubrir dichos conceptos jurídicos fundamentales es el método empírico, según el cual hay que proceder reduciendo el fenómeno jurídico a una serie de constantes de carácter general a través de un proceso consistente en eliminar lo accidental y contingente y en unificar y describir lo uniforme.

Para otras direcciones de la filosofía del derecho, los conceptos jurídicos fundamentales constituyen conceptos *a priori*, es decir, nociones que tienen una validez universal y necesaria.

Para las direcciones filosófico jurídicas que se inspiran en el neokantismo, los conceptos jurídicos fundamentales son categorías jurídicas, es decir, condiciones de posibilidad del conocimiento del derecho. La teoría de la ciencia jurídica es para estas direcciones de la filosofía del derecho una teoría del conocimiento jurídico. Las condiciones de posibilidad de dicho conocimiento, que son las categorías jurídicas, integran las condiciones de posibilidad del derecho considerado como objeto o problema de la teoría jurídica.

Para las corrientes de la filosofía del derecho inspiradas en la filosofía fenomenológica de Husserl, los conceptos jurídicos fundamentales son esencias formales susceptibles de ser captadas mediante una institución de carácter esencial, la cual se denomina frecuentemente intuición de las esencias.

En primer término nos vamos a ocupar de exponer aquella corriente inspirada en la filosofía positivista, que se encamina a descubrir los conceptos jurídicos fundamentales por medio de la observación empírica de los diversos derechos positivos históricos.

La influencia del positivismo en la ciencia jurídica

Con el desarrollo de las ciencias naturales, y sobre todo privando

una indistinción entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, se aplicaron expresiones terminológicas naturalistas a la ciencia jurídica, tales como "anatomía jurídica", "biología jurídica", "fisiología legal", etcétera, las cuales no eran tomadas sólo como expresiones figuradas, sino que pretendían tener plena justificación en el campo al cual habían sido trasladadas, así nos lo enseña con su acostumbrada precisión el maestro Luis Recaséns Siches:

De otro lado el prurito de tomar como paradigma las ciencias biológicas y físicas, para las ciencias sociales, había plagado las disciplinas jurídicas de una peregrina danza de expresiones pintorescas: "anatomía jurídica", "fisiología legal", "el derecho es la ley de gravedad de la vida social", etcétera, las cuales no eran empleadas en sentido metafórico, sino que querían ser tomadas *sensu stricto*.¹

Indudablemente que la reacción contra esta tendencia positivista surgió dentro del propio positivismo. Es en el movimiento positivista de la teoría general del derecho en donde encontramos elementos para poder hablar justificadamente de la superación de referencia, en la medida en que dicho movimiento se encamina a la formulación de los conceptos jurídicos fundamentales.

Fue Adolfo Merkel quien se propuso la empresa de formular una doctrina unitaria de los conceptos jurídicos fundamentales. La situación en que se encontraba el eminente filósofo del derecho mencionado era ya de suyo algo que estaba encuadrado dentro del positivismo jurídico.

El proceso que ulteriormente desembocará en el movimiento de la teoría general del derecho se inicia con la sustitución del método histórico por aquella consideración sistemática encaminada a la comprensión y a la aplicación del derecho vigente.

La idea fundamental consistente en que el objeto propio de la ciencia jurídica está constituido por el derecho actual y vigente hace que al lado del derecho privado, que había sido para los pandectistas el núcleo fundamental de los diversos sistemas jurídicos, empiecen a perfilarse como disciplinas con carácter propio e independiente las restantes ramas del derecho, en relación con cada una de las cuales se crea también una serie de conceptos jurídicos fundamentales, que permiten que se constituyan como un todo independiente y autónomo. El resultado de este procedimiento desembocó en una disociación del campo de la ciencia del derecho, en una serie de ciencias de carácter particular que actúan unas en relación con las otras como si se encontrasen frente a mundos distintos. Las diversas disciplinas tales como el derecho civil, el derecho procesal, el derecho penal, se dividen en una parte especial,

¹ LUIS RECASÉNS SICHES. *Los temas de la filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*. Editorial Bosh. Barcelona, 1934, p. 9.

la cual está dedicada al derecho vigente en su respectiva esfera, y una parte general integrada por una serie de conceptos que habrían de servir de fundamento y daban conexión a la parte especial. Ahora bien, es conveniente advertir que estas partes generales vienen a constituir de acuerdo con la dirección que se analiza, el armazón lógico de una determinada parte o sector del derecho positivo. La suma de las diversas partes generales integra el conjunto de los conceptos jurídicos fundamentales que es lo último que se puede saber en torno al conocimiento del derecho.

La teoría general del Derecho

Esta situación es el punto de partida de la llamada "Teoría general del Derecho". Lo que A. Merkel, G. Rümelin, K. Bergbohm, R. Wallaschek, P. Eltzbacher y otros juristas afines pretenden es extraer las últimas consecuencias del método y de los supuestos que habían llevado a formular las "partes generales" de las diversas disciplinas jurídicas; es decir, ascender un grado más en el proceso inductivo y generalizador y llegar así a una "parte general", no de esta o la otra disciplina, sino de la ciencia del Derecho en su totalidad.²

La vía para arribar a la llamada parte general de la ciencia del derecho estaba constituida por el método empírico, esto es, se lograba descubrir los conceptos jurídicos fundamentales mediante la agrupación de las notas o características constantes obtenidas merced a la observación de los fenómenos jurídicos.

En cierto sentido la parte general de la ciencia jurídica no se encuentra dentro de ésta, en virtud de que está integrada por el conjunto de sus presupuestos. En dicha parte general están contenidas las nociones fundamentales que se refieren a toda ocupación científica del derecho, y en este sentido se puede afirmar válidamente que una teoría de la ciencia jurídica, no es estrictamente hablando una ciencia, sino filosofía del derecho:

No sólo toda la filosofía del derecho, sino, además, la única filosofía del derecho que hay en absoluto.³

Es conveniente percatarse de que Radbruch, indudablemente influido por esta concepción de la teoría general del derecho, entendida como una teoría de la ciencia jurídica, y como la única y genuina filosofía

² Felipe GONZÁLEZ VICEN. *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, pp. 19 y 20.

³ R. WALLASCHEK. *Studien Zur Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1889 p. 109, citado por Felipe GONZÁLEZ VICEN en su libro *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, p. 21.

del derecho, llegó a considerar que el positivismo jurídico conduce necesariamente a la sustitución de la filosofía del derecho por una teoría general del derecho, y consecuentemente a la desaparición de aquélla. Quien ha visto con toda claridad, a nuestro juicio, la errónea consideración de Radbruch, ha sido Hans Kelsen, quien respecto a la cuestión que nos ocupa expresa:

El positivismo jurídico no conduce, como piensa Radbruch, a la sustitución de la filosofía del derecho por una teoría general del derecho y a una consecuente "eutanasia de la filosofía del derecho", sino a una división del trabajo. La teoría general del derecho tiene por misión la descripción del derecho positivo tal como es sin hacer ninguna valoración de él, esto es, una descripción de lo que es y no de lo que debe ser; a ella le corresponde, además, la definición de los conceptos indispensables para aquella descripción. La teoría general del derecho es ciega al valor, no obstante la injusta apreciación que de esta fórmula hace Radbruch, pues así debe ser, dada su categoría de ciencia. La norma jurídica constituye, al igual que todas las normas que prescriben una conducta como un deber ser, el valor jurídico específico. Los juicios respecto a si una conducta es conforme o contraria al derecho, son juicios de valor. Pero en la medida en que la teoría general del derecho determina el valor constitutivo de la función de las normas jurídicas, no hace juicios de valor sobre esta función. Una valoración de esa especie, esto es, la respuesta a la pregunta acerca de cómo debe ser el derecho, qué es lo recto y cuál es el derecho justo, está reservada a la filosofía, la cual, mediante los juicios respectivos, realiza una función de política jurídica, en cuya actividad y puesto que son muchos los ideales de justicia, puede llegar a diversos resultados.⁴

En nuestro concepto es errónea la concepción sostenida tanto por Adolfo Merkel como por Karl Bergbohm, según la cual se pretende que la teoría general del derecho se identifique con la filosofía del derecho, ya que es preciso distinguir el concepto del derecho, y los conceptos jurídicos fundamentales de la axiología jurídica o doctrina acerca de los valores que deben inspirar la creación del derecho. Uno es el problema relativo al conocimiento jurídico, y otro, es el que se refiere a la creación normativa ya sea a nivel de normas generales o en el grado de normas individualizadas. La política jurídica se encamina a señalar las directrices que sirven de inspiración a la creación normativa. Ahora bien, indudablemente que no existe una política jurídica constituida siempre por las mismas directrices e integrada por los mismos contenidos valorativos, por lo cual se puede concluir que dicha disciplina puede llegar a resultados diferentes y frecuentemente contradictorios.

⁴ HANS KELSEN. *Qué es el Positivismo Jurídico*. "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. XVI. enero-marzo, 1966, núm. 61, p. 143.

La corriente de la teoría general del derecho, consideraba que los conceptos jurídicos fundamentales no se abstraían de la ciencia del derecho entendida in abstracto, sino de la ciencia de un derecho positivo histórico, y, consecuentemente, determinado de manera concreta. Indudablemente que una limitación de la dirección que se analiza es aquella según la cual los conceptos fundamentales que se inducen de la dogmática de un derecho positivo concreto, lógicamente sólo tienen valor para ese derecho, y entonces la filosofía jurídica identificada con la teoría general del derecho, viene a ser, estrictamente hablando, la abstracción formalista de la ciencia del derecho nacional de que se trate.

La Doctrina de los Conceptos Jurídicos Fundamentales

Fue la conciencia de esta limitación, por una parte, y por la otra, la necesidad de superarla lo que constituyó el punto de partida de la doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales. Es conveniente precisar que tanto para los representantes de la teoría general del derecho como para los exponentes de la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales la filosofía del derecho es en esencia un conjunto sistemático de conceptos jurídicos supremos. Sin embargo, es preciso señalar que la manera de entender dichos conceptos y el conocimiento de sus relaciones con la experiencia jurídica es diverso para las dos corrientes del pensamiento filosófico jurídico de referencia.

Los conceptos que integraban el contenido de la teoría general del derecho se inducían de una ciencia dogmática jurídica nacional, y estaban en conexión con los preceptos jurídicos de carácter singular. Dichos conceptos jurídicos fundamentales eran más generales, más comprensivos; sin embargo se encontraban en una misma línea que los conceptos inferiores de carácter concreto; y tanto unos conceptos como otros formaban un sistema continuo, en el cual cada uno de los miembros de la serie se diferenciaba de los demás sólo por la mayor o menor generalidad de su contenido.

Por el contrario, en la doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales, éstos son nociones de carácter formal que se hallan en la base de todo derecho posible, y constituyen el fundamento teórico de éste. Para la doctrina que se analiza el derecho aparece, a diferencia de la manera de entenderlo de la teoría general del derecho, como un sistema normativo de carácter abstracto. Así entendido el derecho posee una estructura permanente, en la base de ésta se encuentran los conceptos jurídicos fundamentales. La formulación de estos conceptos es la tarea específica de la filosofía del derecho.

Tanto la teoría general del derecho como la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales identificaron la filosofía del derecho con una manera peculiar de entender los conceptos jurídicos fundamentales.

La Escuela Analítica Inglesa

Fue el jurista inglés John Austin quien sostuvo por primera vez la idea de que la filosofía del derecho debe concebir el orden jurídico como un sistema que se encuentra provisto de una estructura formal inmanente.

Austin estudió en las universidades alemanas en la primera mitad del siglo XIX, y entró en contacto con los representantes de la escuela histórica del derecho, entre los cuales estaba el propio Savigny, y desarrolló su pensamiento bajo la influencia de la escuela mencionada. De los más distinguidos miembros de la escuela histórica del derecho toma Austin su concepción racional y sistemática del derecho, así como el método que procede por medio de la abstracción y la idea de una jurisprudencia general entendida como una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales.

Tanto Austin como la escuela analítica se encuentran insertos dentro de una concepción positivista del derecho. La característica fundamental de éste consiste en que integra un modo abstracto de regulación. En este sentido, se puede afirmar válidamente que el derecho se identifica con la ley, esto es que obliga, hablando en general, a acciones u omisiones de una determinada clase, lo cual permite diferenciarlo de otras reglas de conducta que son imperativos ocasionales que imponen acciones u omisiones determinadas en forma concreta.

Por otra parte, esta característica de la ley jurídica no es algo peculiar al derecho, sino una forma normativa que es algo común tanto a las normas jurídicas como a las reglas del trato social. Para poder distinguir el derecho de estas últimas formas normativas es conveniente recurrir a la fuente de donde surge el propio derecho y a su fundamento de validez. Toda regla de conducta humana tiene que proceder de un sujeto jerárquicamente superior al destinatario de la misma, pero sólo cuando el superior tiene carácter político puede hablarse válidamente de derecho. Por lo que toca a los usos sociales, su fuerza obligatoria se encuentra fundamentada en la opinión. El derecho para serlo ha de originarse siempre en el poder político. El derecho positivo se origina en una persona soberana o en una corporación dotada de soberanía y es impuesto al o a los miembros de la sociedad política dentro de la cual tanto la persona como la corporación tienen un carácter soberano. Y si surge de otra fuente es derecho positivo sólo por la sanción que aquel soberano adscribe al propio derecho en su calidad de superior político. Aquí podemos advertir con toda claridad que la sanción para la escuela analítica inglesa es una característica esencial del derecho.

Sólo el derecho positivo es para Austin y para la escuela analítica el objeto o materia de la jurisprudencia o ciencia jurídica. Ese derecho no tiene un carácter ideal, no postula lo que debe ser, sino es el dere-

cho tal y como históricamente se presenta, en otras palabras, es el derecho creado en una comunidad política autónoma por la autoridad, expresa o tácita de su soberano o bien de un gobierno supremo. Por otra parte, cabe decir que el derecho en la medida en que es objeto de la ciencia jurídica es susceptible de ser estudiado desde dos puntos de vista, a saber: en su contenido o en su estructura formal. Cuando se estudia el derecho desde el punto de vista de su contenido se encuentra uno en presencia de la jurisprudencia particular, la cual tiene como tarea la exposición del derecho tal y como se presenta en una comunidad históricamente determinada; dicha ciencia analiza lo que el derecho tiene de particular, y, en consecuencia, lo que permite distinguirlo de los demás derechos positivos que se dan en la historia. La segunda consideración o enfoque, constituye la materia de una rama específica de la ciencia jurídica, que el propio Austin denomina jurisprudencia general o filosofía del derecho positivo. Aquí advertimos con toda claridad que se presenta una identificación entre la doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales y la filosofía del derecho positivo, con lo cual se limita el marco de referencia de la filosofía jurídica, y no hay lugar dentro de la concepción que estamos analizando para una axiología jurídica o política del derecho, entendida como una parte de la filosofía del derecho encargada de formular la doctrina del derecho, en el sentido del deber ser ideal y no como una teoría puramente empirista del derecho encargada de describir un orden jurídico histórico a través de lo instrumental metodológico integrado por los conceptos jurídicos fundamentales. En efecto, para Austin el derecho no sólo se integra por un conjunto de proposiciones que son portadoras de un determinado contenido, sino que en el propio derecho se encuentran conceptos que le son propios en tanto que tal, que no son privativos de uno o de múltiples órdenes jurídicos, sino que se encuentran en todos los sistemas jurídicos, desde los rudimentarios de las sociedades antiguas hasta los más complejos y desarrollados de las comunidades que han alcanzado un alto grado de civilización. En última instancia, se trata de principios de carácter fundamental, en virtud de que no podemos concebir de manera coherente un determinante sistema de derecho sin suponerlos como partes integrantes de él. Este programa de Austin y de la escuela analítica se encamina a encontrar los conceptos invariantes que se encuentran en todo derecho positivo histórico, y desde nuestro punto de vista estamos en presencia de un esfuerzo que se dirige, desde el estrecho marco del enfoque positivista del derecho, a encontrar los conceptos, que según Austin son relativamente pocos, que se hallan en todo derecho real o posible; es un esfuerzo que se encamina a encontrar lo permanente que se encuentra allende lo mudable y lo transitorio en el mundo de lo jurídico.

Aun cuando, como hemos visto, la jurisprudencia analítica indaga las

nociones que constituyen el fundamento de la gran variedad existente de las disposiciones jurídicas; no obstante, que la ciencia de referencia analiza el conjunto de conceptos que expresan la estructura formal del derecho, para Austin no se trata de una ciencia que proceda *a priori*, es decir, con independencia del material empírico. La jurisprudencia analítica es una ciencia empírica, y, en consecuencia, *a posteriori*, ya que obtiene sus conceptos por el análisis de la experiencia jurídica.

Ahora bien, el concepto de experiencia jurídica experimenta, a partir de Austin, un proceso de creciente formalización. El autor mencionado había sostenido que las nociones jurídicas fundamentales habrían de obtenerse mediante la observación y la confrontación de los diversos derechos positivos históricos, y ello hizo que a la jurisprudencia analítica o jurisprudencia general la denominara jurisprudencia comparativa.

Como Austin se encontraba influido por la dirección positivista en sentido metodológico, no llegó a precisar con toda claridad la diferencia existente entre las definiciones jurídicas y las definiciones sociológicas, un ejemplo muy claro que revela la falta de la distinción mencionada, es aquel que se desprende de la definición que Austin ofrece de deber jurídico como la probabilidad de sufrir el daño contenido en la sanción, y al respecto expresa:

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.⁵

Esta falta de distinción entre el método jurídico y el sociológico, o sea, entre la consideración que se dirige al deber ser y la que se dirige al ser, se explica en función de las estrechas limitaciones metodológicas que se encuentran dentro del positivismo sostenido por Austin. Sólo si se entiende al deber ser y al ser como categorías últimas del pensar y del conocer, que desde el punto de vista de una teoría general del derecho son irreductibles entre sí, se estará en condición de distinguir con toda pulcritud metodológica entre las definiciones jurídicas y las sociológicas.

Dentro de la corriente que se analiza, o sea, la de la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales encontramos a dos juristas y filósofos

⁵ John AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, V Edición, 1885, citado por Hans KELSEN en la p. 179 de la *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducida del inglés por Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. Imprenta Universitaria. México, 1949.

del derecho de gran jerarquía intelectual, que son Ernesto Bierling y Félix Somló.

Aquí solamente nos vamos a ocupar del pensamiento de Somló, ya que nuestra finalidad es tomar a determinados autores como prototipos representativos de la doctrina o teoría que pretendemos analizar.

El pensamiento de Félix Somló, en relación con los conceptos jurídicos fundamentales

Para Somló, en toda representación de una norma jurídica, el jurista utiliza dos clases de conceptos jurídicos, a saber: unos que se refieren al contenido de la norma y que se encuentran determinados por un legislador histórico, y otros, de los que hay que servirse necesariamente, en virtud de que constituyen los presupuestos de toda norma jurídica en cuanto tal. A los primeros Somló los denomina conceptos jurídicos de contenido, y a los segundos conceptos jurídicos fundamentales. La distinción de referencia, presupone la diferencia entre materia y forma de la norma de derecho, esto es, entre aquello que forma parte de la norma como un ingrediente singular y concreto de la misma, y aquello que tienen de común todas las normas jurídicas reales o posibles.

Para Somló el pensamiento jurídico se escinde en dos tipos de ciencia, la ciencia de los contenidos de las normas jurídicas y la ciencia de la forma del derecho. La segunda de estas ciencias constituye el supuesto lógico de la primera, su fundamento, en virtud de que al exponer un contenido jurídico de carácter concreto, cualquiera que sea, se presupone el conocimiento de lo que es en absoluto todo contenido jurídico. Esta ciencia formal prescinde de manera consciente de todo contenido que se ofrezca en las normas jurídicas, y se encamina a precisar lo que es una norma jurídica considerada en sí misma, y lo que puede predicarse en general de las normas jurídicas concretas. A la ciencia que realiza tal tarea Somló la denomina: teoría jurídica fundamental. El objeto de esta ciencia son los conceptos jurídicos fundamentales, esto es: "los conceptos dados ya con la clase de norma llamada Derecho... y que se presentan a toda jurisprudencia como condición de su posibilidad", aquellos conceptos "de los que hay que servirse necesariamente o hay que presuponer para la expresión de una norma jurídica".⁶

Somló precisó con toda claridad que los conceptos jurídicos fundamentales no podían ser obtenidos, ni menos aún fundamentados, sin ir más allá de los límites del método jurídico estrictamente hablando. Siempre que se piensa en un derecho positivo concreto, afirma Somló, se presuponen esos conceptos, que eventualmente se pretenden definir, e indudablemente, si se parte de esta hipótesis se incurre en una contra-

⁶ Félix SOMLÓ. *Juristische Grundlehre*. Leipzig, 1927, pp. 1-2, 26-27, citado por Felipe GONZÁLEZ VICEN en *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, p. 34

dicción de carácter lógico si se pretende descubrirlos mediante el análisis y la inducción a partir de contenidos jurídicos de carácter concreto. Si los conceptos de referencia constituyen una condición de posibilidad del pensamiento jurídico, entonces han de ser fundamentados más allá de la ciencia del derecho positivo. Ésta no puede estar en condiciones de crear el sistema de sus propios presupuestos. La disciplina que se ocupa de la formulación de los conceptos jurídicos fundamentales, ha de ser una disciplina que esté más allá del pensamiento jurídico, en realidad se trata, en Somló, de una metajurisprudencia.

El carácter metajurídico de la teoría jurídica fundamental, no implica que esta última no tenga relación con la ciencia del derecho en sentido de ciencia dogmática de éste. Toda investigación que se limite al ámbito de la técnica jurídica trasciende la problemática planteada por la teoría fundamental del derecho, pero las cuestiones que carecen de solución con los métodos de la jurisprudencia técnica han de presuponer la metajurisprudencia a la cual alude Somló. La naturaleza de esta prejurisprudencia, alude al problema relativo a la fundamentación del pensar jurídico. Somló se enfrasca en el problema que plantea todo empirismo, a saber: ¿Se está en condiciones de inducir de una realidad dada las condiciones de la posibilidad de ella misma en cuanto a objeto del conocimiento? Este problema se encuentra en los orígenes de la dirección neokantiana de la filosofía del derecho, la cual lo resolvió a partir de la crítica del conocimiento jurídico. Al respecto, expresa González Vicen:

Somló, empero, preso en sus supuestos gnoseológicos, intenta escapar al círculo vicioso, no por un *a priori* lógico, sino por un *a priori* empírico del conocimiento jurídico, desplazando el proceso inductivo a una esfera de la realidad "anterior" a la esfera del Derecho. Esta realidad "anterior" es el mundo de los hechos sociales. En este sentido denomina Somló a la "teoría jurídica fundamental" una "metajurisprudencia": por el material sobre el que tiene lugar la observación, porque la inducción no tiene lugar en ella partiendo de contenidos jurídicos, sino de hechos sociales, de aquel complejo de acciones y reacciones en que el Derecho "se hace real" en la convivencia humana. Por ello dice también que "la teoría jurídica fundamental no es en absoluto una ciencia normativa, sino una ciencia del ser", una "teoría social del Derecho".⁷

El concepto del derecho es el concepto fundamental de la teoría jurídica general, entendida como una teoría social del derecho, dentro de él están contenidos los demás conceptos fundamentales, y sobre su base se construye como tal la dogmática del derecho en sus diversas ramas. La historia del derecho, la jurisprudencia, la política del derecho, son cien-

⁷ Felipe GONZÁLEZ VICEN, *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, pp. 36 y 37.

cias que dan por supuesto el concepto del derecho. Consecuentemente, la ciencia que se haga problema de la formulación del concepto del derecho no podrá ser, en manera alguna, una parte determinada de la dogmática jurídica, sino una ciencia que abandone el campo de lo jurídico y se traslade a una esfera superior a dicho campo. En el sentido de referencia, o sea, en la significación metodológica de que no es posible inducir de los contenidos jurídicos históricamente dados qué es el derecho, afirma Somló que el concepto del derecho no es un concepto de carácter jurídico en sentido estricto. El propósito de la teoría jurídica fundamental consiste en encontrar lo que el derecho es en realidad, no lo que determinadas normas que varían constantemente designan como derecho.

La prueba que puede darse, o mejor dicho, construirse, en relación sobre el derecho a partir de esta esfera que se encuentra en un grado jerárquico superior al campo jurídico es, afirma Somló, que el derecho viene a ser una norma de carácter volitivo, esto es, que la norma jurídica no deriva su carácter obligatorio de una supuesta evidencia de su contenido, como en el caso de las llamadas normas absolutas, sino en el hecho de que está impuesta por una voluntad. Sin embargo, con esto no queda determinada de manera satisfactoria la noción del derecho, en virtud de que el concepto de norma volitiva comprende un conjunto de normas de conducta tales como los usos sociales o reglas del trato social. Afirma Somló que dentro del curso de una investigación sistemática se aclara que la esencia del derecho consiste en que tiene un origen peculiar. El derecho es una norma que procede o se origina en una fuente que tiene una naturaleza específica.

Ahora bien la fuente específica en donde se origina el derecho la denomina Somló: poder supremo de la sociedad. Tres características esenciales se encuentran implícitas dentro del concepto de referencia. En primer lugar se trata de un poder que hace que se cumplan ordinariamente sus exigencias, y que hace que se cumplan en mayor grado que cualquier otro poder dentro de la sociedad. En segundo término es un poder cuyas disposiciones abarcan desde el punto de vista normativo un gran número de situaciones vitales: si se tratara de un poder que solamente dirigiera un número pequeño de normas a los que se encuentran sometidos a él, no tendría el carácter de jurídico, aun cuando pudiera imponer el cumplimiento de las propias normas, de acuerdo con las características expuestas. Por último, el poder supremo tiene un carácter estable. Resumiendo las características mencionadas Somló llega a la siguiente definición del derecho: "Llamamos derecho a las normas de un poder supremo, constante, comprensivo y que se impone de ordinario."⁸

⁸ Félix SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, p. 270, citado por Felipe GONZÁLEZ VICEN en *El positivismo en la filosofía del Derecho contemporáneo*, p. 39.

El concepto del derecho de Somló es una descripción tanto de hechos concretos como de procesos reales reunidos y que se subliman o elevan bajo la forma de un concepto de carácter universal. Ahora bien, el problema que se plantea dentro del pensamiento de Somló consiste en la fundamentación del tránsito de lo singular a lo general. Esta misma cuestión se puede formular diciendo que, cómo se puede predicar o afirmar que el concepto del derecho es válido para toda experiencia posible, si el mismo se ha obtenido inductivamente por la observación de una experiencia de carácter concreto y determinado. Este problema se encuentra presente en todos aquellos intentos que intentan inducir el concepto del derecho de manera causal.

Por otra parte, cabe decir que la teoría jurídica fundamental de Somló pretende fundamentar el deber ser en el ser, ya que el concepto del derecho se induce de la experiencia social, y sirve de fundamento a la dogmática jurídica. Además, Somló parte en su determinación del concepto de derecho de una teoría imperativista de la norma, o sea, que ésta consiste en un mandato u orden, que asume, tratándose del mandato jurídico, determinadas características que han quedado asentadas anteriormente. La teoría imperativista de la norma confunde el acto de ordenar con el contenido de lo ordenado; y en este sentido, ignora que la significación normativa se desprende de un contenido específico y no del acto de voluntad en virtud del cual se ordena la ejecución de un contenido determinado.

Los conceptos jurídicos fundamentales en el pensamiento de Rodolfo Stammler

El propósito de Stammler es dar a la Jurisprudencia un carácter rigurosamente científico, pero para esto es necesario encontrar un principio por el cual podamos dominar extensamente al Derecho positivo, ya que, "la ciencia consiste en la armonización de las manifestaciones todas de nuestra vida espiritual, con arreglo a un principio que las reduzca a unidad de un modo incondicionado".⁹

Los conceptos jurídicos fundamentales los habremos de obtener examinando críticamente las notas cuya síntesis unitaria, integra el concepto del derecho.

Para la determinación de los conceptos jurídicos fundamentales, lo esencial es ver si es posible llegar a reducir a unidad una materia concreta de derecho; no basta para ello el análisis de sus elementos concretos.

Por otra parte, es indudable que para llevar a feliz término esta investigación es necesario dominar extensamente el Derecho positivo:

⁹ Rodolfo STAMMLER. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción de la Segunda edición alemana por W. ROCES. Primera Edición, p. 70.

sería absurda la sola pretensión de llegar a conclusión sobre esto "fuera de la experiencia".¹⁰ Los conceptos jurídicos fundamentales nos permiten hacer de la Jurisprudencia una auténtica ciencia, ya que por medio de ellos podemos concebir desde un punto de vista unitario el material desordenado y múltiple integrado por las normas de derecho constitutivas de cualquier ordenamiento jurídico, su importancia la expresa Stammler en estos términos: "La importancia de los conceptos jurídicos fundamentales está en que su conocimiento permite atribuir valor científico a la Jurisprudencia. Una elaboración científica del Derecho sólo puede consistir en reducir a una unidad absoluta de conceptos la materia tan diseminada y varia de las normas jurídicas históricas."¹¹

Stammler ha hecho una enumeración de las categorías jurídicas habiendo mostrado la relación dialéctica que media entre ellas. Como hemos visto los elementos que integran la definición del Derecho, son: la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable, a partir de esta definición se deducen los conceptos jurídicos fundamentales, los cuales según Stammler son:

1º Sujeto del Derecho: noción de un ser concebido como fin en sí según orden jurídico determinado; y en frente: objeto del derecho, tomando también en un caso concreto como simple medio para determinados fines.

2º Fundamento del Derecho: noción de la determinación jurídica de varias voluntades como medios entre sí; relación jurídica, hecho de hallarse determinadas aquellas voluntades.

3º Soberanía jurídica: noción de una voluntad jurídica que lleva en sí el fin de su propia determinación; sujeción al derecho; articulación armónica de varias voluntades jurídicamente vinculadas como medios al servicio de una voluntad vinculatoria.

4º Juridicidad: conformación de las voluntades vinculadas a la voluntad jurídica que las vincula; y antijuridicidad o contradicción entre aquéllas y ésta.¹²

Los principios jurídicos derivados

La combinación de los principios jurídicos fundamentales da lugar a los principios jurídicos derivados, que como aquéllos tienen la función de enlazar los conocimientos en la esfera de la Jurisprudencia, sólo que esta función enlazante es más especializada en los segundos que en los primeros; y en una especie de geometría del Derecho positivo, Stammler hace la deducción de los principios jurídicos derivados partiendo de los principios jurídicos fundamentales.

¹⁰ *Ibidem*, p. 291.

¹¹ *Ibidem*, p. 290.

¹² *Ibidem*, pp. 292 a 294.

Lo que hemos expuesto sobre Stammler constituye la materia de la filosofía jurídica; nos falta ver ahora en qué consiste la doctrina general del Derecho.

Ciencia jurídica y doctrina general del Derecho

A la Ciencia jurídica le importa descubrir el conjunto de nociones absolutas que condicionan el conocimiento de cualquier Derecho positivo. El primer problema que tiene que resolver la Ciencia jurídica es el del concepto del Derecho, para de aquí pasar al problema de la deducción de los conceptos jurídicos fundamentales y a la deducción de los conceptos jurídicos puros derivados que se obtienen de la combinación de aquéllos. Después de haber resuelto estos problemas filosófico jurídicos, veamos ahora qué se entiende por doctrina general del Derecho; "Por doctrina general del Derecho se entiende la exposición de aquellas instituciones jurídicas que no se presentan sólo en un punto de la Historia, sino que son comunes a diferentes pueblos y tienen un carácter de relativa generalidad, como ocurre, por ejemplo, con ciertos sistemas de organización de los Estados".¹³ Con el objeto de investigar cuáles sean las instituciones jurídicas se plantean determinados problemas concretos que se repiten en los distintos ordenamientos de Derecho.

Los problemas que se plantean pueden ser de alcance general. Por ejemplo, el que se refiere al matrimonio y a la familia en cuanto hay que regular las relaciones que existen entre los cónyuges y respecto de los hijos. El que se refiere a la reglamentación de la capacidad jurídica. El que se refiere a la propiedad, en tanto que es necesario decir la última palabra sobre la disposición de una cosa. Sólo los problemas tienen el carácter de generalidad; las soluciones que se den a ellos son diversas y sujetas a un cambio constante.

Con esto damos por terminada la exposición del pensamiento filosófico jurídico de Stammler en torno a los conceptos jurídicos fundamentales y los derivados, y a continuación nos ocuparemos de este tema en el pensamiento de Radbruch.

Los conceptos jurídicos fundamentales en el pensamiento de Gustavo Radbruch

Los conceptos jurídicos fundamentales se encuentran contenidos en el concepto del derecho, los cuales tienen un carácter *a priori*. El concepto del derecho de acuerdo con Radbruch es el siguiente:

Podemos resumir diciendo que la esencia de la ordenación jurídica reside en su doble naturaleza, a la par positiva y normativa, social y

¹³ *Ibidem*, p. 104.

general, y determinamos en este sentido al derecho como el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común.¹⁴

En la naturaleza normativa y positiva del derecho se originan, el concepto del presente jurídico y de sus elementos formativos. Puede afirmarse válidamente, *a priori*, que no puede existir ningún precepto jurídico que no regule una determinada conducta, en consecuencia que no contenga el objeto de su regulación, a saber, la situación de hecho y la consecuencia jurídica. Como el derecho es al mismo tiempo algo de carácter positivo y normativo, estas características se encuentran unidas al problema de las fuentes del derecho: no existe un derecho que no explique el origen de su carácter normativo. Del carácter normativo del derecho se origina una doble posibilidad, consistente en que se puede actuar de acuerdo con lo preceptuado por él o bien, en contra de su contenido, y con ello se da origen a los conceptos de juridicidad y de antijuridicidad. De la validez del derecho que se dirige a regular la vida de los hombres en común, se desprende que su contenido se encuentra integrado por relaciones jurídicas, que sirven de fundamento a sus elementos, que son: los deberes jurídicos y los derechos subjetivos. Por otra parte no puede pensarse en los deberes jurídicos y en los derechos subjetivos sin sujetos a los cuales se dirigen y sin objetos a los cuales se refieran.

Tanto el concepto de sujeto de derecho como el de objeto de derecho tienen un carácter *a priori*, es decir, son conceptos sin los cuales no puede pensarse un orden jurídico.

Para Radbruch el concepto del derecho desarrolla la plenitud de su carácter *a priori* solamente en la multiplicidad de los hechos jurídicos, y por ello no es posible enumerar los desarrollos de referencia, así como tampoco es posible enumerar los hechos en los cuales el concepto del derecho ha de aplicarse. De acuerdo con lo expuesto anteriormente se entiende con toda claridad que Radbruch no esté de acuerdo con el pensamiento de Stammler, formulado en el sentido de que es posible una tabla simétrica de todos los conceptos jurídicos fundamentales, de carácter *a priori*.

Los conceptos jurídicos fundamentales en el pensamiento de Hans Kelsen

I. *Norma jurídica y regla de derecho.* La ciencia jurídica tiene como tarea presentar el derecho de una comunidad, es decir, al material que es producido por el proceso legislativo, a través de juicios que establecen que si tales o cuales condiciones se dan, tal o cual sanción debe

¹⁴ GUSTAVO RADBRUCH. *Filosofía del Derecho*. Tercera Edición. Editorial *Revista de Derecho Privado*. Madrid, p. 49.

aplicarse. Esta clase de juicios por medio de los cuales la ciencia jurídica expresa el derecho, no se deben confundir con las normas creadas por la autoridad legislativa. A estos juicios es preferible llamarles reglas jurídicas, no normas. Las normas jurídicas dadas por la autoridad legislativa son prescriptivas; las reglas de Derecho que integran la ciencia jurídica son descriptivas.

II. *La sanción.* El concepto de norma jurídica así como el de regla de Derecho que sirve para describir el Derecho positivo, se les encierra en el concepto de regla jurídica; entonces se puede decir que éste es el concepto fundamental de la Jurisprudencia. Los otros conceptos jurídicos fundamentales son los de sanción, acto antijurídico, deber jurídico, derecho subjetivo, sujeto de derecho y orden jurídico.

La sanción es una medida correctiva establecida por el orden jurídico, con el objeto de provocar una conducta humana que el legislador considera benéfica para el grupo social. No entraré aquí en la naturaleza de la sanción penal ni en la de la civil; naturaleza que permite distinguir el Derecho penal del Derecho civil.

III. *El acto antijurídico.* La conducta que se considera como perjudicial a una sociedad y que según los propósitos del orden jurídico se debe evitar; constituye el acto antijurídico. Ahora bien, sólo se toman en cuenta por una teoría pura del derecho cuando se hallan expresados en el contenido del orden jurídico. De no ser así, el concepto de acto antijurídico no formaría parte de la ciencia jurídica. Desde el punto de vista anterior el acto antijurídico es la condición a la cual la norma jurídica enlaza una sanción. El acto antijurídico constituye un delito si se enlaza en él una sanción penal, y es una violación civil, si es la condición de la aplicación de una sanción civil.

Es un error considerar que cierta conducta humana tiene como consecuencia una sanción porque es antijurídica, sino por el contrario porque trae aparejada una sanción es antijurídica, con otros términos, no es el carácter antijurídico de una conducta humana lo que trae como consecuencia una sanción, sino la sanción es la que da el carácter de antijurídica a la conducta humana. Para la teoría pura del derecho el carácter antijurídico de un acto se lo confiere el hecho de que sea condición de la sanción. El acto antijurídico no lo es en sí mismo. Es un error distinguir como lo hacía la teoría penal tradicional, entre *mala in se* y *mala prohibita*; sólo existe esta última, la cual consiste en la conducta que en sí misma no es mala, sino que tiene este carácter sólo porque un ordenamiento jurídico positivo la prohíbe.

IV. *El deber jurídico.* El deber jurídico consiste en la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción que se dirige contra el infractor, o contra los individuos que guardan con él una relación jurídica determinada. Tener una obligación jurídica significa que la conducta contraria al contenido de ella es antijurídica, es decir,

constituye la condición de la sanción. Cumplir un deber jurídico es realizar la conducta contraria a la que constituye el supuesto de la sanción. Para que se entienda el concepto de deber jurídico con toda claridad, veamos cómo lo caracteriza Kelsen:

La existencia de un deber jurídico no es sino la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico. Éste no se concibe fuera de la norma jurídica. El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción. La conducta opuesta a aquella que como acto antijurídico es condición de la sanción, constituye el contenido del deber jurídico. Éste es el deber de abstenerse del acto antijurídico.¹⁵

El concepto de deber jurídico se distingue del de deber moral, porque en aquél no es la conducta que la norma jurídica exige, la conducta que se debe observar; y en este último es la conducta prescrita por la norma moral la que se debe realizar. El deber jurídico significa que se debe observar el comportamiento por el cual se evite la sanción. La conducta contraria a la que constituye la condición de la sanción es la única que se debe realizar. Según el deber moral se debe observar la conducta prescrita por la norma moral válida. Según el deber jurídico se debe observar la conducta contraria a la que constituye la condición de la sanción.

V. *Responsabilidad jurídica*. Es necesario distinguir entre deber jurídico y la responsabilidad jurídica en los casos en los que la sanción no recae, o no recae únicamente en el infractor, sino en individuos que están relacionados jurídicamente con él. El infractor es aquel que realiza una conducta que según el orden jurídico tiene el carácter de acto antijurídico, y constituye en consecuencia la condición de una sanción que se debe aplicar al autor de la infracción o a otros individuos que tienen con él una relación jurídica determinada. El sujeto del deber jurídico es el que puede cumplir o dejar de cumplir la norma de derecho. El responsable es el individuo o los individuos contra quienes se dirige la sanción, aun cuando su conducta no constituya la condición de la sanción, sino que ésta se les aplica en virtud de la relación jurídica que guardan con el infractor. Esto sucede en el caso de que el órgano de una sociedad haya cometido un acto antijurídico, y la demanda sea dirigida contra la sociedad, la cual es privada de los bienes que integran su patrimonio. Los responsables son en este caso los miembros de esta sociedad; sin embargo ellos no son los autores del acto antijurídico, ni por consiguiente los titulares del deber jurídico, porque con

¹⁵ Hans Kelsen. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Traducción del inglés por Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. Imprenta Universitaria, p. 61.

su comportamiento no pueden evitar el que la sanción les sea aplicada.

En el derecho de los países que han alcanzado cierto grado de civilización, el obligado a determinada conducta es por lo común el responsable.

Cuando en el derecho civil una persona está obligada a responder por el daño causado por otra, el sujeto del deber jurídico es el responsable porque puede evitar con su conducta (reparando el daño) la sanción. Esto no sucede cuando los miembros de una sociedad son responsables de un hecho antijurídico cometido por un órgano de ella, los responsables no pueden evitar la sanción por medio de su conducta. La relación jurídica que existe entre los responsables y los autores del hecho antijurídico, es la condición de la sanción dirigida contra aquéllos. Aquí el sujeto del deber no es el mismo que él o los responsables.

VI. *El derecho subjetivo.* Una persona tiene un derecho subjetivo contra otra, cuando ésta está obligada a determinada conducta frente a la primera. La segunda tiene un deber jurídico cuando el Derecho objetivo establece una sanción para el caso del comportamiento contrario. Pero esto no basta para caracterizar el derecho subjetivo de la primera; para aclarar lo anterior voy a poner un ejemplo. El hecho de que una persona haya celebrado un contrato con otra, y de que se encuentre obligada a una cierta conducta para con ella, no es suficiente para que esta última sea titular de un derecho subjetivo; para que lo sea, es necesario además de la celebración del contrato y del incumplimiento del mismo por la otra parte que pueda, mediante la expresión de su voluntad, provocar la ejecución de la sanción.

La aplicación de la sanción se hace depender de que una de las partes presente una demanda contra la otra, lo cual significa que ha declarado su voluntad en el sentido de que el procedimiento judicial se inicie. Las partes, por consiguiente, tienen la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la norma sancionadora. En este sentido y no en otro esa norma es su derecho subjetivo. Sólo cuando un individuo tiene la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la sanción mediante la manifestación de su voluntad, es entonces cuando el Derecho objetivo está a su disposición, y puede considerarse como su Derecho subjetivo, "sólo entonces queda justificada la subjetivación del Derecho objetivo implícita en el concepto de derecho subjetivo, o sea, la presentación de una norma jurídica objetiva como derecho subjetivo de un particular".¹⁶

Una vez que se ha caracterizado el derecho subjetivo de esta manera, es entonces cuando se le puede distinguir del deber jurídico. Así el derecho subjetivo de *A* a cierta conducta de *B*, no es idéntico al deber de *B* de observar esa conducta frente a *A*.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 84 y 85.

En el caso de que un individuo tenga abierta la posibilidad de “hacer efectivo” mediante la presentación de una demanda, el deber jurídico de otro, la situación jurídica no queda completamente descrita si sólo se presenta el deber jurídico de *B* de conducirse en cierta forma frente a *A*. Si el concepto de derecho subjetivo no ha de confundirse con el de deber jurídico, el primero tendrá que ser restringido a dicho caso.¹⁷

De aquí se infiere que el derecho subjetivo de exigir una conducta a una persona, no se identifica con el deber de ésta para con el titular de aquél.

Ahora bien, si al individuo a quien el orden jurídico le otorga la posibilidad de que ponga en movimiento el aparato coercitivo del Estado mediante la presentación de una demanda se le llama actor potencial, tendrá que ser éste el sujeto del derecho.

VII. *La competencia*. Afirma Kelsen que ordinariamente se considera a la competencia en un sentido estricto, es decir, como la capacidad de realizar acciones, pero no quedan comprendidas dentro de su concepto las omisiones. Además, el término es usado solamente cuando se trata de designar la capacidad jurídica de realizar acciones diversas de los actos antijurídicos, y por medio de las cuales se crean las normas jurídicas. Cuando se dice que el parlamento es competente para crear una norma, se quiere decir con ello que cierta conducta de los individuos que integran el parlamento según el orden jurídico es una función legislativa, por lo cual esos individuos tienen la capacidad de hacer leyes. Cuando se dice que un juez es competente para dictar sentencia, se quiere decir con ello que la conducta de un individuo es calificada por el orden jurídico como función judicial, y que por lo mismo el mencionado individuo tiene capacidad para resolver las controversias que conoce.

El concepto de jurisdicción tal como es usado en la terminología jurídica inglesa, no es sino el concepto general de competencia que es aplicado a un caso especial. Se afirma que los tribunales son los que tienen, propiamente hablando, jurisdicción, pero se admite que las autoridades administrativas y demás órganos del Estado tienen su jurisdicción, con lo cual se quiere decir que el orden jurídico considera que un órgano del Estado es capaz de ejecutar actos que sólo puede realizar él y no otro órgano.

Tan pronto como se tiene conciencia de este hecho, resulta necesario reconocer cierta “jurisdicción” en todo individuo humano, o sea, la capacidad que éste tiene de ejecutar o de omitir un acto que el orden jurídico considera como acto u omisión de la misma persona. Ésta es

¹⁷ *Ibidem*, p. 85.

la esencia del concepto de "competencia" y tal concepto es el que se usa cuando se dice que únicamente determinados individuos son "capaces" de realizar actos antijurídicos.¹⁸

Con esto hemos llegado a obtener la esencia del concepto de competencia. Este concepto es el que se utiliza cuando se dice que sólo determinados individuos pueden realizar acciones antijurídicas. El problema relativo, a saber, quiénes son capaces de realizar actos antijurídicos, lo habrá de resolver el derecho positivo. Como hemos visto, según el concepto estricto de competencia no quedan comprendidas dentro de éste las omisiones, ni la capacidad para realizar actos antijurídicos. Pero según el concepto de competencia que hemos obtenido quedan comprendidas las omisiones, además él abarca la capacidad de realizar actos antijurídicos. El concepto de competencia, según su expresión más general, se puede anunciar así: la competencia es la capacidad de realizar acciones y omisiones que puedan fungir como supuestos de derecho o como consecuencias jurídicas. Salta a la vista que en esta definición de la competencia quedan comprendidos los actos antijurídicos.

VIII. *La imputación.* A la capacidad de realizar actos antijurídicos se le llama imputación. Las sanciones, particularmente las sanciones penales, son atribuidas solamente a los individuos que llenan determinadas condiciones, como una edad mínima, determinada capacidad mental. Por lo común se afirma que un acto antijurídico no es susceptible de ser imputado a un niño o a un enajenado, ambos son considerados como irresponsables. La irresponsabilidad de un individuo significa que no se le puede imputar una sanción. La afirmación de que un hecho antijurídico no se le puede imputar a un niño o a un lunático es equívoca, porque la imputación implica el que un hecho pueda ser vinculado al individuo que lo realiza; y en este sentido el niño y el lunático son imputables, es decir, se puede vincular a ellos el acto que han realizado, como por ejemplo, el privar de la vida a un hombre, pero lo que no se les puede imputar es la sanción, porque el orden jurídico considera como supuestos de ésta, una edad mínima y determinada capacidad mental. Lo que Kelsen entiende aquí por imputación no es la vinculación de un hecho al individuo que lo realiza, sino la relación que existe entre la sanción jurídica y el acto realizado por él, e indirectamente a la relación existente entre la sanción y el individuo que ha realizado ese acto. Lo que no puede imputarse al individuo irresponsable es la sanción, no el hecho realizado por él, y que hubiese tenido el carácter de hecho antijurídico de haberlo cometido un sujeto responsable. "El concepto de imputación —afirma Kelsen— refiérese pues a la relación específica entre el acto antijurídico y la sanción."¹⁹

¹⁸ *Ibidem*, p. 94.

¹⁹ *Ibidem*, p. 95.

De lo expuesto anteriormente se puede concluir lo siguiente: la afirmación de que un hecho antijurídico no es imputable a un niño o a un lunático, es una afirmación que enuncia algo verdadero, pero es equívoca.

IX. *La persona jurídica.* A) *Substancia y cualidad.* Un concepto que está relacionado con los conceptos de deber jurídico y derecho subjetivo es el de sujeto de derecho. La existencia de deberes jurídicos y derechos subjetivos da lugar a la necesidad de imaginar un portador de esos deberes y derechos; éste viene a ser el sujeto de derecho. La doctrina jurídica no se contenta con saber que una conducta constituye el contenido de un deber jurídico o de un derecho subjetivo, sino que necesita imaginar que hay alguien que tenga el deber jurídico o el derecho subjetivo. Esto viene a mostrar una tendencia general del espíritu humano. Así también, cuando hablamos de cualidades empíricas hemos de referirlas siempre a una substancia u objeto al que pertenecen. Pero esta substancia u objeto es sólo un símbolo al cual recurrimos para reducir a unidad las cualidades empíricas. Así por ejemplo, cuando decimos de una mesa, que es grande, de metal, con cuatro patas, etcétera, no quiere decir que exista un objeto mesa, independiente de sus cualidades, de ser así constituiría una duplicación del objeto de conocimiento. “Esta duplicación del objeto de conocimiento es característica del pensamiento mitológico primitivo, llamado animismo.”²⁰

Siguiendo una interpretación de la naturaleza de acuerdo con el animismo, se habrá de considerar a los sujetos como una morada que aloja un espíritu que es el alma del objeto, y que tiene a éste como la substancia tiene sus cualidades. Esto pasa en el pensamiento jurídico que duplica el objeto de conocimiento; se considera dentro de él que la persona es la substancia jurídica que tiene como cualidades sus deberes y sus derechos. La idea generalmente admitida de atribuir a la persona deberes y derechos presupone la relación entre substancia y cualidad. No obstante esto, la persona jurídica no es una entidad que tiene una existencia independiente de sus deberes y de sus derechos, sino que viene a ser nada más que la expresión de su unidad personificada. Y si los deberes y los derechos sólo son normas jurídicas, la persona jurídica vendrá a ser la unidad personificada del conjunto de esas normas.

B) *La persona física.* a) *Persona física y ser humano.* Formula Kelsen estas preguntas:

¿Qué es lo que constituye esta especie de unidad? ¿Cuándo un conjunto de deberes y derechos, un conjunto de normas jurídicas, presenta esa especie de unidad?²¹

Afirma el maestro de Viena que hay dos criterios para resolverlas, los

²⁰ *Ibidem*, p. 95.

²¹ *Ibidem*, p. 96.

cuales provienen del análisis de las dos clases de personas jurídicas que se conocen, las personas físicas o naturales y las personas jurídicas.

La forma de definir la persona física y a la vez de distinguirla de la persona jurídica, es considerarla como un ser humano, en tanto que la persona jurídica no lo es. Persona es el hombre cuando es considerado como sujeto de derecho y obligaciones. Decir que un hombre *A* tiene un determinado deber, sólo indica que su conducta viene a ser el contenido de un deber jurídico. Afirmar que un hombre *A* tiene cierto derecho significa solamente que determinada conducta de él constituye la materia de una facultad jurídica. La significación de esos juicios consiste en que la conducta del individuo *A* constituye el contenido específico de una norma jurídica. Ésta lo único que hace es determinar una acción u omisión de *A*, pero "no su existencia total".²² Es más, ni siquiera el ordenamiento jurídico total realiza la función de determinar en forma completa la existencia del ser humano sometida a él, ni regula todas sus funciones intelectuales y físicas. El ser humano se encuentra sometido al orden jurídico sólo con relación a ciertas acciones u omisiones; respecto a las demás acciones y omisiones no guarda relación con el orden jurídico. La teoría jurídica toma en cuenta al hombre en tanto que su conducta se encuentra contenida en el orden jurídico. Solamente aquellas acciones u omisiones del hombre que el orden jurídico califica como deberes y derechos importan para construir el concepto de persona jurídica. La persona jurídica existe solamente cuando tiene deberes y derechos. Si definimos a la persona física o natural como un ser humano, incurrimos en un error, porque el hombre y la persona además de ser dos conceptos heterogéneos, constituyen el resultado de puntos de vista diversos.

Hombre es un concepto de la biología y la fisiología, en una palabra, de las ciencias naturales. Persona es un concepto de la jurisprudencia, una noción derivada del análisis de normas jurídicas.²³

La persona física o natural considerada como sujeto de deberes y derechos no se identifica con "el ser humano cuya conducta constituye el contenido de tales deberes o el objeto de tales derechos",²⁴ sino que es solamente la personificación de aquellos derechos y deberes. Para decir esto mejor, la persona física o natural viene a ser la personificación de un conjunto de normas jurídicas y como éstas constituyen deberes y derechos que contienen la conducta del mismo individuo, vienen a reglamentar su comportamiento.

Es necesario distinguir entre el ser humano y la persona física o natural. Pues bien, el ser humano constituye lo abarcado por la persona

²² *Ibidem*, p. 96.

²³ *Ibidem*, p. 97.

²⁴ *Ibidem*, p. 97.

física o natural, es decir, ésta comprende la conducta de aquél. La relación que existe entre el ser humano y la persona física o natural, se debe a que los deberes jurídicos y los derechos subjetivos que se encuentran comprendidos en el concepto de persona se refieren todos ellos a la conducta de un ser humano. Afirmar que un esclavo no es una persona jurídica, o que carece de personalidad jurídica, quiere decir que no hay normas jurídicas que les den el carácter de deber o de derecho a su conducta.

Decir que un hombre *A* es persona jurídica, o que tiene personalidad jurídica, significa que tales normas sí existen. La persona "*A*" viene a ser el conjunto de normas jurídicas que le dan el carácter de deberes y derechos a los actos de *A*. "Podemos hablar de la 'personalidad de *A*' —afirma Kelsen— cuando concebimos esas normas como una sola unidad y las personificamos."²⁵

b) *La persona física o natural como persona jurídica.* La persona física o natural no es sino la personificación de un conjunto de normas jurídicas. El hombre en cuanto individualmente determinado viene a ser solamente el elemento que constituye la unidad de la pluralidad de ese conjunto de normas. La afirmación de que un ser humano tiene deberes o derechos, significa, nada más, que su conducta es regulada de manera específica por las normas jurídicas. El aserto de que la persona tiene deberes y derechos no tiene sentido o es una tautología, porque es tanto como decir que un conjunto de deberes y derechos cuya unidad se personifica tiene deberes y derechos. Para evitar el uso de una expresión tautológica habrá que decir que la persona es un conjunto de deberes y derechos.

Tiene indudablemente un buen sentido declarar que el Derecho impone deberes y confiere derechos a los seres humanos. Pero no lo tiene decir que el Derecho impone deberes a los deberes y confiere derechos a los derechos.²⁶

Solamente los seres humanos pueden ser pasivos de deberes o titulares de derechos, ya que sólo la conducta del hombre puede formar el contenido de las normas de derecho.

La persona física no constituye una realidad natural, sino un concepto construido por la ciencia jurídica. Se trata, según Kelsen, de un concepto auxiliar que se puede usar, pero que no es indispensable para la representación de determinados fenómenos jurídicos.

Ahora sí ya estamos en condiciones de poder contestar la pregunta que formula Kelsen en el sentido de saber qué cosa es lo que constituye la unidad personificada de un conjunto de normas; la respuesta a esta interrogación se puede dar de acuerdo con la teoría del derecho después

²⁵ *Ibidem*, p. 97.

²⁶ *Ibidem*, p. 98.

de haber analizado lo que es la persona física, la cual es la personificación de un conjunto de normas que regulan la conducta de un hombre individualmente determinado; de aquí se desprende que lo que constituye la unidad personificada de un conjunto de normas es el hombre individualmente considerado. Pero esta respuesta a la mencionada interrogación es parcial, porque sólo alude a la persona física o natural. Después insistiré en esta pregunta, y la contestaré de acuerdo con Kelsen; pero esta respuesta se referirá a las personas jurídicas.

c) *La persona jurídica*. Al igual que la persona física la persona jurídica es la expresión unitaria de un conjunto de normas, esto es, de un orden jurídico, y precisamente de aquel que regula la conducta de una pluralidad de seres humanos; tanto puede ser la personificación de un orden parcial, tal cual es el estatuto de una asociación, el que constituye una comunidad parcial que viene a ser la persona jurídica de la asociación, como la personificación del orden jurídico en su totalidad que integra una comunidad jurídica, la cual comprende a las comunidades parciales. Ahora bien, la personificación del orden jurídico total es el Estado.

La persona jurídica no tiene una existencia natural-real. Si cuando decimos que algo es real aludimos a que es natural, entonces sólo es real la conducta de los hombres que es regulada por las normas, las cuales pueden ser unificadas según diversos puntos de vista. Si se considera que la persona jurídica es una realidad natural distinta de los hombres individuales que la forman o que es un organismo supraindividual, lo que se hace es hipostatizar una representación jurídica auxiliar. "Así como la persona física no es el hombre, tampoco la persona jurídica es un superhombre."²⁷

En último término, los deberes y derechos de la persona jurídica se resuelven en deberes y derechos de los hombres, es decir, en normas jurídicas que regulan la conducta de éstos dándole el carácter de deber o de derecho. Cuando el orden jurídico del Estado obliga o faculta a una persona jurídica, quiere decir que convierte en un deber o en un derecho la conducta de un hombre, pero no hace la determinación del sujeto. Esta determinación la hace el orden jurídico parcial, en virtud de una delegación del orden jurídico estatal. Así, por ejemplo, cuando una asociación celebra como vendedora un contrato de compraventa, el orden jurídico estatal determina solamente el contenido de la obligación, que es el de entregar la cosa, pero no hace la determinación del sujeto que debe cumplir esa obligación, ésta es hecha por el orden jurídico parcial de la asociación, merced a la delegación del orden jurídico estatal. Existe, por consiguiente, un deber jurídico y un faculta-

²⁷ HANS KELSEN. *La teoría pura del Derecho*. Traducción de Jorge G. TEJERINA. Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, p. 86.

miento mediato de hombres individuales, esto es, por medio del orden jurídico parcial.

a) *La imposición del deber jurídico y la concesión de la facultad jurídica a los individuos en forma mediata o inmediata.* Aquella división de funciones entre el orden jurídico del Estado y el orden jurídico de la comunidad es posible en virtud de que en la conducta humana que constituye el contenido de las normas de derecho, y por consiguiente del deber jurídico y la facultad jurídica se distinguen dos elementos, un elemento material (objetivo) que está constituido por lo que es hecho u omitido, y un elemento personal (subjetivo) que viene a estar formado por quien hace u omite algo. La norma integral es aquella en la cual se determinan esos dos elementos. Pero puede suceder que una norma y por consiguiente la obligación o la facultad impuesta o concedida por ella, sólo contenga uno de esos dos elementos. Pero cuando una norma contiene solamente el elemento personal o el elemento material es incompleta, y requiere ser completada por otra norma que determine el elemento que haga falta. Las normas que obligan y facultan a una persona jurídica a determinada conducta, determinan inmediatamente el elemento material (objetivo), esto es, el hacer u omitir; el elemento personal (subjetivo), es decir, el individuo que tiene que realizar la conducta prescrita por la norma, es determinado por el orden jurídico parcial, en quien delega el orden jurídico total la facultad de determinar el elemento personal. En consecuencia, el que se imponga una obligación o se conceda una facultad a una persona jurídica no quiere decir que se obligue o faculte a un individuo determinado, sino que los individuos cuya conducta es regulada por el orden jurídico parcial, resultan obligados de una manera mediata.

b) *La imputación central.* Los deberes y derechos que tiene una persona jurídica, vienen a ser deberes y derechos de los hombres individuales, porque se refieren a la conducta de éstos. Pero esos deberes y derechos no los tienen los hombres singularmente considerados en la forma ordinaria, esto es, individual, sino los tienen en forma colectiva. El patrimonio de la persona jurídica es un patrimonio de los hombres que la forman; pero éstos no pueden disponer de ese patrimonio como si fuera su patrimonio individual, sino sólo de acuerdo con las prescripciones del orden jurídico de la comunidad, cuya unidad constituye la persona jurídica. Una persona jurídica tiene un derecho de crédito, ése es un derecho colectivo. El carácter colectivo de ese derecho se pone de manifiesto por el hecho de que sólo se puede hacer valer por el individuo que el orden jurídico parcial designe al respecto. Ese individuo actúa como un órgano de la comunidad jurídica, en tanto que el acto realizado por él se encuentra prescrito en forma específica por el orden jurídico de la comunidad, y por tanto ese acto puede ser referido a la unidad del orden jurídico de ésta. Cuando una situación de hecho es referida

a la unidad del orden jurídico parcial se dice que es imputada a él; según esto la persona jurídica viene a ser un centro común de imputación, así lo considera Kelsen cuando dice que la persona jurídica es "un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden".²⁸

Es indiscutible que todos los actos de la persona jurídica son actos realizados por hombres; esos actos sólo son de la persona jurídica cuando son imputados al orden jurídico parcial tomado como unidad. Esta imputación es una imputación diversa de la imputación periférica, porque según ésta se ponen en conexión dos hechos; así, por ejemplo, cuando un individuo comete un delito, éste se pone en conexión con la pena; y según aquélla el hecho realizado por un individuo se imputa al orden jurídico parcial tomado como unidad, cuando ese orden jurídico parcial determina aquel hecho de una manera específica.

Ahora sí estamos ya en condiciones de resolver con respecto a la persona jurídica la siguiente pregunta: ¿Qué cosa es lo que constituye la unidad personificada de un conjunto de normas? Tratándose de la persona jurídica la unidad personificada de un conjunto de normas no corresponde a una realidad natural (biológica o psicológica), como cuando vimos que a la persona física o natural, a la expresión unitaria de un conjunto de normas le correspondía una unidad real, el hombre individualmente determinado. Lo que se puede encontrar tratándose de la persona jurídica son determinados elementos jurídicos materiales que le confieren unidad al conjunto de normas que integran el orden jurídico parcial de la comunidad jurídica, entre los cuales se pueden citar el principio de las mayorías, la organización sobre la base de la división del trabajo y la limitación de la responsabilidad de los individuos que forman la persona jurídica.

c) *La limitación de la responsabilidad.* Cuando un derecho de crédito es hecho valer por un órgano de la persona jurídica, lo que es obtenido en virtud de su ejercicio aumenta el patrimonio colectivo de los individuos que forman la persona jurídica. Si contemplamos la operación inversa, es decir, cuando a la persona jurídica se le exige una prestación, y se despacha contra ella ejecución, ésta se dirige contra el patrimonio colectivo de la persona jurídica. En el hecho de que la ejecución recae sobre el patrimonio de la persona jurídica y no sobre el patrimonio de los individuos que la forman, en esta limitación de responsabilidad, se haya una característica singular de la persona jurídica del derecho privado. Ahora bien, esta limitación de la responsabilidad sólo es aplicable en el derecho patrimonial, pero cuando salimos del campo de éste y penetramos en el campo del derecho público, nos encontramos con que el principio de la limitación de la responsabilidad no es aplicable a las personas jurídicas de derecho público (municipio, organizaciones des-

²⁸ Hans KELSEN. *Teoría general del Derecho y del Estado*, p. 102.

centralizadas) ni en particular al Estado como personificación del orden jurídico total que comprende todas las personas físicas y jurídicas que se hallan incorporadas a él, y es por consiguiente el punto final de la imputación central.

Los conceptos jurídicos fundamentales en el pensamiento de Fritz Schreier

La deducción de los conceptos jurídicos fundamentales. Schreier deduce los conceptos jurídicos fundamentales de la siguiente fórmula explicativa de la relación jurídica: $H \dots A P S$, no $A P \dots B P S$.

Una vez que se da el hecho (H), el sujeto (A) debe realizar la prestación (P) a que se refiere el supuesto, con el objeto de no hacerse acreedor a una sanción (S); si el mencionado sujeto no cumple con la prestación a que está obligado, otro sujeto (B), órgano del Estado, deberá cumplir con la prestación en que consiste su función jurisdiccional de aplicar una sanción.

El hecho jurídico. Para Schreier la expresión hecho jurídico es sinónima de la de supuesto jurídico. La expresión hecho jurídico se utiliza también para designar un hecho real localizado temporalmente. Es conveniente advertir que para el autor mencionado la significación en que se maneja el concepto de hecho jurídico es la primera.

Podría pensarse a primera vista que la noción de hecho jurídico ha surgido originariamente en el derecho civil, por el manejo tan frecuente que se hace en esa disciplina del concepto mencionado. Sin embargo, Schreier ha mostrado con gran claridad que la noción de hecho jurídico se ha elaborado en el derecho penal, y al respecto expresa:

En los últimos tiempos se ha comprendido con claridad creciente que el hecho jurídico debe contarse entre los conceptos fundamentales del derecho. La noción, elaborada originariamente en el derecho penal, ha venido ganando terreno también en los estudios civilistas; pero a pesar de ello, encontramos muy escasas investigaciones acerca del hecho jurídico como tal, aun cuando sean muy numerosas las consagradas al estudio de ciertos hechos jurídicos especiales, reglamentados por el derecho positivo. Deben mencionarse a este respecto los trabajos de Eltzbacher y de Tuhr.²⁹

Es pertinente señalar que García Máynez propugna por que la expresión hecho jurídico sea sustituida por la de supuesto jurídico, con lo cual no está de acuerdo con la terminología de Schreier en esta materia, y al respecto expresa:

²⁹ Fritz SCHREIER. *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*. Traducción del alemán de Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, pp. 145 y 146.

Conviene, en consecuencia, sustituir la denominación hasta ahora empleada por el término supuesto jurídico y reservar el nombre de hechos jurídicos para los que realizan los supuestos normativos. El supuesto es uno de los elementos integrantes del precepto de derecho, y su importancia es capital, ya que señala los requisitos que condicionan las facultades y deberes establecidos por el mismo precepto. En este punto no podemos dejar de suscribir la tesis defendida por Korkounov, según la cual toda norma jurídica genérica consta de dos partes, hipótesis y disposición. La primera coincide con lo que nosotros llamamos supuesto jurídico, y puede definirse como el conjunto de condiciones de cuya realización depende la vigencia de la segunda. Esta última indica qué consecuencias normativas se encuentran determinadas por la realización del supuesto. Tomando en consideración las definiciones propuestas por el jurista ruso, pensamos que no hay inconveniente en usar como sinónimos los tecnicismos supuesto jurídico e hipótesis jurídica.³⁰

La idea de Schreier de darle una posición preponderante al hecho jurídico dentro de los conceptos jurídicos fundamentales lo lleva a identificarlo con el supuesto jurídico.

Ahora bien, el uso de la expresión hecho jurídico podría inducirnos a pensar que se trata de un acontecimiento natural que pondría a funcionar la hipótesis jurídica en un determinado sentido; pero ello sería un error, ya que en el momento en que se realiza la hipótesis normativa a través del hecho jurídico, éste se incorpora al sistema del derecho y consecuentemente se convierte en algo inmanente al orden jurídico; y, por lo tanto, no cognoscible por medio de las categorías de la ciencia natural. Sólo procediendo por abstracción se puede distinguir entre supuesto jurídico y hecho jurídico, puesto que una vez realizado éste se convierte en supuesto jurídico; y constituyen ambos una unidad inseparable.

El hecho jurídico viene a ser la materia problemática, la cual es determinada en función del supuesto jurídico; por ello sólo abstractivamente se pueden separar ambos conceptos.

Vamos a pasar ahora a la exposición del concepto de persona o sujeto del deber en el pensamiento de Schreier.

El concepto de persona. Es pertinente aclarar que para Schreier el concepto de persona se identifica con el de sujeto del deber. Si hacemos un análisis de la proposición jurídica nos podemos percatar, como ya quedó asentado, que el concepto de persona se encuentra colocado como sujeto en el segundo precepto; pero no en una significación lingüística, en virtud de que el sentido de la norma jurídica no cambia aun cuando se expresa de diversa manera; así, por ejemplo: si... entonces *A* se en-

³⁰ Eduardo GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, S.A., pp. 171 y 172.

contrará obligado. Desde el punto de vista gramatical, en la frase anterior, el sujeto se ha transformado en objeto. No obstante lo anterior, el sentido de la fórmula no ha experimentado ningún cambio. Aquí hay que advertir que no hay que confundir la expresión lingüística con su sentido o significación. El hecho de que gramaticalmente el sujeto del deber aparezca como objeto en la formulación de la proposición jurídica no implica una metamorfosis del sentido ínsito en la fórmula de referencia. Para aclarar lo anterior, es conveniente recordar, con Schreier, que:

Cada obligación, cada deber ser, incluso en el sentido de una relación jurídica formal, exige un obligado, un sujeto del deber. El sujeto del deber es el concepto primario de persona, y pronto veremos cómo de él surge el de sujeto de derecho.³¹

El concepto de sujeto del deber se determina de manera plena una vez que se ha indicado su situación en la relación jurídica. Ahora bien, a la teoría pura del derecho no se le debe exigir la formulación de un criterio de acuerdo con el cual el sujeto del deber ha de determinarse. Si la teoría de referencia ofreciese tal criterio, entonces rebasaría sus propios límites, caería en el empirismo, en la sustitución de los objetos jurídicos especiales por una determinada intuición, y como consecuencia de ello en el derecho natural.

Reconoce Schreier que su concepto de persona jurídica o sujeto del deber se encuentra próximo al de Kelsen, pero sobre todo al de Binder. Afirma este último autor que ser sujeto de derecho lo que significa, es encontrarse frente al orden jurídico en la relación denominada, derecho subjetivo. Declara Schreier que no coincide con Binder, ya que el punto de partida se encuentra para él en el deber jurídico y no en el derecho subjetivo.

En conclusión, se puede afirmar válidamente que tanto Binder como Schreier insertan, respectivamente, el sujeto de derecho y el sujeto del deber en el complejo integrado por la relación jurídica, con lo cual relativizan dichos conceptos.

Como Schreier considera que el hecho jurídico constituye un concepto fundamental del derecho, y, además, piensa que la teoría jurídica debe construirse, en gran medida, en torno al concepto de hecho llega a declarar, en terminología equívoca, que los conceptos jurídicos fundamentales se manifiestan en hechos. Aquí indudablemente la palabra hecho significa un acontecimiento natural o por lo menos deja abierta la posibilidad de esta interpretación. Pero también las personas se manifiestan en situaciones de hecho. Esto nos lleva a concluir, por lo

³¹ Fritz SCHREIER. *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, p. 208.

menos aparentemente, que el problema de la persona desaparece. En este hilo de ideas expresa Schreier que:

Así como los griegos veían en cada acontecimiento natural una divinidad, el jurista puede considerar cada suceso como encarnación de la personalidad. De este modo, el problema aparente de la personalidad jurídica deja de existir, quedando encomendada al derecho positivo la tarea de describir los hechos especiales que representan encarnaciones de personas.³²

Para Kelsen el concepto de persona jurídica es una construcción auxiliar del pensamiento jurídico, la cual se puede utilizar, pero no tiene un carácter indispensable, esto es, se puede prescindir de dicho concepto para construir unitariamente el material problemático sometido a consideración.

Ahora bien, Schreier deja abierta, de acuerdo con el texto arriba transcrito, la posibilidad de considerar a la persona jurídica como algo superfluo, para luego declarar que no es así, que la persona jurídica es un concepto fundamental del derecho no susceptible de ser sustituido por el hecho. Aquí la problemática planteada por el discípulo de Kelsen es diversa a la de su maestro, y ello se debe a la insistencia de Schreier en hacer incidir el concepto de hecho dentro de la problemática fundamental de la teoría pura del derecho.

Sería prolijo recorrer el camino seguido por Schreier para arribar a la conclusión de que el concepto de persona es un concepto jurídico fundamental dentro de una teoría jurídica pura; pero es conveniente, al respecto, recordar que para Schreier la realización de la presentación no permite saber si se está en presencia de un auténtico cumplimiento, en virtud de que es necesario que exista el hecho capaz de indicar quién es el obligado a llevarla a cabo. En esta hipótesis se habla del hecho merced al cual se designa a la persona. Esto nos conduce a la conclusión de que con la simple descripción de los hechos en los cuales encarnan las personas, que puede llevar a cabo un derecho positivo histórico, no desaparece el concepto de persona, pues queda en pie la cuestión de saber quién es el obligado a llevar a cabo la prestación o a cumplir con el deber, cuestión que se resuelve mediante el hecho de la designación de la persona.

Por otra parte, cabe advertir que las ideas de Schreier tienen, en este problema, una orientación diversa de aquella que inspira las ideas sustentadas por Kelsen, por lo cual es conveniente e ilustrativo señalar las diferencias entre ambas.

Kelsen se refiere a la imputación normativa, y la concibe diciendo

³² *Ibidem*, p. 211.

que consiste en la vinculación que sobre la base del precepto legal se establece entre el sujeto y una determinada situación de hecho. La situación de hecho imputable o debida, el objeto del deber, coincide con lo que Schreier denomina, prestación o hecho del cumplimiento; pero afirma este autor, que de este último no parte la línea que conduce al punto final de la imputación, o sea, a la persona ya que aparece un elemento intermedio en virtud del cual se designa a la persona, al que se le denomina: hecho de la designación.

Para aclarar lo anterior Schreier recuerda el ejemplo al que alude Kelsen en los *Hauptprobleme*, según el cual el propietario de la casa de cuyo tejado cae una teja que produce la muerte de un transeúnte es la persona a quien se le imputa este acontecimiento.

Esto es así porque la persona imputable sólo se determina en función de un hecho nuevo, que no tiene carácter obligatorio, o sea, el de la adquisición inmueble.

En este paralelismo entre el pensamiento de Kelsen y el de Schreier, conviene recordar que para Kelsen: "La imputación vincula, pues, dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción."³³ En este concepto de imputación no se hace referencia a la persona, puesto que la imputación consiste, en este caso, exclusivamente en el carácter del nexo a través del cual se relaciona el acto ilícito y la sanción, sin desconocer, por supuesto, que el propio Kelsen admite la imputación a la persona ya sea física o jurídica; mientras que Schreier aun cuando toma en cuenta también la imputación no sólo referida a la persona, sino la que se da entre los hechos, como su punto de partida no es el de la estructura lógica de la proposición jurídica sostenida por Kelsen sino el de la estructura lógica de la proposición jurídica que él sostiene, la cual ya quedó expuesta anteriormente, en donde el concepto de hecho jurídico juega un papel fundamental, de ahí que afirme que:

En la imputación hay pues que distinguir dos elementos diferentes: por una parte la relación de los dos hechos, el de la designación y el de la prestación y, por otra, el vínculo entre la designación y la persona.³⁴

De acuerdo con la transcripción anterior podemos percatarnos de que el concepto central en la determinación de los elementos de la imputación, es el de hecho de la designación, ya que se parte de él para enlazarlo ya sea a la prestación o bien, a la persona; mientras que en Kelsen, los elementos que se vinculan, en tanto supuesto y consecuencia, son: el ilícito y la sanción.

³³ HANS KELSEN. *La teoría pura del Derecho*. Traducción del francés de Moisés NIELVE. Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 20.

³⁴ FRITZ SCHREIER. *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*, p. 213.

Por lo que toca al primer enlace, o sea, el que se establece entre la designación y la prestación, se encuentra dado en la relación jurídica.

Por lo que se refiere al segundo vínculo, afirma Schreier, que al lado del hecho jurídico no se da una persona, en virtud de que en aquél encarna ésta. Por lo que hace al segundo enlace, si la persona jurídica encarna en el hecho jurídico, entonces carece de sentido afirmar que entre ambos términos se da un vínculo. Sin embargo, es posible que se mantenga una separación provisional entre el hecho de la designación y la persona jurídica. Sobre esto volveremos más tarde.

Para Schreier la persona es un acontecimiento temporal, es una situación de hecho. En el lugar del hecho jurídico total, en cuanto a hecho independiente aparece la designación plena del sujeto del deber.

Si se examinan atentamente las cosas el problema de la persona no se resuelve cuando se le designa en cada norma jurídica. Esto es así, en virtud de que la persona se refiere a varias normas de derecho y viene a ser la misma en normas jurídicas diversas.

En esta cuestión es aplicable la doctrina del todo y las partes. La persona constituye un hecho total que puede hallarse formado por hechos parciales.

Los hechos parciales aislados se integran en un hecho fundamental originario, que hace posible la "constitución de la persona", y se hallan fundidos en él. La persona aislada es creada por ellos y aparece de este modo en diferentes normas jurídicas como hecho fundamental de la designación. Por ejemplo, el nacimiento o la atribución de la personalidad jurídica.³⁵

En el hecho jurídico fundamental constitutivo de la persona, se basan otros hechos parciales de designación que indican a la persona en relación con la norma respectiva. Ahora sí estamos en condiciones de entender la relación imputativa respecto de la segunda hipótesis que plantea Schreier, a saber: la vinculación que se presenta entre el hecho de la designación y la persona. Pues bien, cuando un precepto jurídico determinado señala al sujeto del deber, se establece, de manera provisional, un vínculo entre el hecho de la designación y la persona obligada, pero bien entendido que este hecho parcial de la designación se va a fundir con el hecho fundamental originario que es el constitutivo de la persona. Esta interpretación se confirma por el propio Schreier cuando expresa: "Así pues, en toda norma, el hecho de la designación remite a un hecho jurídico fundamental, en el que queda comprendido, y que constituye la persona como tal."³⁶ Con relación al hecho jurídico fundamental se dan dos hipótesis que son: I. El hecho

³⁵ *Ibidem*, p. 214.

³⁶ *Ibidem*, p. 215.

jurídico fundamental puede aparecer en una sola norma, como en el caso del nacimiento y, II. El hecho jurídico fundamental puede presentarse en diversas normas, es el caso de las personas morales que son susceptibles de descomponerse en distintos hechos, como por ejemplo, en la constitución de cualquier sociedad mercantil.

La Prestación

Para Schreier la prestación es un concepto jurídico fundamental, no obstante esto no le otorga la atención que le debería corresponder dada la jerarquía que tiene por tener aquel carácter. Ahora bien, la prestación para el discípulo de Kelsen, se determina en función de la conducta del obligado, el cual es el destinatario de ella entendida como objeto del deber. El concepto jurídico fundamental de referencia es definido por Schreier en los siguientes términos:

La prestación, el objeto del deber, es, relativamente a su portador, un hecho, a saber: el que al ser atribuido al obligado, lo libera de su obligación. Es lo que, bajo las expresiones, tan imprecisas desde el punto de vista terminológico, de objeto del derecho, cosa, etcétera, debe entenderse correctamente.³⁷

Schreier hace la crítica de las opiniones que desde Savigny definen la prestación —el objeto del derecho subjetivo— como una conducta ajena. En aquellos casos en los cuales se trata de producir un cierto efecto no es suficiente el concepto de conducta. La obligación del vendedor de entregar la cosa, no se agota en la entrega de ésta ya que debe soportar los riesgos que corre la misma con motivo del transporte.

La tesis de Hartmann, según la cual el cumplimiento se dirige a satisfacer los fines del acreedor, tampoco satisface para explicar el concepto de prestación. Aun cuando es necesario advertir que dicho autor formula un principio certero, que tiene validez dentro de un orden jurídico concreto, no se le puede utilizar dentro de la teoría pura del derecho, en virtud de que postula un principio de carácter material.

En las teorías expuestas encontramos un elemento común, a saber: el derecho subjetivo es considerado como lógicamente anterior al deber jurídico; la prestación, esto es, el objeto de la obligación, se determina en función del derecho y no de acuerdo con el deber.

Ahora bien, en las teorías de que se trata el derecho no se conceptúa por referencia a los hechos jurídicos, sino se le relega a la esfera de la psicología; en tanto que Schreier considera la situación del objeto del deber, o sea la prestación, frente al titular del derecho como una relación lógica, las teorías analizadas entienden el objeto de la obliga-

³⁷ *Ibidem*, p. 237.

ción como un correlato intencional del querer o del desear, es decir, toman en cuenta, y esto recuerda a Ihering, el interés del titular del derecho subjetivo.

Se pueden confundir las dos concepciones expuestas, ya que se expresan lingüísticamente de la misma manera.

La prestación es el objeto, pero este término puede ser entendido en dos sentidos completamente diversos, es decir, aplicarse al objeto intencional y al objeto de la relación. El hombre que desempeña el papel de acreedor dirige su voluntad al objeto intencional, mientras que el objeto de la relación es un concepto relativo postulado por la relación misma.³⁸

Para entender la prestación como objeto de la relación, hay que concebir ésta como una relación lógica en la cual la función copulativa del deber ser se establece entre la propia prestación y la persona a cuyo favor debe realizarse ésta, o sea, el acreedor. Aquí, insistiendo en el pensamiento de Schreier al respecto, el objeto de la relación es postulado por la relación misma. Por el contrario, si se concibe el objeto de la obligación como un correlato intencional del desear o del querer del acreedor, esto es, de su interés, como éste es tan variable y contingente no se le puede tomar en cuenta como un criterio con arreglo al cual se pueda definir la prestación. Tanto al interés como lo fines del titular del derecho van más allá de la prestación misma, y, en consecuencia, no son elementos que se integren esencialmente dentro de ella.

Parece conveniente advertir que si por prestación se entiende el objeto de la relación, entonces se prescinde del criterio teleológico para su conceptualización. En cambio, si por prestación se entiende el objeto intencional, entonces entra en juego la teleología porque el objeto intencional, o sea, la prestación es deseado o querido por el hombre, ya que es su fin. Si se procede con arreglo al método teleológico en la determinación del concepto de prestación, ello acarrea como consecuencia el que se originen ciertas impurezas en la delimitación del concepto de referencia.

La Sanción

Para la mejor comprensión del concepto de sanción en el pensamiento de Schreier, es pertinente ofrecer un breve resumen de los conceptos de supuesto, relación y transformación jurídica.

El supuesto jurídico total está integrado por un conjunto de hechos parciales, y es el antecedente de la consecuencia jurídica; pero ésta, a su vez, cuando aparece un hecho nuevo puede fungir como supuesto

³⁸ *Ibidem*, p. 219.

de otra consecuencia jurídica. Por su parte, la relación jurídica en sentido amplio se establece cuando el hecho de una norma se superpone al de otra produciendo un enlace entre ambas normas; y, en un sentido estricto, cuando el enlace de referencia produce una transformación jurídica, esto es, el cambio de obligación se produce como consecuencia del cambio de norma.

Por lo que toca a la sanción, el cambio de norma se genera por medio del incumplimiento. "El incumplimiento constituye, pues, un nuevo hecho al que la sanción enlaza una consecuencia jurídica nueva. Sanción significa, por tanto, el reenvío a una nueva norma relativa al incumplimiento, es decir, al entuerto."³⁹

Schreier ha disuelto el concepto de sanción en una serie de relaciones interconectadas entre sí. Aquí se advierte una actitud desustancializadora en la determinación del concepto de sanción; y, por supuesto, no estamos en presencia de una noción de la sanción en sentido jurídico técnico, sino como un concepto fundamental del derecho que pertenece, por ende, a la teoría jurídica.

La disolución del concepto de sanción en una serie de relaciones conexas se pone de manifiesto en la siguiente exposición de Schreier:

La norma primaria y la secundaria se hallan enlazadas en tal forma que la hipótesis de ésta es la oposición contradictoria de la tesis de aquella. Este enlace contiene necesariamente un nuevo nexo: el hecho jurídico de la norma secundaria se encuentra fundado en el de la primaria. Pues sólo cuando el supuesto de la primaria se ha realizado, existe una obligación y puede ser violada. Infiérese de ello que la sanción sólo es posible sobre la base de la violación de un deber; que la violación sólo se concibe en cuanto el deber existe y que éste, a su vez, tiene su fundamento en un hecho jurídico.⁴⁰

La norma que establece la sanción aparece en virtud del incumplimiento, que es el que genera un nuevo deber, del cual no es destinatario el obligado sino el juez, quien debe hacer cumplir la obligación.

Ahora bien, del hecho de que surja un nuevo deber del cual es destinatario el juez, no debe concluirse que la obligación que tiene que cumplir el sujeto del deber haya de extinguirse; la prestación debida podrá, cuando mucho, transformarse. De aquí se sigue la necesidad de distinguir entre las normas secundarias que postulan una prestación igual a la prescrita en las normas primarias y las que exigen una prestación diversa. En razón de la necesidad de establecer la diferencia mencionada, Schreier distingue entre el primado del cumplimiento y la ley jurídica de la conservación de la energía.

³⁹ *Ibidem*, p. 214.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 240 y 241.

La primera de estas ideas consiste en que: "las exigencias del derecho sólo quedan satisfechas cuando la prestación es realizada en la forma prescrita por la norma primaria. Una reparación posterior no destruye el entuerto ya consumado, sino elimina, cuando más, sus consecuencias perjudiciales."⁴¹ La segunda es expuesta por Schreier de la manera siguiente: "Todo lo que ocurre en la sucesión de las relaciones jurídicas debe hallarse contenido en algún modo en la norma jurídica primaria o, expresado en otro giro: la 'energía jurídica', ha de permanecer constante."⁴²

La distinción entre el primado del cumplimiento y la ley jurídica de la conservación de la energía se encuentra dentro del dominio de la técnica jurídica y no cae en el campo de la teoría jurídica pura.

Comentario crítico sobre la doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales

Por lo que toca a la inspiración que la doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales encontró en el positivismo, las limitaciones y deficiencias de dicha doctrina quedaron ya asentadas en la parte respectiva de este trabajo.

Las categorías jurídicas para Radbruch no constituyen un sistema cerrado sino uno abierto.

Como el concepto del derecho que ofrece Radbruch es de carácter teleológico, entonces hay que concluir que no es para este filósofo del derecho, el puro interés teórico científico el que domina en la construcción de los conceptos fundamentales del derecho, ya que la deducción de éstos tiene como punto de partida el propio concepto del derecho y no la proposición jurídica que es el punto de partida adecuado para la deducción de dichos conceptos según Hans Kelsen. Por lo expuesto, podemos concluir que con tal modo de proceder no queda garantizada la independencia y la pureza de los conceptos jurídicos fundamentales frente a la política y frente a la ética.

Stammler al igual que Radbruch, deduce las categorías jurídicas del concepto del derecho, pero al llevar a cabo dicha deducción como el concepto del derecho tiene un carácter teleológico, los conceptos jurídicos fundamentales se encuentran definidos en función de la teleología y teñidos, en algunos casos, con un matiz ideológico. Para demostrar la verdad del anterior aserto basta recordar que Stammler define el sujeto de derecho como un ser concebido como fin en sí según un orden jurídico determinado, con lo cual confunde el concepto de persona con la idea de persona, es decir, no distingue

⁴¹ *Ibidem*, p. 244.

⁴² *Ibidem*, p. 244.

entre el uso constitutivo del concepto y el uso regulativo de la idea. Por otra parte, concibe Stammler el objeto de derecho como medio para determinados fines, y así hace ingresar este concepto fundamental del derecho en el mundo de la teleología. El análisis de este par de conceptos jurídicos fundamentales es suficiente para percatarse de que Stammler hace intervenir la teleología en su deducción. Ahora bien, la teleología no es la legalidad de la normatividad, sino la imputación entendida como ley de la sociedad.

Por otra parte, si comparamos el pensamiento de Schreier con el de Kelsen, por lo que hace al problema del enlace normativo, podemos percatarnos de que el concepto de enlace de normas es fundamental en el pensamiento de Schreier e innecesario o superfluo en el pensamiento de Kelsen. Nos vamos a ocupar del problema de referencia porque de la solución que se dé a él se desprenderá cuál es la posición que se asuma respecto a los conceptos fundamentales del derecho.

Para Schreier, como hemos visto, el hecho de la norma secundaria se funda en el de la primaria, en virtud de que sólo cuando se ha realizado el supuesto que establece la norma primaria aparece la obligación y entonces se da la posibilidad de que se viole ésta. Con la violación del deber establecido en la norma primaria surge la sanción, que significa el reenvío a una nueva norma que se refiere al incumplimiento. La hipótesis de la segunda norma, o sea, el incumplimiento es el hecho contradictorio de la tesis postulada en la primera norma. El incumplimiento produce un nuevo deber que es el del juez, el cual consiste en hacer cumplir la obligación. Aquí se advierte con toda claridad el carácter fundamental del enlace de normas en el pensamiento de Schreier, y, además, el papel preponderante que juega la norma primaria en relación con la secundaria, ya que sin la existencia del hecho que establece la norma primaria es imposible el hecho que constituye la hipótesis de la norma secundaria.

Por lo que toca a la posición de Kelsen en relación con el enlace de una primera norma con una segunda, las cuales se formulan respectivamente de la siguiente manera: 1. Debes comportarte de cierta manera. 2. Si te conduces de manera diversa, esto es, si violas el deber señalado en la primera norma se te debe aplicar un acto coactivo, es de rechazo, en virtud de que dicho enlace normativo no corresponde a la estructura del derecho positivo que es esencialmente una ordenación coactiva de la conducta humana.

La radical separación entre la norma primaria y la secundaria, que establece un acto coactivo estatal para el caso de que se viole la norma mencionada en primer término, adolece de dos defectos que son: 1. Es superflua, y 2. Induce a error.

Es superflua la cesura de referencia entre ambas normas, porque

la función de obligar a la conducta conforme a derecho, es decir, la conducta que evita la coacción se cumple por el precepto jurídico mencionado sub 2, que es el que establece la coacción, y sólo este precepto expresa el carácter esencialmente coactivo del derecho positivo. Si se suprime la norma citada sub 1, la función de obligar a realizar la conducta que evita la coacción se cumple de manera perfecta por la norma citada sub 2. Hay una identidad entre lo que establece el precepto citado sub 1 y el precepto citado sub 2, lo cual hace superfluo el primer precepto, y esto queda claro en el siguiente sencillo ejemplo al que alude Kelsen:

En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.⁴³

Induce a error la cesura entre un precepto jurídico primario y uno secundario porque el precepto mencionado en primer término da la impresión de que puede existir un deber jurídico sin acto coactivo.

Por otra parte, cabe advertir que este enlace entre una primera y una segunda norma, que amenaza con un acto coactivo el incumplimiento de la primera procede abiertamente del pensamiento jusnaturalista.

Incluye en el sistema jurídico-positivo, que no es sino un sistema de normas que disponen la coacción, el imperativo de Derecho natural, completamente desplazado y superfluo ahí. Si se reconoce a la primera norma la aptitud para constituir un deber jurídico sin ser ella misma una norma coactiva —y esto es lo que se expresa al formularla como una norma independiente— sólo puede ser bajo el supuesto tácito de que esa norma tiene un contenido justo, de que obliga, no en virtud de una ordenación coactiva contenida en ella, sino en virtud de su contenido 'justo'. En realidad, sólo como norma de Derecho natural puede insertarse en el sistema del Derecho positivo; lo cual es una contradicción en sí mismo; pues entonces hace superflua y hasta imposible la segunda norma que ordena la coacción.⁴⁴

⁴³ HANS KELSEN, *La teoría pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Traducción de Moisés NIELVE, p. 78.

⁴⁴ HANS KELSEN, *La idea del Derecho natural*. Traducción del alemán de Francisco AYALA. Editorial Losada, S. A., p. 46.

Si el precepto jurídico que ordena el acto coactivo estatal se encuentra precedido por una norma jurídica primaria que establece la conducta que evita la coacción, entonces en esta norma se constituye un deber jurídico válido en sí y por sí, por lo cual el precepto jurídico que establece la coacción tiene un carácter secundario y funciona solamente como garantía y protección del deber jurídico establecido en la norma primaria, esto nos conduce a legitimar como justa la coacción establecida en el derecho positivo, con lo cual se justifica el orden jurídico positivo en forma jusnaturalista.

Si en la relación entre la norma primaria y la norma secundaria se contempla a ésta, como ya vimos, como una garantía o protección de la primera, entonces se justifica la existencia de la sanción para que garantice que se cumpla el deber jurídico justo establecido en la norma primaria. Como la segunda norma protege la realización del deber jurídico justo postulado en la primera a través de la sanción, ésta sería justa porque ayuda, en alguna medida, a la realización de la justicia. Por otra parte, como la sanción establecida en la segunda norma es un medio para la realización del deber jurídico establecido en la primera, en lugar de la relación entre el acto jurídico considerado como hipótesis normativa y la sanción entendida como consecuencia jurídica, aparece la relación teleológica en el sentido de que la sanción establecida en la segunda norma es el medio para la realización del deber jurídico postulado en la primera, el cual jugaría el papel de fin por alcanzar.

Parece que la dificultad central en torno a la construcción de los conceptos jurídicos fundamentales estriba en que como el derecho representa la encarnación de una ideología y como ésta no tiene un carácter uniforme en las diversas ramas que integran el derecho, si se parte de una disciplina o disciplinas jurídicas que históricamente se han formado siguiendo determinadas direcciones ideológicas, entonces los conceptos jurídicos fundamentales que se pretende encontrar resultarán afectados por el punto de partida que se elija. Lo anterior se ilustra con el análisis que sobre el Derecho subjetivo hace Kelsen.

Kelsen se encuentra situado polémicamente frente a los que sostienen que el derecho subjetivo es un concepto fundamental del derecho, ya que considera que la esencia del derecho se manifiesta en el deber jurídico.

Es conveniente, con la finalidad de entender mejor la idea de Kelsen sobre el carácter fundamental del deber jurídico, analizar en que forma argumenta el propio Kelsen en contra de que el derecho subjetivo sea un concepto fundamental del derecho.

Estima el maestro de Viena que una de las razones que demuestran que originariamente el concepto de derecho subjetivo tenía un sentido jusnaturalista, en virtud de que se le concebía como un derecho situado frente al orden jurídico positivo, por comprender una esfera de liber-

tad independiente de la vinculación establecida por el derecho objetivo, consistía en que por derecho subjetivo se entendió la noción de facultad y no la de deber jurídico. Pero es conveniente percatarse de que si hipotéticamente me sitúo frente al orden jurídico en calidad de sujeto, y me pregunto por el sentido según el cual me afectan las normas jurídicas, habré de concluir que el derecho objetivo se me ofrece no sólo en tanto facultad, sino también en cuanto a deber jurídico, es decir, no únicamente es mi derecho en cuanto me confiere facultades, sino también porque me impone ciertos deberes jurídicos.

Los autores que entienden el derecho subjetivo como facultad, soslayan el concepto del deber jurídico asentado anteriormente. A pesar de esto, aun desde el punto de vista del sujeto, para Kelsen, la función esencial del derecho se expresa en el deber jurídico. Para demostrar la verdad del anterior aserto basta percatarse de que sea cualquiera la forma que se tenga de entender la facultad jurídica, es exacto afirmar que la facultad jurídica de un sujeto supone necesariamente el deber jurídico de otro. Aquí se advierte que el derecho subjetivo no tiene una existencia autónoma, independiente del deber jurídico, como la tenía dentro de la concepción jusnaturalista según la cual estaba constituido por una facultad frente al orden jurídico positivo, ya consistiera aquélla en una exigencia de respeto a la libertad individual frente al Estado, o bien, en el derecho de propiedad entendido como algo anterior al derecho objetivo que éste debería respetar.

Por otra parte, no importa el concepto de libertad que se postule, la verdad es que la facultad de alguien supone siempre el deber de otro. Si se define el derecho subjetivo diciendo que es un interés jurídicamente protegido (Ihering) entonces mi interés, o sea, mi derecho subjetivo, sólo queda protegido en el caso de que otro sujeto esté obligado a realizar la conducta que constituye la materia de mi interés. O si se define el derecho subjetivo como la voluntad protegida por el derecho (Windscheid) entonces mi voluntad estará protegida en la medida en que se encuentre obligado otro a comportarse de acuerdo con mi voluntad. El derecho de uno es la consecuencia del deber de otro, pero no una consecuencia necesaria. En los dos conceptos de facultad que se analizaron anteriormente el deber jurídico es un medio para proteger el interés o la voluntad, entendidos como cualidades del sujeto insertas en el orden del ser. Aquí el derecho subjetivo tiene una significación naturalista no jusnaturalista. Para Kelsen toda norma jurídica estatuye un deber, pero ello no significa que quede protegido un interés concreto de carácter individual, ni por otra parte se determina el contenido del deber siempre por la simple manifestación de la voluntad del sujeto al cual el orden jurídico le delega la facultad correspondiente. Más aún, podría perfectamente concebirse un orden jurídico que no estableciese facultades en un sentido estrictamente técnico, al no otor-

gar a la voluntad individual de los que integran un negocio jurídico o de las partes en una contienda judicial ninguna relevancia en la determinación del contenido del deber jurídico. Para Kelsen la técnica específica de los derechos subjetivos tiene un carácter históricamente condicionado, y es propia de la economía capitalista, la cual se basa en la propiedad privada. En esta técnica el derecho subjetivo asume la forma de una facultad en sentido propio y auténtico; dentro de las condiciones de funcionamiento del acto coactivo se admite la manifestación de la voluntad a través de la acción procesal o de la querrela.

El derecho penal moderno es un ejemplo de un cuerpo de normas que impone deberes sin conceder derechos subjetivos, siempre y cuando se trate de delitos que se persiguen de oficio; no obstante que utilice la técnica procesal civil, la cual concede facultades, por lo que se hace depender el castigo del delincuente de la acusación formulada por el fiscal, ya que esto viene a ser un momento externo, puesto que cuando se plantea la acusación, una vez que se ha aceptado que el hecho es punible, constituye un deber jurídico del fiscal y no una simple facultad. En el ejemplo anterior Kelsen ha encontrado un apoyo para demostrar que los derechos subjetivos son contingentes y no así los deberes jurídicos, pero hay que reflexionar seriamente en el hecho de que se procede selectivamente, es decir, que se escoge como punto de partida de la reflexión el derecho penal moderno y, particularmente, la parte de éste que se refiere a los delitos que se persiguen de oficio, para encontrar la esencia del deber jurídico. Pensamos, que el carácter fundamental que se atribuye a uno o a unos conceptos jurídicos siempre tiene un carácter aporético, que sólo se revela cuando el análisis crítico en relación con los conceptos jurídicos fundamentales entra en función.

El carácter esencial del deber jurídico lo deduce Kelsen de la idea de que en él se manifiesta la esencia del derecho y al respecto expresa:

Es impensable un orden jurídico y aun una simple norma de Derecho sin deberes jurídicos, pues la obligación jurídica no significa otra cosa que la sumisión al Derecho; y en esta sumisión o vinculación jurídica radica la esencia del Derecho, considerado tanto en su conjunto como en cada una de sus normas.⁴⁵

Si la esencia del derecho reside en la vinculación o sumisión jurídica, entonces los conceptos fundamentales del derecho en los cuales se expresa dicha vinculación o sumisión, a su vez, reflejarán la esencia de lo jurídico. Esta concepción parece garantizar mejor que otras la independencia del derecho frente a la política y frente a la ética, porque la

⁴⁵ Hans Kelsen. *Teoría general del Estado*. Traducción del alemán de Luis Legaz Lacambra. Editorial Labor, S.A. Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934, p. 79.

concepción del derecho como orden coactivo de la conducta, que es el punto de partida para la construcción de los conceptos jurídicos fundamentales, es de carácter neutral, ello implica la no intromisión de elementos ideológicos en su conceptualización y, consecuentemente, una concepción a ideológica de los conceptos jurídicos fundamentales.