

LA PROPIA CONDUCTA COMO PROMULGACION Y DEROGACION DE LA NORMA JURIDICA

Por JOSÉ ECHEVERRÍA

A mis estudiantes del curso de Filosofía del Derecho dictado en 1965, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, que con sus observaciones, críticas y preguntas contribuyeron al desarrollo de los pensamientos que en este ensayo se exponen.

— *Prolongaciones críticas de la teoría del Derecho de Hans Kelsen* —

I

1. La distinción entre la *validez* y la *eficacia* de una norma jurídica plantea, a mi entender, un conjunto de problemas complejos que los juristas suelen eludir sigilosamente. Definiciones un tanto apresuradas o no suficientemente meditadas en todas sus consecuencias sirven para ocultar el enlace de tales conceptos con temas conexos insoslayables, como la posibilidad de un Derecho natural que sea el fundamento de la revolución legítima. Pero conviene ante todo disipar los prejuicios que estas palabras actualizan apenas leídas. Cuando hablemos de Derecho natural no aludiremos, por cierto, a un código de normas estampadas de una vez y para siempre en la conciencia moral de los hombres, y que pudiera servir de fundamento al Derecho positivo vigente, sino antes bien a la renovada exigencia de un cambio jurídico por invalidación de este Derecho. Y esto es precisamente la

verdadera *revolución*, operación política, económica, social y cultural, desde luego, pero ante todo *jurídica*. En vano se pretende disminuir el alcance de este concepto mediante su uso a destajo, ya como recurso retórico para simular el cambio donde no lo hay fundamental o como alusión a un cierto cataclismo futuro, que habría de caer de fuera, por el solo juego de leyes económicas o históricas, y con cuya expectativa se adormece hoy a los pueblos de un modo tan eficaz como con el llamado "opio" de las religiones.

2. Por *validez* de una norma jurídica se entiende su *fuerza obligatoria*. Hay consenso en identificar la validez de la norma con su existencia. Decir "tal norma carece de validez" es lo mismo que afirmar "tal norma no existe", o bien: "lo que hay allí donde se ha querido ver una norma es, en verdad, una ausencia de norma". Hans Kelsen declara: "Por validez entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o —lo que es igual— a reconocer que tiene fuerza obligatoria".¹

El concepto de eficacia, en cambio, alude a la conformidad de la conducta de los individuos con la norma, al hecho de que se comportan como, según la norma, deben comportarse. Una norma es eficaz cuando es realmente cumplida y aplicada.²

3. Llamamos positivismo jurídico la tendencia doctrinaria que reduce el objeto de la ciencia jurídica al solo estudio del Derecho positivo y rehúsa calidad científica a la tentativa de avalorar, recusar o justificar este Derecho mediante la aplicación del criterio de *justicia* o de *Derecho natural*. La *teoría pura del Derecho*, de Hans Kelsen, constituye, en este sentido, un positivismo jurídico.³

Queremos mostrar aquí que todo positivismo jurídico consecuente ha de terminar por erigir la eficacia del Derecho en la razón de su validez; más aún: por subsumir la validez en la eficacia.

Ello se comprende: para el positivismo jurídico, sólo es Derecho el Derecho positivo, el que tiene efectiva vigencia, el que es cumplido y aplicado realmente, vale decir: el que es eficaz.⁴ La eficacia del

¹ *Teoría general del Derecho y el Estado* (que mencionaremos como T.G.D.E.), trad. de Eduardo García Máynez, México, Imprenta Universitaria, 1949, p. 31; *La teoría pura del Derecho, Introducción a la problemática científica del Derecho* (que mencionaremos como T.P.D.), trad. de Jorge J. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, pp. 32-33; Eduardo García Máynez, "El problema filosófico-jurídico de la validez del Derecho" en *Ensayos filosófico-jurídicos (1934-1959)*, México, Universidad Veracruzana, 1959, p. 9.

² T.G.D.E., p. 41.

³ *Idem.*, pp. V a VII, 4 y sgtes.; T.P.D., pp. 44 y sgtes. Véase también "La idea de Derecho natural" en el volumen *La idea de Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, pp. 13 a 52.

⁴ Cf. Carlos Cossío, "Ciencia del Derecho y sociología jurídica", *Estudios Jurídico-*

Derecho viene a ser, por tanto, lo mismo que su existencia; y, puesto que, de otra parte, se identifica la existencia del Derecho con su validez, tenemos que eficacia y validez del Derecho coinciden, son una y la misma cosa.

Veámoslo con más detención en la obra de Kelsen.

4. Este autor, como es sabido, adopta la concepción de un ordenamiento jerárquico de las normas, elaborada primero por su discípulo y colega de la Universidad de Viena, Adolf Merkl.⁵ Kelsen exhibe, pues, un sistema graduado en que el carácter lícito o ilícito de un acto depende de su ajuste o desajuste respecto de una norma, y en que la validez de cada norma depende a su vez de su ajuste o desajuste con otra que, precisamente por ser la razón de su validez, puede considerarse como de rango superior a aquélla. A la postre, conforme a esta concepción de Merkl y Kelsen, el orden jurídico ofrece el aspecto de un proceso en el cual ciertas normas obtienen una progresiva concreción en otras, hasta terminar en el acto coactivo que confiere al Derecho su fisonomía propia. Así, si nos preguntamos, por ejemplo, qué es lo que distingue un asesinato de la aplicación de una pena de muerte, un robo de un embargo, deberemos responder que la pena de muerte y el embargo han sido prescritos por una norma individualizada: la sentencia judicial, no así el asesinato y el robo; si nos preguntamos qué distingue la sentencia judicial de otras declaraciones que ciertos hombres puedan pronunciar sobre los conflictos ajenos, habremos de decir que lo propio de la sentencia es haber sido dictada de acuerdo a una norma general, la ley o la costumbre, la cual por su parte obtiene su validez del hecho de haber sido elaborada conforme a la Constitución política; entre las normas más individualizadas —sentencias judiciales y decretos administrativos— y las normas generales se intercalan a veces normas relativamente individualizadas, a saber: los negocios jurídicos —contratos, testamentos etc.* Ahora bien, si indagamos cuál es la razón de validez de la Constitución vigente nos vemos remitidos a una Constitución anterior, con-

Sociales, Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, Universidad de Santiago de Compostela, 1960: ... "la positividad es un hecho; precisamente el hecho de la eficacia, observancia, vigencia o facticidad de lo normado" (p. 268).

⁵ La obra en que Merkl expone esta doctrina es *Die Lehre von der Rechtskraft*, Viena, 1923. Véase, de Kelsen, T.P.D., pp. 94 a 126; T.G.D.E., 113 a 168. Cf. también de Alfred Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübingen, 1923; *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Viena, 1926.

⁶ Véase T.P.D., pp. 26-27. Naturalmente, ninguna norma puede determinar de un modo completo y absoluto el acto por el que es ejecutada; de aquí nace la posibilidad de desajustes parciales y es lo que genera el problema de la llamada "norma antinormativa" (sentencia o decreto ilegal, ley inconstitucional) susceptible de enmienda, anulación o ratificación: Cf. T.P.D., pp. 123 y sgtes.; T.G.D.E., pp. 160 a 168.

forme a cuyas disposiciones ésta ha sido dictada, y así sucesivamente hacia el pretérito.

Resulta insoslayable en este punto el problema de fundar la validez de la primera Constitución de una serie, originada acaso en una ruptura de la secuencia jurídica normal. Al respecto dice Kelsen: "... si se pregunta por el fundamento de validez de la Constitución en la que descansan todas las leyes y los actos jurídicos verificados sobre la base de las leyes, se llega tal vez a una Constitución histórica que fue promulgada por algún usurpador o por un colegio constituido en la forma que fuera. He aquí el supuesto fundamental de que parte todo conocimiento del orden jurídico basado en esta Constitución: que ha de valer como norma aquello que el primer órgano constituyente histórico ha manifestado como *voluntad suya*. Debe realizarse la *coacción bajo las condiciones y en la forma que determinan el primer constituyente o las instancias en que él hace delegación*: tal es la formulación esquemática de la norma fundamental de un orden jurídico".⁷ De este modo formula Kelsen su célebre *Grundnorm*, vale decir, el supuesto a partir del cual valen los actos constitucionales, legislativos, contractuales, administrativos, judiciales y coactivos y tienen sentido las proposiciones del jurista. Kelsen insiste en que tal norma no es un hallazgo de Merkl y suyo, sino expresión de la *categoría* —en el sentido kantiano de este término— que opera necesariamente en el pensar jurídico en general.

No insistiremos en el problema suscitado por Carlos Cossío de cómo puede explicarse, en el ámbito del positivismo, el que todo el sistema de Derecho positivo obtenga su validez de una norma que, a fuer de mero supuesto, obviamente no es positiva.⁸

En cambio, parece conveniente indagar a qué nos referimos cuando hablamos de *Primer Constituyente o Legislador originario*. Si de este modo queremos mentar el legislador de cuyas normas dependen, por virtud de una línea genealógica regular, las leyes válidas en la actualidad, haya sido él un poder revolucionario, un usurpador o un mandatario elegido por el pueblo, habremos caído en una petición de principio. En efecto, sólo daremos el calificativo de "originario" o "primero" a ese legislador porque las normas por él dictadas están en el origen de un sistema normativo previamente tenido por válido; y no parece posible arrancar de él, por tanto, la validez de este sistema.

Por ejemplo: si no prestamos atención a algunas rupturas en la secuencia regular de las constituciones chilenas, podríamos subsumir todo el Derecho positivo de Chile bajo el acto jurídico que es su

⁷ T.P.D., p. 98. Cf. T.G.D.E., pp. 118 a 120.

⁸ Prefacio a la T.P.D., p. 11.

NR. FUNP. →

Declaración de Independencia, en cuanto ella instituye una fuente de creación jurídica, diferente de la Monarquía española. Pero ¿por qué nos detenemos allí? Sólo porque, si no lo hiciéramos, nuestro sistema normativo carecería de validez y deberíamos proceder a restaurar el Derecho indiano español. No estamos pues, buscando el efectivo fundamento de la validez de nuestro Derecho. Por el contrario, sólo porque aceptamos como un hecho esta validez, nos detenemos en nuestra Declaración de Independencia y la calificamos de Constitución primera, en vez de impugnarla. La gradación que Kelsen exhibe no soluciona el problema de la validez de un determinado orden jurídico nacional, mientras no nos elevamos al nivel del Derecho internacional, puesto que termina en un supuesto que podemos alterar a voluntad; y dado que la validez del Derecho equivale a su existencia como Derecho positivo, tampoco nos proporciona una pauta para decidir cuándo hay Derecho y cuándo no lo hay. El problema parece quedar tan intocado después de seguir esta gradación como lo estaba antes, sólo que radicado en una grada tenida por superior y en un período histórico más o menos remoto.

En cualquier caso de sucesión irregular de los poderes institutores de normas, dentro de un sistema soberano, es decir, que no depende de otro, se puede optar entre dos posibilidades: Conferir calidad originaria ya sea a los poderes del "antiguo régimen", ya sea a las del "nuevo régimen". Claro está que, pasadas las zozobras de la alteración política, todos se inclinarán por reconocer la validez del régimen "nuevo". "Tan sólo alguna que otra cabeza extraviada, escribe Kelsen, puede suponer como todavía vigente hoy el orden estatal de la Rusia zarista y declarar ilegal todo cuanto ha acontecido desde la revolución soviética acá, fundándose en que el viejo orden no fue cambiado de modo legítimo. Pero tal opinión es a todas luces insensata".⁹ ¿Por qué es insensata? Simplemente, porque el orden jurídico soviético tiene vigencia, es observado en general por los destinatarios de sus normas, lo que equivale a declarar que es eficaz. A la postre, la teoría kelseniana sobre la validez de la norma desemboca en la eficacia como *ultima ratio* de la validez, o exhibe su propia deficiencia al requerirnos a buscar otro criterio.

5. A la misma conclusión va a llevarnos la tesis con que culmina la *Stufentheorie*, a saber la de la subordinación de los Derechos nacionales al orden jurídico internacional y, más precisamente, al Derecho Internacional general consuetudinario.¹⁰ En verdad, gracias al

⁹ *Compendio de Teoría general del Estado*, tr. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate, Barcelona, Bosch, 1934, pp. 113-114.

¹⁰ T.G.D.E., pp. 386 a 390; T.P.D., pp. 177 a 199.

primado de este derecho se conserva, según Kelsen, la continuidad jurídica de los Estados nacionales a través de las mutaciones irregulares de Constitución, pues una norma tácita de él determina que un poder institutor de normas que se constituye como tal por la vía de la revolución o del golpe de Estado ha de considerarse legítimo (y válidas, por tanto, las normas por él instituidas) si está en condiciones de asegurar a estas normas duradera obediencia. En otras palabras, "el comienzo y el término de la validez jurídica del orden estatal se rigen por el principio jurídico de efectividad".¹¹

Parecerá entonces que el problema que antes nos ocupó de determinar cuál es el legislador originario es un falso problema, ya que desaparece con sólo ascender al nivel del Derecho de Gentes, cuyo principio de efectividad opera como norma fundamental de los diversos órganos estatales singulares. Pero una teoría sobre la validez de la norma jurídica carece de valor científico si sólo da cuenta de esa validez en un determinado momento histórico. Y no podríamos aceptar que antes de constituirse, en época relativamente tardía, el Derecho internacional de que forma parte el principio de efectividad, no haya habido Derecho válido, lo que equivale a afirmar que no había Derecho. ¿Cómo podría la validez de una ordenación jurídica depender de la circunstancia más o menos contingente que es la formación de una grada superior?

Por lo demás, un análisis somero del significado que tiene el principio de efectividad nos conduce al punto a que llegábamos al estudiar el ordenamiento jurídico nacional; pues dicho principio viene a decirnos que la validez de un ordenamiento tal no depende en manera alguna del modo de producción de sus normas —el que puede ser regular o irregular—, ni del contenido de éstas, sino de la actitud —de acatamiento o insubordinación— que ante este ordenamiento observan los hombres cuya conducta pretende regir. Asimismo, el Derecho de Gentes consuetudinario general, por ser consuetudinario, deriva su validez, y su contenido mismo, de la conducta que los diversos Estados singulares observan en sus relaciones recíprocas a través de los hombres que son sus órganos. En otras palabras, después de seguir toda la construcción escalonada que exhibe Kelsen llegamos a una consecuencia bastante paradójica: que la validez de una norma jurídica depende de su conformidad con la conducta efectiva de los hom-

¹¹ T.P.D., p. 194. Cf. también T.G.D.E., pp. 122-123 y 382 y sgtes. E. García Máynez, *ob. cit.*, pp. 23-24. El llamado "principio de efectividad" sólo requiere, según Kelsen, que el ordenamiento *como un todo* sea eficaz, lo cual significa que *en general* los individuos se abstengan de las conductas señaladas como antijurídicas y que *en general* se apliquen las sanciones por él estatuidas.

bres. Pero entonces toda norma jurídica resulta ser costumbre, es decir, conducta generalizada.

Nuevamente aquí se encuentra la teoría de la validez de la norma con una disyunción muy clara: o bien el Derecho es generalmente cumplido porque vale, o bien es válido porque es cumplido generalmente. Kelsen no se resuelve de un modo categórico en favor de uno u otro de estos dos criterios. Y por esto, al sostener la subordinación de los Derechos nacionales respecto del Derecho internacional, renueva la petición de principio que antes denunciábamos. Pues pretender que cada Derecho nacional obtiene del Derecho internacional su validez y a la vez que este Derecho sólo reconoce un Derecho nacional en la medida en que los hombres cuya conducta aspira a regular lo observan o cumplen por considerarlo válido, es obviamente un círculo.¹²

6. Es ahora necesario aludir con mayor precisión a la distinción que formula Kelsen entre dos modos de ordenar un sistema de normas; atendiendo al contenido de ellas, el uno, al modo como han sido producidas, el otro. Para la primera consideración —o nomoestática— las normas se hallan implicadas unas en otras como lo particular en lo general; la gradación normativa viene a representar entonces, desde este punto de vista, diferentes niveles de generalización o individualización de la norma.¹³ Por el contrario, para la nomodinámica, la subordinación de una norma respecto de otra no depende del grado de generalidad, sino de que ésta regula el modo de producción de aquélla.¹⁴ "El sistema de normas que llamamos orden jurídico, escribe Kelsen, es un sistema de naturaleza dinámica"; y agrega: "Las normas jurídicas pueden tener un contenido de cualquier clase".¹⁵ Para concluir: "La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es otra que la regla básica de acuerdo con la cual las diversas normas del propio orden tienen que ser creadas. La ley fundamental califica un determinado acontecimiento como el hecho inicial en la creación de las demás normas. Representa el punto de partida de un proceso normativo creador y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico".¹⁶

¹² Esta crítica fue expuesta ya por nosotros en un breve ensayo publicado en *El Jurista*, periódico de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, año I, Nos. 2-3, abril-mayo de 1957, bajo el título "Notas sobre la validez y eficacia del Derecho" (pp. 3 y sgtes.). Véase en el mismo sentido la posición de algunos cultores de la teoría egológica del Derecho, resumida en el libro de Enrique R. Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, La ley, 1964, pp. 215 a 217.

¹³ T.G.D.E., p. 115.

¹⁴ *Ibid.*, p. 116.

¹⁵ *Loc. cit.*

¹⁶ *Ibid.*, p. 117. Véase, al respecto, la ponencia de E. García Máñez presentada:

Según esto, para Kelsen, la validez de cada norma viene a depender ante todo de la conformidad que en su producción se ha guardado con lo que otra norma jurídica prescribe. Las sentencias y los decretos administrativos valen por ser dictados conforme al procedimiento estatuido por la ley; las leyes valen por ser dictadas conformes al procedimiento establecido para tal efecto por la constitución, etc.

No obstante, la consideración del modo como las normas han sido producidas no puede bastar para crear la escala jerárquica de ellas. Ocurre, por ejemplo, que los procedimientos estatuidos en una constitución respecto de la formación de la ley suelen seguirse para producir normas individuales, o bien declaraciones que en caso alguno son leyes: concesión de un montepío o de un privilegio, homenajes, consejos, expresión de gratitud nacional, etc.¹⁷ Kelsen reconoce que "hay que distinguir las leyes en sentido material (normas jurídicas generales bajo la forma de una ley) de las leyes en sentido formal (o sea todo aquello que aparece bajo la forma de un precepto legal)"; y también que una declaración desprovista de toda significación jurídica puede ser hecha en forma de ley.¹⁸ Pero esto implica que no basta la nomodinámica para decir en cuanto a la validez de la norma jurídica, la que —según vimos—¹⁹ equivale a su existencia como tal norma, puesto que lo jurídico puede faltar a pesar de reunirse los requisitos formales en cuanto al modo de producción.

Resulta, en rigor, inexacto afirmar que la producción de una norma jurídica es siempre regulada por otra, pues los preceptos constitucionales relativos a la formación de la ley o al reconocimiento de la costumbre y los preceptos legales o consuetudinarios relativos al modo de celebrar un contrato, de dictar una sentencia o un decreto, no suelen ser normas jurídicas completas, por faltarles precisamente aquello que conforme al pensamiento de Kelsen, es esencial en toda norma: la sanción. En verdad, tales preceptos son parte de la condición de la norma jurídica que resulta del hecho de aplicarlos. Así, si una norma estatuye que el delito de robo será castigado con tal o cual pena, el antecedente no estará formado sólo por la mención condicional de ese delito, sino también por un conjunto de otras circunstancias, entre las cuales debe contarse el que dicha norma ha sido estatuida como

al XIII Congreso Internacional de Filosofía bajo el título "Validez formal y validez material en sentido jurídico positivo, y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico", *Symposium sobre Derecho natural y axiología*, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Estudios Filosóficos, 1963, en especial pp. 84 a 86.

¹⁷ T.G.D.E., p. 127.

¹⁸ *Ibid.*, p. 136.

¹⁹ Véase supra: nota (1).

ley en virtud de los procedimientos que la constitución contempla para tal fin.

En suma, no se soluciona el problema de la validez de la norma jurídica al considerar el modo en que ha sido creada, pues ello no nos remite necesariamente a una norma jurídica completa; y porque el procedimiento estatuido para la creación de una norma puede seguirse para dictar declaraciones de otra clase, carentes de alcance jurídico. El único criterio para resolver en cuanto a la existencia de una norma de Derecho, y por ende a su validez, es, pues, el que atiende a su contenido, a la reunión de ella en los caracteres esenciales de lo jurídico; pero esto nos traslada de la nomodinámica a la no-moestática, vale decir al ordenamiento en que las normas más individualizadas quedan subsumidas en otras más generales.

Además, cuando alcanzamos el grado último de la escala jerárquica que debería ser el Derecho Internacional, nos encontramos con que éste Derecho no puede ocupar, conforme al criterio de la nomodinámica, esa posición superior pues no regula el modo cómo los diversos estados han de dictar sus Constituciones y sólo nos enseña que son válidas las que efectivamente son observadas.

Por fin, la insuficiencia de la nomodinámica queda comprobada con sólo considerar que una ley será tal, aunque no se observen los preceptos constitucionales sobre su formación, si los hombres la tienen por tal, vale decir, si de hecho ajustan a ella su conducta.

7. Tras este breve análisis de la *Stufentheorie*, podemos concluir que siempre es el acatamiento real de un sistema de normas por sus destinatarios, vale decir, su eficacia, lo que permite afirmar su validez. Y en este punto podríamos preguntarnos si los conceptos de "validez" y "eficacia" no constituyen una innecesaria duplicación.

Pero conviene examinar con mayor cuidado qué es esta eficacia de que venimos hablando. Ante todo, debemos recordar que la norma estatuye una sanción para el caso de una conducta que define como antijurídica y es lo que Kelsen llama la *norma primaria*; pero esta conducta antijurídica sólo se comprende como tal por ser el opuesto contradictorio de una conducta debida. De aquí deriva que no cabe considerar la mención del deber, lo que Kelsen llama *norma secundaria*, como una expresión defectuosa, incompleta o superflua de la norma jurídica que, en cuanto *norma primaria*, sólo mentaría al entuerto y la sanción. En verdad, el concepto mismo de entuerto o transgresión, que a su vez permite calificar a la sanción de tal, sólo se entiende a partir del deber, como opuesto contradictorio del deber. Proceder de otro modo, hacer de la sanción el concepto clave de la norma jurídica, como quiere Kelsen, conduce a la situación de tener que ca-

lificar ciertos actos de entuerto, pese a que no se descubre el deber cuya transgresión constituyen.²⁰

Por este motivo, nos inclinamos a adoptar la concepción de la norma jurídica que requiere la mención tanto del deber, como de la transgresión y la sanción. Tal es la que preconizan, con diversos matices, Félix Kaufmann y Fritz Schreier,²¹ y que para Carlos Cossio tiene la forma de la reunión en un juicio disyuntivo de dos juicios hipotéticos: el primero —o endonorma— estatuye que si se dan ciertas condiciones, debe ser una prestación; el segundo —o perinorma— estatuye la sanción para el caso de que el deber no sea cumplido, vale decir, bajo condición de que el entuerto ocurra.²²

Comprendemos, así, que la eficacia de la norma jurídica, si se considera a ésta en sus dos tramos, no consiste en que todos los destinatarios cumplan siempre y sin excepciones el deber. El que la transgresión ocurra y sea sancionada, si bien exhibe cierta ineficacia en la endonorma, constituye, en cambio, la eficacia de la perinorma, es el acto por el que la comunidad afirma que la opción entre una conducta y su opuesto contradictorio no es una facultad, pues aquélla es debida y esta otra es prohibida, lo cual se ratifica con la efectividad de la sanción.²³ Sólo se puede comprobar que la norma completa es eficaz cuando ocurren transgresiones periódicas que dan ocasión para que la sanción sea aplicada. Y por lo mismo que, según el punto de vista adoptado, la eficacia coincide con la validez de la norma jurídica, podrá verse en la efectividad de la sanción el modo como la comunidad confiere validez, o lo que es igual: dicta o promulga, la norma en su conjunto.

8. A una conclusión análoga, en cuanto a la reducción de la validez en conducta, va a llevarnos la consideración de la virtud derogatoria de la desuetudo.

Una norma cae en desuso ya sea cuando se deja observar la con-

²⁰ Véase, sobre este tema, nuestro ensayo "Norma jurídica y derecho subjetivo", publicado en la *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, año XXV, Núm. 1-4, septiembre-abril 1955-1956, pp. 29-30.

²¹ Véase del último *Concepto y formas fundamentales del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1942, en especial, pp. 107 y sgtes. (*Grundbegriffe und Grundformen des Rechts*, primera edición: Viena, 1924). La concepción del primero sobre la norma jurídica se encuentra expuesta en su obra *Logik und Rechtswissenschaft*, de 1922.

²² Cf. *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Losada, 1944, pp. 300 y sgtes., y nuestro ensayo citado infra nota 20, pp. 33 a 37.

²³ Como escribe E. García Máynez: "el hecho real de la inobservancia de una norma (entiéndase: de la infracción de un deber) no destruye su validez; la posibilidad de que el precepto sea violado es condición esencial a su validez" (ensayo citado en *Ensayos filosófico-jurídicos*, p. 30). Cf. también Luis Legaz y Lacambra, *La obligatoriedad jurídica*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1953, p. 56: "Que una norma es obligatoria significa sencillamente la posibilidad de que se obrará de acuerdo con ella o de que se reaccionará socialmente contra un comportamiento contrario."

ducta prescrita en ella como deber, ya cuando se la observa en forma tan permanente e invariable que jamás se da la condición para que la sanción se ejecute y se renueve así la memoria colectiva de la prohibición. La ineficacia afecta en el primer caso al tramo inicial de la disyunción; afecta, en el segundo, al tramo final de la misma.

Ahora bien, en algunos sistemas la ley admite la derogación por desuso, en otros la rechaza. Pero aquí nos encontramos con una vinculación de lo jurídico con la conducta, tan esencial respecto del Derecho, que no puede ser alterada por lo que una ley diga al respecto: ninguna norma puede nada contra aquello que Jorge Jellinek denominó *la fuerza normativa de los hechos*.²⁴

Hans Kelsen afirma con razón que cualquier norma jurídica puede perder su validez por desuso. Ello es indiscutible cuando se trata de una norma consuetudinaria: puesto que ella está constituida precisamente por la conducta de los hombres de una comunidad, es obvio que pierde validez, o lo que es lo mismo: deja de existir, cuando dicha conducta no es ya regular. Pero Kelsen sostiene que inclusive un precepto de Derecho legislado puede perder su fuerza obligatoria por una falta permanente de eficacia.²⁵ Según esto, la norma sería válida, aunque hubiese perdido su eficacia, mientras esta pérdida no tuviese el carácter de permanente. Observemos, sin embargo, que la ineficacia sólo gradualmente adquiere la "permanencia" que la constituye en desuso, y esta permanencia y el plazo en que se adquiere sólo pueden ser calificados como tales por una norma sujeta a su vez a caer en desuso; la cual significa que la propia conducta de los individuos es lo que determina cuando esa conducta tiene la virtud de derogar una norma; o lo que es igual: que hay tal correlación entre pérdida de la eficacia y pérdida de validez que la una y la otra coinciden. Por ejemplo: aumenta el número de infracciones a un determinado deber a medida que pasa el tiempo; pero en la mayoría de los casos los jueces deciden que se apliquen sanciones a los infractores y, por ende, la norma conserva su eficacia; no puede decirse aún que el desuso sea permanente; llega, sin embargo, un momento en que las infracciones son tan numerosas que a los jueces se les plantea el problema del sentido que pueda aún tener dictar sentencias condenatorias; y, si las dictan, los órganos ejecutores se preguntan si deben o no deben aplicarlas, puesto que la conducta que antes era tenida por infracción de deber es tolerada ahora por la comunidad como facultativa; los jueces

²⁴ Citado por E. García Máynez en *Ensayos filosófico-jurídicos*, p. 12.

²⁵ T.G.D.E., p. 123. Obsérvese, confrontando la traducción española con el texto original o con la traducción inglesa, que en aquella se hace decir al autor lo contrario de lo que él piensa. Leemos allí: "ninguna norma jurídica, incluso un precepto legislado, puede perder su validez por desuso".

y los órganos ejecutores, para resolver lo que deben hacer, miden la permanencia del desuso y, al hacerlo, pueden tomar en cuenta otros casos similares de desuso, es decir, cierta costumbre relativa a este modo de derogación, o bien instaurar con su acción lo que podrá ser invocado luego como el comienzo de una nueva costumbre. En uno o en otro caso, la conducta efectiva de la comunidad en general, y de ciertos órganos del Estado en especial, habrá encarnado en una costumbre que deroga una norma jurídica hasta entonces vigente.

Si tal es la virtud derogatoria de la costumbre, no ha de ser diferente nuestra conclusión en lo que respecta a su virtud promulgatoria, vale decir, a la posibilidad que le es propia de erigirse en Derecho. Desde luego, aquello implica esto último por virtud de la plenitud del orden jurídico.²⁶ Una conducta de alcance social, lo que los cultores de la teoría egológica del Derecho llaman, con feliz expresión, conducta *compartida*, ha de ser calificada necesariamente, desde el punto de vista jurídico, como prestación, entuerto o facultad. Ya hemos dicho que toda norma alude a una conducta como *debida*, y a su opuesto contradictorio como conducta *prohibida* o entuerto, que es por su parte, condición de una *sanción*, facultativa o debida.²⁷ Las normas de un sistema delimitan, por tanto, en su conjunto, el ámbito de lo que en una comunidad es *debido* y *prohibido*; delimitan, además, lo facultativo, ya sea en forma expresa, consagrando una *facultad*, ya sea en forma tácita, en cuanto se es libre para efectuar todo aquello que

²⁶ Sobre el problema de las posibles "lagunas" en el Derecho, véase la obra de Ernesto Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1902 (tr. española de Carlos G. Posada, "Las lagunas en el Derecho", incluida en el volumen *La ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 287 y sgtes. (Para una bibliografía sobre el tema consúltese, en esta obra, la nota 6-B). Véase también el libro de Carlos Cossío, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, Losada, 1947, y la nota 21 de nuestro opúsculo citado "Norma jurídica y derecho subjetivo". Por nuestra parte, pensamos que el Derecho es un todo pleno, sin "lagunas", porque el lenguaje también lo es, es decir, porque no hay lagunas en el campo semántico, el cual cubre toda la realidad. No se da lo inefable o no-nombrable, puesto que se le nombra así, con estas palabras. Ahora bien, si el lenguaje usado para expresar el Derecho no estatuye un deber, y por ende una prohibición, estará indicando en forma tácita hacia la posibilidad legítima de un uso social o de una acción individual, es decir, estará consagrando una facultad jurídica. El primado ontológico de la libertad, en que ha insistido la teoría egológica del Derecho, viene a significar que se presume facultativa toda conducta que de un modo expreso no sea declarada como debida o prohibida, con lo que se planifica inevitablemente, por una necesidad ontológica, el ordenamiento jurídico; y esto es algo más que una mera relación lógica. Véase Aftalión *et al.*, *ob. cit.*, p. 214. Mas, puesto que nuestra propia conducta puede contribuir a trasladar una acción del ámbito de lo debido o prohibido al de lo facultativo, o viceversa, el Derecho aparecerá ante el juez y ante cualquiera que debe adoptar una conducta de alcance social con un carácter problemático, lo cual puede expresarse, si se quiere, con la metáfora de una "laguna" que nuestra propia acción va a llenar.

²⁷ Hemos adoptado la concepción de Carlos Cossío sobre la estructura lógica de la norma jurídica como juicio disyuntivo, con una sola modificación, pero que es importante: estimamos que la sanción es estatuida siempre en la perinorma como facultad y que, a fin de que sea debida, hace falta que la endonorma de otra norma jurídica así lo establezca. Véase nuestro ensayo citado sobre "Norma jurídica y derecho subjetivo", pp. 37 a 52.

una norma no prescribe o prohíbe. Ahora bien, la facultad tiene carácter jurídico por estar correlacionada con un deber de no impedir ni obstaculizar su ejercicio ni frustrar los resultados normales que de este ejercicio cabe esperar.²⁸ El que la costumbre derogue una norma viene, pues, a significar que la opción entre lo que antes fue, respectivamente, debido y prohibido corresponde ahora a una facultad jurídica; que en consecuencia, al menos a primera vista, desciende el nivel de lo debido y prohibido y se eleva el de lo permitido. Pero la facultad que así surge se integra en una nueva norma, expresa o tácita, con el deber de respetarla, de no impedir o perturbar su ejercicio, por lo cual lo que se quita al ámbito de lo debido (y por ende al de lo prohibido) en una norma ha de serle agregado necesariamente en otra. En suma, si por desuso una conducta deja de ser debida y su opuesto contradictorio prohibido —y sancionado— (hasta aquí la derogación), se habrá instaurado por costumbre una facultad, lo cual importa un deber correlativo, y esto constituye una nueva norma que, a la postre, sanciona la infracción de tal deber.

Observemos también que ninguna norma puede ser tenida por superior a la costumbre en el sentido de poseer la virtud de derogarla o limitarla o de regular su creación. En efecto, la norma que pretendiera a tal superioridad podría ser derogada, limitada, o regulada por la propia costumbre, y de este modo su pretensión quedaría anulada.²⁹ Esto significa que la costumbre, en cuanto importa la aplicación de determinadas sanciones si se observa cierta conducta, constituye siempre Derecho positivo, pese a las declaraciones en sentido contrario que los Códigos suelen contener.³⁰ Por esto, Kelsen afirma: "Si un

²⁸ Como observa Giorgio Del Vecchio, "es un error vulgar creer que el Derecho no se ocupa de lo que permite y que, en consecuencia, una gran parte de la actividad humana es extranjera al Derecho, siendo, en cambio, siempre verdadero que (dado un sistema jurídico) toda acción y toda omisión humanas deben ser necesariamente lícitas o ilícitas, es decir, como tales, jurídicamente notables" ("Droit et économie", en *Justice, Droit, Etat. Etudes de philosophie juridique*, Paris, Sirey, 138, p. 209). Véase, asimismo, el claro análisis de Carlos Cossío sobre el sentido de la conducta compartida, en cuanto lo que hago "va coordinado e integrado al hecho de que un tercero me lo impide o no me lo impide", en especial, en el ensayo citado "Ciencia del Derecho y sociología jurídica", p. 294 (y también pp. 295-296). En el mismo sentido, afirma Luis Legaz y Lacambra en el ensayo suyo antes citado sobre "La obligatoriedad jurídica": "El otro existe siempre y está siempre presente en la vida de cada uno" (p. 13); para agregar luego: "En la vida social está siempre presente la vida personal como base nutricia de la misma. Los actos sociales son decisiones libres de la vida humana adoptadas desde una situación social que supone una alteración; por tanto, lo que desde un punto de vista es libre, desde otro es obligatorio, vinculante" (p. 15).

²⁹ Véase la doctrina alemana sobre este punto en Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (14a. edición, revisada en 1952).

³⁰ Lo dicho permite comprender el alcance preciso del artículo 2º del Código Civil chileno que reza al igual que algunos similares de otros códigos: "La costumbre no constituye Derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Ante todo, conviene tener presente que la ley se remite en general a la costumbre en forma expresa para determinar lo que es "culpa", "mala fe", "buena fe", "buenas costumbres", etc., y que

orden jurídico tiene una constitución escrita que no instituye la costumbre como procedimiento de creación jurídica y, sin embargo, el orden jurídico contiene reglas de Derecho consuetudinario al lado del escrito, entonces, además de la Constitución escrita, tendrá que haber normas constitucionales no escritas, es decir, una norma consuetudinariamente establecida de acuerdo con la cual los preceptos generales obligatorio para los órganos encargados de aplicar el Derecho pueden ser creados por medio de la costumbre".³¹ Mucho habría que decir en cuanto a la última parte de esta cita. Ella importa una innecesaria duplicación de la costumbre, que lleva a presuponer una constitución consuetudinaria que la consagra, sólo por no admitir que la costumbre vale por sí misma como Derecho.

Esta duplicación es análoga a la que Kelsen reprocha a Savigny, de Derecho y Volkgeist, y a Duguit, de Derecho y solidaridad social³² o también a la de Derecho y Estado, acreedoras todas de su severa crítica.³³ Sea como fuere, lo que aquí nos importa destacar es que, en opinión de Kelsen, la costumbre, toda costumbre, en cuanto cabe en el esquema formal que define la norma jurídica, es Derecho válido, aunque la Constitución o la ley escrita declaren lo contrario. Y esto significa que la norma consuetudinaria no necesita ir a buscar en una presunta Constitución la razón de su validez.

9. ¿Puede convertirse este juicio? ¿Es posible afirmar, con igual legitimidad, no sólo que la costumbre es Derecho, sino que todo Derecho es costumbre? Sí, es posible. Más aún: ello es inevitable desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente. Claro está, podemos admitir que una norma jurídica es válida, aún antes de que se

estos conceptos tienen una aplicación tan generalizada en la definición de la conducta antijurídica, que bien puede decirse que la ley está inmersa en la costumbre. Pero, además, según hemos indicado en el texto, la correlación entre ley y costumbre es tan íntima, esencial e inalterable, que es legítimo tener a aquella por la expresión escrita de ésta. Si ello no se ve así, es por la hipertrofia que el Derecho legislado sufre en la mente del jurista, al menos del que está formado en la tradición civilista que gravita en torno del Código Napoleón, del Código Civil alemán de 1896 y del Código Civil suizo de 1907. Dentro de esta tradición, "en el puesto de la comunidad se pone al legislador", para usar una expresión de Francesco Carnelutti. Este autor, después de reconocer que la ley facilita "la prontitud de la acción" como también la verificación y elaboración del Derecho, advierte sin embargo, a los juristas de los jóvenes Estados africanos para que no se dejen seducir por "el mito del legislador"; y agrega: "Más bien, pensad en el juez, que es verdaderamente la figura central del Derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin leyes, pero no sin jueces... Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que malos jueces con buenas leyes" ("Derecho consuetudinario y derecho legal", discurso inaugural del Congreso celebrado en Venecia, en octubre de 1963, con el tema "Del Derecho tradicional africano al Derecho Moderno", en *Revista de Occidente*, Madrid, Año II, 2a. época, Nº 10, enero de 1964, en especial pp. 5, 6 y 11.

³¹ T.G.D.E., pp. 130-131.

³² T.G.D.E., p. 131.

³³ T.G.D.E., pp. 111-112 y 12-13.

haga costumbre. Tal sería el caso de la ley expedida por el órgano legislativo, pero que no ha sido cumplida ni ha tenido ocasión de serlo. Se podrá afirmar su validez, pese a su falta actual de eficacia.³⁴ Pero ¿cuál es el fundamento de esa pretendida validez desprovista de eficacia? Para el positivismo jurídico esa validez sólo puede encontrar su fundamento en la costumbre existente en los individuos de la comunidad de ajustar su conducta a las resoluciones de otros individuos que por este motivo son tenidos por órganos legislativos del Estado. A base de esta costumbre, tales resoluciones pueden, a su vez, ser tenidas por normas generales válidas, pese a que todavía no ha habido oportunidad para que ellas, se inserten efectivamente en la conducta.

10. Pero si, a la postre, la validez de la norma coincide con su eficacia, el resultado más aparente será que el orden del *deber ser* jurídico no puede distinguirse del *ser* de la realidad social, que no puede sostenerse de un modo tan categórico como lo hace Kelsen la autonomía de aquel orden frente al mundo fáctico-social, que no puede trazarse un deslinde preciso y claro entre la ciencia jurídica y la sociología. Más aún: ocurrirá que el Derecho queda todo entero absorbido por la sociología jurídica, que se identifica con ésta. O si se quiere: que el Derecho sobra, que basta la sociología.

Kelsen retrocede ante esta absorción y anulación de la ciencia jurídica por otra disciplina, pues su propósito inicial fue precisamente el de lograr una pureza metodológica que destacara la especificidad del Derecho liberándolo de la intromisión de elementos extraños.³⁵ Pero no de la solución al problema: "Así como es imposible en la determinación de la validez hacer abstracción de la realidad, escribe, también es imposible identificar la validez con la realidad".³⁶

A buscar esta solución que Kelsen no encuentra nos dedicaremos ahora.

II

1.—Hemos visto que el positivismo jurídico, en la medida en que es consecuente consigo mismo, termina disolviendo el Derecho en costumbre e identificando la validez de la norma jurídica con su eficacia.

No cabe, pues, extrañarse de que la posición de Kelsen —que adoptamos inicialmente como hipótesis de trabajo, sin más modificación que la relativa a la estructura lógica de la norma jurídica, sea

³⁴ T.G.D.E., pp. 50-51.

³⁵ T.P.D., pp. 25 y sgtes.

³⁶ T.P.D., p. 104.

particularmente débil cuando trata de enfrentarse a la teoría sociológica del Derecho. Como es sabido, se agrupan bajo este nombre —o bajo el de “jurisprudencia sociológica”— diversas tendencias doctrinarias que buscan obtener un sistema de reglas “que describan lo que la gente realmente hace, y no lo que debe hacer, así como la física describe los fenómenos naturales” mediante las leyes de causalidad que enuncia.³⁷ Ahora bien, puesto que la esencia y propósito de las leyes causales es hacer posible eficaces predicciones, los cultores de la teoría sociológica del Derecho sostienen que el jurista tiene por misión predecir la conducta de los miembros de la sociedad de acuerdo con ciertas reglas, así como el físico predice, de acuerdo con una ley natural, los movimientos futuros de un cuerpo. Esta actitud teórica es expresada por Oliver Wendell Holmes y Benjamín N. Cardozo, para quienes la ciencia jurídica es una predicción de lo que los tribunales harán realmente, y nada más.³⁸ El primero de estos autores escribe: “Los individuos desean saber en qué circunstancias y hasta qué punto correrán el riesgo de ir en contra de lo que es mucho más fuerte que ellos, por lo que se proponen la tarea de discurrir cuándo tal peligro ha de ser temido. El objeto de nuestro estudio es entonces la predicción, la predicción de la interferencia de las fuerzas públicas a través del instrumento de los tribunales”.³⁹ Y el magistrado Cardozo, por su parte, se pregunta: “¿Por qué declaramos que determinada regla es un precepto jurídico?” Y responde: “Lo hacemos porque la observación de casos ya registrados... produce en nosotros una creencia, que tiene la fuerza de una convicción, en el sentido de que la regla será considerada como una regla de Derecho por las agencias del gobierno”. Para concluir luego: “Lo mismo que en el proceso de la naturaleza, damos el nombre de Derecho a una uniformidad de sucesión”.⁴⁰ En

³⁷ T.G.D.E., p. 169.

³⁸ Lugar destacado en esta tendencia corresponde a la llamada Escuela de Upsala, de Axel Hägerström, cuyos discípulos, los juristas A. W. Lundstedt, Alf Ross y Karl Olivecrona y el sociólogo Theodor Geiger, han defendido la tesis de una completa sociologización del Derecho, de modo bastante afín a la jurisprudencia realista norteamericana. Ver de Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Upsala, Almqvist, 1953. De Lundstedt, véase “Derecho y justicia; una crítica al uso de la valoración jurídica como método”, trad. de Roberto J. Vernengo, en el volumen *El hecho del Derecho*, Buenos Aires, edición del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social; también: *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1932. De Ross, pueden verse *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen, Munksgaard, 1946, y *On Law and Justice*, Berkeley, Univ. of California Press, 1959. De Olivecrona, cf. *Law as Fact*, Londres, Milford, 1939, y la traducción de este trabajo en el referido volumen del Inst. Argentino de Fil. Jur. y Social. Por fin, de Geiger, cf. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Copenhagen, 1947. Para este último autor, la obligatoriedad de la norma sólo significa la posibilidad de que se actuará de acuerdo con ella o de que la sociedad reaccionará en contra de un comportamiento contrario (pp. 165-166).

³⁹ *Collected Legal Papers*, Nueva York, Harcourt, Brace and Co., 1921, p. 167.

⁴⁰ *The Growth of the Law*, Yale University Press, 1924, p. 401. Cf. también pp. 43-44.

estas citas se ve claramente cuál es el vicio que afecta a esta concepción doctrinaria: la regla de Derecho es tal para nosotros, viene a decirnos, porque podemos prever que será considerada como tal por otro, por el juez, por el Gobernante, por el que dispone de la fuerza pública. Pero con esto no hacemos sino desplazar el problema, pues habría que ofrecer un criterio para que el juez, el gobernante, el que dispone de la fuerza pública pudiera resolver, en la intimidad de su conciencia, cuál es la norma jurídica válida, la que debe cumplir y aplicar. Mas supongamos que el Derecho es previsión de lo que haremos nosotros mismos, porque somos jueces o disponemos de la fuerza pública. Caemos en el absurdo de encontrarnos con que otro ha previsto ya lo que ahora y aquí nosotros vamos a decidir, con lo cual o bien esta decisión se ve constreñida por el acto de preverla y deja de ser propiamente una decisión, o bien ella se da con independencia de este acto, caso en el cual la previsión pierde toda certeza y deja de ser tal precisamente por nuestra facultad de contradecirla. Si, en cambio, el Derecho no alude al agente, al que ha de decidir, y se limita a remitirnos a lo que otros hicieron, caemos en un *regressus in infinitum* en que nadie jamás se hace responsable de sus juicios sobre lo que es Derecho sobre lo que es justo y sobre lo que debe hacer o no hacer. Así lo reconoce Cardozo, quien escribe: "Más allá del punto en que la predicción ni siquiera alcanza un grado que permita hablar de Derecho incierto, está el punto evanescente en que el derecho no existe, sino que tiene que ser dotado de existencia por un acto libre de creación".⁴¹ No obstante, el acto libre por el que el Derecho se crea no interviene sólo en la ausencia del precedente, sino como creación del precedente mismo o como decisión de reiterarlo periódicamente, a fin de que un modo de actuar adquiera y conserve vigencia. En este sentido, la norma jurídica no es *predicción* sino *prescripción*. El no querer adoptar la perspectiva del agente que elige una determinada conducta con la esperanza de que atraiga el reconocimiento de la comunidad y se haga prescriptiva, impide a Kelsen contraponer su doctrina a la de la sociología jurídica, y su polémica se queda en una mera diferencia verbal entre una jurisprudencia, la suya, que llama "normativa", y la jurisprudencia sociológica. Así, en su *Teoría general del Derecho y el Estado* escribe: "Lo que la jurisprudencia sociológica es capaz de predecir es sólo la eficacia o ineficacia del orden jurídico. Su eficacia, empero, es una condición esencial de su validez, y su ineficacia una condición esencial de su carencia de validez, en el sentido de la jurisprudencia normativa. Por esta razón, la discrepancia

⁴¹ *Ibid.*, p. 40.

entre los resultados de la jurisprudencia sociológica y los de la jurisprudencia normativa es casi imposible. Si el orden jurídico no fuese en la mayoría de los casos eficaz, tampoco sería válido, de acuerdo con la jurisprudencia normativa, y entonces ninguna predicción sería posible en relación con el funcionamiento de los órganos encargados de la aplicación del Derecho".⁴²

Claro está, puesto que el hecho de que la declaración de voluntad de un hombre sea "ley", "contrato", "sentencia de un tribunal" depende de que sea respaldada por la comunidad, la predicción a que alude la jurisprudencia sociológica ha de referirse en definitiva a los actos de cumplimiento o revocación de los individuos miembros de la comunidad. Y ésta es precisamente la eficacia de la norma jurídica que Kelsen enlaza de tal modo a su validez que termina por confundirse con ella.

Para conservar la autonomía de la Teoría pura del Derecho, Kelsen se ve obligado a considerar, no ya sólo la conducta en su exterioridad, sino las ideas y sentimientos que la acompañan: "no solamente cabe observar la conducta externa, escribe, sino también el comportamiento interno de los individuos, las ideas y sentimientos que acompañan tal comportamiento externo".⁴³ Pero estas mismas ideas, estos sentimientos, a los que ahora acude para evitar el envasallamiento de su doctrina por la teoría sociológica del Derecho, los había expulsado antes de su estudio, a fuer de subjetivos, variables y desprovistos, por tanto, de objetividad científica. Así, en el comienzo de su último gran Tratado, escribe: "El aserto 'un cierto orden social tiene el carácter de Derecho o es un orden jurídico,' no implica ningún juicio moral, en el sentido de que tal orden sea bueno o justo".⁴⁴ Y también: "Si la afirmación de los últimos fines aparece en la forma de postulados o normas de justicia, estos descansan siempre en juicios de valor puramente subjetivos y, por ende, relativos".⁴⁵ Por fin: "Si los principios del Derecho natural son presentados para aprobar o desaprobar un orden jurídico positivo, su validez descansa en cualquiera de los dos casos en juicios de valor, desprovistos de objetividad".⁴⁶ Pero, enfrentado a tener que defender la originalidad de su pensamiento, a delimitarlo y distinguirlo frente a la teoría sociológica del Derecho, dice: "Los individuos que viven dentro de un Estado tienen en su espíritu una idea del Derecho, y ésta es, en realidad,

⁴² p. 181.

⁴³ T.G.D.E., p. 185.

⁴⁴ T.G.D.E., p. 5.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 8.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 11.

la de un conjunto de normas válidas, la de un sistema normativo".⁴⁷ Ahora bien la idea que los individuos tienen sobre el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, independientemente de la positividad de éste, vale decir, del hecho de la observancia dada, tiene un nombre: se llama "justicia", e inspira una concepción de lo jurídico por la que Kelsen siente especial aversión: la doctrina del Derecho natural.

En definitiva, Kelsen se ve abocado a esta alternativa: o bien se queda en los puros hechos observables, pero entonces la validez de la norma jurídica queda reducida a eficacia y la teoría pura es absorbida por la teoría sociológica del Derecho, sin que pueda ya defenderse la independencia de la ciencia jurídica, ciencia del deber ser, frente a las ciencias que Kelsen llama del ser; o bien abandona su tentativa de convertir el Derecho en una ciencia empírica, se decide a interpretar los hechos a la luz de los procesos valorativos de la conciencia que les dan su sentido, pero entonces no se comprende ya, ni se justifica, el que la idea de justicia y el Derecho natural sean excluidos de la ciencia jurídica. La tentativa kelseniana de mantener esta ciencia libre de la intromisión de elementos morales —y de la proyección jurídica de la ética que es el Derecho natural— termina inevitablemente por convertir el Derecho en un hecho y por hacer de la ciencia jurídica una provincia de la sociología.

Sólo por las limitaciones metodológicas propias del positivismo jurídico nos veíamos llevados a la conclusión de que el Derecho es válido en la medida en que es eficaz. Pero, comprobada esa dependencia, que deriva de los enfoques específicos de la Teoría pura y de la Teoría sociológica del Derecho, cabe todavía preguntar: ¿por qué es eficaz este Derecho y no otro? ¿Por qué los individuos se conducen de este modo y no de otro? Y sobre todo: ¿debo acaso contribuir con mi propia acción a conservar la vigencia de este Derecho o, por el contrario, debo contribuir en la medida de mis posibilidades a alterarlo? Cuando estas preguntas surgen, la eficacia jurídica aparece fundada en un reconocimiento de validez por parte de la comunidad y, más específicamente, en una libre decisión de cada agente de Derecho.

2. En verdad, podemos adoptar ante la conducta que constituye Derecho dos actitudes, podemos enfocarla de dos maneras. Una es la actitud del que observa, analiza, estudia los hechos de conducta, como si fuesen fenómenos naturales: el que los jueces dicten sentencias en tal o cual dirección, el que los afectados las acaten o no las acaten, el que los contratos sean efectivamente cumplidos o no cumplidos y

⁴⁷ T.G.D.E., p. 185.

las leyes o costumbres respetadas o no respetadas, aparece entonces como un mero hecho exterior del que nos limitamos a tomar nota y a dar cuenta en el Tratado, en curvas estadísticas o lo que fuere. Pero otra es la actitud del agente, del protagonista —y todos somos día a día protagonistas del Derecho; otra es la actitud del que debe decidir, ahora mismo, si su conducta será ésta o la otra, si acata o no acata el fallo, si cumple o no cumple el contrato, la ley o la costumbre. En ambos casos hay conducta; pero, en el primero, ella es pensada y mentada como hecho, psíquico o social, y es una conducta *sida*, ajena o propia; en el segundo, es considerada como acto libre, y el problema que nos planteamos es el de lo que *debe ser* la propia conducta, nuestra acción conducente, siendo o por ser; estamos entonces en la zona en que lo jurídico y lo ético colindan, o, al menos, si pensamos con juicios técnicos —verbigracia: ¿qué debo hacer, si deseo obtener tal o cual resultado, llegar a tal o cual fin?— nos vemos remitidos a la calificación ética de ese resultado o este fin.

Claro es que estas dos actitudes no se excluyen: al decidir mi propia conducta, yo tengo conciencia de cuál es la conducta usual, de cuáles son las leyes o las costumbres vigentes, de qué es lo que en tales casos se hace.⁴⁸ Y puedo entonces evitar el problema de lo que *debo* hacer, alojarme en el *se* anónimo y, tomándome como uno de muchos, conducirme como los demás, como todos. Esto será lo más frecuente: cuando compro el periódico, cuando realizo los actos casi mecánicos de mi cotidiano vivir, cuando observo la conducta habitual en el ejer-

⁴⁸ En consecuencia, no se trata tanto de trazar el deslinde entre dos ciencias, como de comprender sus diferencias a la vez que se asegura su engarce. Carlos Cossío ha contrapuesto en forma clara y precisa la ciencia del Derecho a la sociología jurídica, mostrando que esta última disciplina es conocimiento del espectador y aquella conocimiento del protagonista, o también que el jurista se preocupa del ser de la conducta en su deber ser, al tiempo que el sociólogo del Derecho atiende al deber ser en su ser. Véase, en especial, el ensayo citado "Ciencia del Derecho y sociología jurídica", pp. 304, 305, 306, 307 y 317. Pero la conducta *sida*, reiterable en nuestra comunidad, de que sabemos, es la situación a partir de la cual nuestra libertad se ejerce, y, como dice Cossío, siguiendo a Sartre, hay compenetración entre situación y conducta (*ibid.*, p. 300). Por esta compenetración queda atenuada la alternativa que pudiera obligarnos a elegir cuál de estas dos ciencias —la dogmática jurídica o la sociología del Derecho— está en la base de la otra proporcionándole su objeto (*ibid.*, pp. 260 y 264). En verdad, la ciencia del Derecho que atendía sólo a las llamadas normas generales se quedaba en un conocimiento tosco. Si al abordar la conducta compartida en su hacerse, el jurista no puede prescindir de la conducta ya hecha que forma cuerpo con aquella, es obvio que ha de interesarle, no tan sólo la que queda cristalizada en una disposición legal, o aún en el precedente judicial, sino también la que aparece conceptualizada y sistematizada por otras ciencias sociales, por ejemplo: aquella de que dan cuenta las estadísticas y constantes del sociólogo y el psicólogo social, los residuos de Derechos arcaicos que el etnólogo o antropólogo registra cuando compara las comunidades de Derecho centralizadas con los llamados "Derechos primitivos", etc. En este sentido, creemos que mucho de aquello que el jurista de corte tradicional ha expulsado de su campo debe ser enlazado a él, en la medida en que las diversas ciencias sociales alcancen un mayor rigor científico. Y éste es un elemento de juicio digno de considerarse al organizar los estudios jurídicos.

cicio de una profesión o un oficio, no pienso en que estoy ratificando lo que otros desde antiguo han venido haciendo, lo que yo mismo he hecho en otras circunstancias, y que, de este modo, mantengo en vigor una norma jurídica. Pero hay momentos excepcionales en que, al ver mi conducta en función del sistema normativo todo, tomo conciencia de que con mi acción, idéntica a la conducta general, estaría ratificando un sistema jurídico y unos poderes acaso injustos, en que me digo que, si observara una conducta contraria, una conducta insólita según las pautas de la comunidad a que pertenezco, me expondría tal vez a una sanción, pero acaso contribuiría a que la conducta social se modificara porque otros actuarían como yo, porque habría quienes reprobaran el que yo fuera sancionado, y de este modo tendería a derogar una norma y a promulgar otra, que ahora no es positiva, pero que corresponde a una concepción más exigente y justa del Derecho.⁴⁹ Tal tentativa queda frustrada cuando la conducta en cuestión no obtiene el respaldo de la comunidad, vale decir, no se generaliza, y cumple, en cambio, su objetivo, en caso contrario, o sea, cuando la iniciativa individual encarna en costumbre, que es conducta generalizada. La aplicación de la sanción —y la actitud de la comunidad que la respalda o tolera— constituye precisamente la respuesta negativa de la comunidad frente a la incitación que recibe de uno o varios individuos en orden a derogar por desuso una norma hasta entonces vigente y sustituirla por otra. La verdadera razón de ser de la sanción hay que buscarla en la necesidad de mantener una norma en vigor, y es lo que, con diversos matices, expresan los conceptos de "reparación", "pre-

⁴⁹ Carlos Cossío ve en la sentencia judicial "el fenómeno jurídico por antonomasia" (ensayo citado, pp. 296-297), el jurista "emite" su conocimiento, según él, *siempre poniéndose en el lugar del juez* (*ibid.*, pp. 319 y 320), y agrega: "el jurista, para poder ser sujeto cognoscente, tiene que colocarse en el lugar del juez, o en general del órgano" (p. 321). Creemos legítimo reprochar al autor en este punto, pese a los méritos que ostenta y la deuda con su pensamiento que reconocemos, el que se detenga en el órgano, en sentido estricto, y no alcance en su estudio al verdadero protagonista del Derecho, que es *cada hombre* en el ejercicio de su libertad, en la decisión de su conducta, coadyuvada por el conocer de sus implicancias y por la lúcida conciencia de la situación global en que se encuentra. De otra parte, encontramos en la obra de Cossío cierto sincretismo, cierta oscilación no resuelta entre una actitud intelectualista, descriptiva y neutral, propia del enfoque del espectador, de una parte, y de otra el énfasis puesto en la libertad como consecuencia de adoptar el punto de vista del protagonista. Así, queda atestiguado al considerar que conforme a la primera de estas actitudes, Cossío califica a las normas de "conceptos". No obstante, lo que para el jurista es sólo concepto, para el agente, que a la postre es cada hombre en cuanto decide su conducta, es ante todo un dictar la norma, un querer que la norma sea. Ver al respecto *infra* nuestra nota 64. Agreguemos a esta reserva, y a otras que antes hemos formulado (véase nuestro ensayo "Norma jurídica y derecho subjetivo" ya citado y la nota 27 de éste), que Carlos Cossío, con cuyo pensamiento y el de unos pocos más, nuestro continente ha hecho en este siglo por vez primera un aporte grande a la Ciencia jurídica universal, reúne méritos más que suficientes para estar relevado del penoso deber de constituirse en su propio historiador y apologista. Su obra habría tenido, por cierto, una resonancia mayor, si al leerla no nos sintiéramos tan a menudo forzados a admirar por las expresiones mismas del eventual beneficiario de la admiración que se nos requiere.

vención" y "defensa social". Pues lo que se "repara" es la norma misma amenazada de derogación, lo que se "previene" es el desuso que provoca esa derogación, lo que la sociedad defiende es el sistema normativo en vigencia.⁵⁰

3. Si, según lo dicho, la norma es tal cuando encarna en conducta, se comprende el acierto del célebre Decreto de Graciano al expresar que las leyes se afirman o perfeccionan por su recepción en las costumbres: *leges institui cum promulgantur; firmari, cum moribus suscipiuntur*. Pero la costumbre sólo interesa aquí, por cierto, en cuanto permite presumir una aceptación de validez *in foro conscientiae* por parte de los hombres a quienes la norma está destinada. Esta doctrina que hace descansar la validez en la aceptación de ella ha provocado siempre la tenaz oposición de quienes quieren mantener o fortalecer la autoridad de los poderes de quienes emana la formulación de la norma; y, así, se ha hecho valer que ésta es por sí misma obligatoria y que, por ende, tal obligatoriedad no puede depender de aquellos a quienes se dirige.⁵¹ Mas quienes, por el contrario desconfían de esos poderes, han sostenido que, si el legislador civil obtiene del pueblo su potestad, éste bien pudo dársela reservándose la aceptación; que, en todo caso, la aceptación confirma la conveniencia de la ley para el bien común, y que, por último, si la costumbre puede abrogar la ley que ya obliga, mejor aún puede prevenir que llegue a obligar.⁵²

A la misma conclusión tiende la exigencia de *respeto* como elemento constitutivo de lo jurídico, formulada por Kirchmann,⁵³ o el arraigo de la validez en el *sentimiento de lo justo* que viene a ser, dentro de la obra de Schlossmann, una conciencia natural del Derecho.⁵⁴

El más destacado representante de esta tendencia doctrinaria es, empero, Bierling, quien hace descansar la validez del Derecho en el

⁵⁰ La sanción civil por excelencia, que es la ejecución forzada, sólo es aplicable a quienes poseen bienes. Para la gran mayoría de la población, por tanto, la sanción ha de ser penal, o bien la sanción civil adquiere la forma específica de la pérdida de una expectativa cierta. Como escribe Paul Roubier, "la proletarización de fracciones importantes de la sociedad ha traído consigo un mayor auge de la sanción penal, la que a menudo es la única garantía que los insolventes pueden ofrecer" (*Théorie générale du Droit-Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1946, p. 29).

⁵¹ Cf. Suárez, *De legibus ac Deo legislatio et jure*, I, XI, 5; III, XIX, 3, 6, 9; esta objeción carece de fuerza, según Suárez, en el caso de la ley injusta, y no se ve quien pueda juzgar mejor la justicia o injusticia de una ley que aquel cuya conducta ella pretende regular. Cf. Legaz, ensayo citado, pp. 58-59.

⁵² Tal es la opinión, por ejemplo, de Alfonso de Castro, citado por Legaz en el ensayo "La obligatoriedad jurídica", pp. 57-58.

⁵³ *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 1869; véase la exposición del pensamiento de Kirchmann en el ensayo citado de Legaz, pp. 27-28.

⁵⁴ *Der Vertrag*, 1876, pp. 186 a 200.

reconocimiento de los principios que lo inspiran.⁵⁵ Contra esta doctrina hace valer Kelsen, ya en sus *Hauptprobleme*, que ello importa un traslado de lo jurídico al plano de lo ético, que es metajurídico, y que hace depender la validez de la norma de una circunstancia psíquica, empírica, como tal contingente.⁵⁶ A ello cabe responder que el propio Kelsen cae aquí víctima de la crítica que dirige contra otros, pues si analizamos acuciosamente su *Stufentheorie*, nos vemos remitidos a la postre al principio de efectividad que hace depender la validez del sistema normativo de su cumplimiento, el cual puede ser interpretado, ya empíricamente, como un hecho psíquico o social, ya como manifestación presunta de adhesión o reconocimiento de validez, que implica un juicio sobre los principios éticos más generales que la norma encarna.⁵⁷

Pensamos que la verdad se encuentra, cuando del Derecho se trata, en este último miembro de la alternativa. Mas el reconocimiento que importa es el de las voluntades individuales en cuanto se conciertan en lo colectivo, vale decir, el que implica la adhesión de la comunidad jurídica a la norma. De este modo, la doctrina del reconocimiento viene a coincidir, en definitiva, con la del contrato social, entendido, claro es, como principio regulador de la conciencia de lo justo, no como hecho histórico.⁵⁸

En suma, aceptamos plenamente el arraigo del Derecho en la ética, cuyos deberes suelen ser además deberes jurídicos, sin perjuicio de reconocer que, a más de las normas de Derecho que coinciden con juicios éticos, las hay puramente técnicas; no obstante, aun estas últimas están a la postre referidas a la ética, en cuanto son medios para un fin que sólo la ética puede calificar como digno de orientar nuestra conducta. No podemos ni debemos conformarnos en caso alguno con la no éticidad de lo jurídico, pues ella equivale a una idolatría del hecho consumado.

A la postre, podemos hacer nuestra una conclusión del jurista argentino Julio Gottheil, formulada en un ensayo sobre "La obligatorie-

⁵⁵ *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877 a 1883, t. I; *Juristische Prinzipienlehre*, 1894 y sgtes. Año I; ver Legaz, ensayo citado, pp. 60 y 61.

⁵⁶ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 1911, pp. 346 y sgtes.

⁵⁷ En este último caso, no obsta al reconocimiento (el *Anerkennung* de Bierling) que la norma misma no haya sido conocida por su destinatario, pues al menos habrá de serlo el principio general que la inspira. Y este traslado de lo singular al principio es una de las consecuencias que cabe retener del ordenamiento graduado de las normas.

⁵⁸ Al respecto, véase de Giorgio del Vecchio, *Sui vari significati della teoria del contratto sociale*, Roma, Società italiana di Filosofia del Diritto, 1956, y el ensayo "La philosophie politique de Rousseau" en el citado volumen *Justice, Droit, Etat*, pp. 255 y sgtes.

dad en el Derecho”, en cuanto a que esta obligatoriedad es detentada por la comunidad, la cual sólo existe en sus miembros, por lo que la obligatoriedad es detentada por los miembros de la comunidad.⁵⁹

Al resolver acatar el fallo, cumplir el contrato, observar la conducta requerida por la ley estamos *reconociendo* la validez de ese fallo, ese contrato o esta ley, estamos poniendo el sello de una aceptación voluntaria actual —y contribuyendo a que la comunidad jurídica lo ponga también— frente a lo que ha partido acaso de una voluntad ajena o de una voluntad nuestra pasada; en suma, para emplear otra expresión de Gottheil, estamos *asumiendo* “autónomamente la heteronomía”.⁶⁰

Hay en la norma jurídica, no tanto una anticipación de lo que va a ocurrir, como una *solicitud*, un *requerimiento* para que algo —que es un hecho de conducta humana y social— ocurra. El Derecho es válido sólo en la medida en que cada uno de nosotros, y con nosotros los demás que constituyen la comunidad, tomamos la decisión de que lo solicitado o requerido en la norma se cumpla en efecto. Podemos afirmar por esto que las leyes elaboradas y promulgadas por las autoridades competentes sólo son *proyectos de ley sometidos a nuestra aprobación, enmienda o rechazo en el referendium cotidiano que es nuestra conducta y la de los otros hombres que con nosotros forman una comunidad jurídica*. Los llamados “destinatarios” del Derecho son los verdaderos creadores de éste; son quienes, en calidad de legisladores, confieren validez a las normas con su libre decisión de cumplirlas. En este sentido, cada acción nuestra que interfiere en la vida de los otros es un modo de participar en el proceso de conservación o creación del orden jurídico.

Se ha hecho valer, contra la doctrina del reconocimiento, que someter la obligatoriedad de las normas al parecer de los obligados por ellas sería privar a estas normas de eficacia para regular la conducta, y que, a fin de preservar tal eficacia, es preciso establecer una instancia que “*autoritariamente* decida acerca de los criterios que deben tener validez en el actuar social”.⁶¹ En la misma dirección, se observa que,

⁵⁹ Publicado en *La ley* del 30 de abril de 1955. Tomo 78. abril-mayo-junio 1955; Buenos Aires, p. 3, columna 2. En el mismo sentido, escribe Cossío: “no podría decirse que el legislador manda lo que la ley expresa, sino, en todo caso, que manda lo que el súbdito quiere” (ensayo citado, p. 286). Nos parece pertinente aquí, también, otra cita del último de estos autores: “no es el juez quien ayuda al legislador, como se cree vulgarmente llevándose de la idea jerárquica que sitúa a uno y a otro en la pirámide jurídica, sino que, al revés, es el legislador quien opera como ayudante del juez en cuanto que las leyes escritas, tanto histórica como lógicamente, vienen a hacer más eficiente y efectiva la tarea judicial, al facilitarla como conocimiento y doctrina” (*ibid.*, p. 309).

⁶⁰ *Ibid.*, p. 6, columna 1.

⁶¹ Cf. E. García Máynez, “Validez formal y validez material... etc.”, en *Symposium*

si se admitiese que alguien puede rechazar los preceptos de Derecho que considera injustos, el orden jurídico perdería toda su fuerza, porque todos se creerían autorizados para modificarlo o corregirlo, lo que produciría, a la postre, una completa anarquía.⁶²

Pero estas objeciones revelan el carácter *ideológico* de la teoría que pretende fundar la validez del Derecho con independencia del libre reconocimiento de que vale. Los gobernantes, y de un modo más general los poderes establecidos, tienen interés en difundir la creencia de que las normas que dictan son obligatorias por una virtud mágica que les es propia.

La verdad es muy diferente y hay que proclamarla: las leyes sólo son obligatorias porque se las obedece —y a menudo se las obedece sólo porque se las tiene por obligatorias, o porque se cree que otros, y en especial los encargados de ejecutar la sanción, las van a obedecer; al obedecerlas, empero, les conferimos esa obligatoriedad de que por sí mismas carecen. Mas la ideología al uso cumple su función de tal al negar el derecho de resistencia ante lo arbitrario, degradando así al ciudadano "a la categoría de un sometido incondicional"⁶³ por la ocultación de la facultad que en él reside de derogar y crear el Derecho.

La labor más importante que una auténtica ciencia jurídica orientada hacia la liberación humana puede cumplir es la de disipar esas ilusiones esclavizantes, al ofrecernos la convicción de que en nuestras libres decisiones descansa la responsabilidad del Derecho todo.⁶⁴

No cabe aquí contraponer el valor de seguridad al de justicia. Esta contraposición sólo favorece al beneficiario de la seguridad en cuanto le permite imponer a los otros un régimen injusto. Aquello de que

citado, p. 88, quien cita al respecto el libro de Hans Welsel, *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Córdoba (Rep. Argentina), Universidad Nacional, 1962, p. 27.

⁶² Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, citado por E. García Máynez en "El problema filosófico-jurídico... etc.", en *Ensayos filosófico-jurídicos* citados, pp. 72-73.

⁶³ Cf. E. García Máynez, *ibid.*, p. 75.

⁶⁴ Carlos Cossío observa que se han atribuido tres funciones, en el curso de la historia, a la Jurisprudencia dogmática: suministrar normas, conocer normas y conocer con las normas —entendidas como juicios-conceptos— la conducta (ensayo citado, p. 318). Por nuestra parte, tenemos por verdad que, al conocer la norma, con ella se conoce conducta, como participio pasado sustantivo, es decir, conducta ya hecha, pero ésta es sólo una de las funciones de la norma, y no es la que corresponde a la actitud del protagonista, en cuyo lugar aspira Cossío a situar su estudio. Para tal protagonista la norma es no sólo un conocer, sino un querer fundado en el conocer de la situación; no sólo un *cogito*, sino un *volo*, antes que conducta, acto-conducente; antes que participio pasado sustantivo, es participio presente en el acto de sustantivarse, y, por ende, creación, dictación de normas. Entenderlo así es eliminar los resabios de conformismo implícitos en la terminología intelectualista de Cossío y de su escuela. Ver supra nuestra nota 49. Claro es que este *querer conociendo* que es el Derecho vivo resulta objeto de estudio para el *conocer lo querido* propio del jurista. Esta distinción se puede expresar correctamente reservando el nombre de "norma jurídica" para la primera actitud y el de "regla de Derecho" para la segunda, como quiere Kelsen (T.G.D.E., pp. 46 y sgtes.).

los hombres en general quieren estar seguros es de que no están ni han de estar amenazados por la injusticia. Una seguridad o una paz injustas son, para el que padece la injusticia, una contradicción *in adjecto*, una inseguridad.

4. ¿En qué queda, a la luz de estas consideraciones, la gradación que, según Merkl y Kelsen, determina la validez del orden jurídico en su conjunto? Tentados nos sentimos de responder que ella queda simplemente *en nada*. ¿Qué sentido podría tener, en efecto, el calificar a un acto de lícito o ilícito, según su conformidad con una sentencia, un decreto, un contrato, una ley o una costumbre, si esta conformidad se funda en el reconocimiento de la comunidad, y en nuestro propio reconocimiento como miembro de la comunidad, de que hay allí en verdad sentencia, decreto, contrato, ley o costumbre y no sólo una apariencia de tal? En verdad, si la norma fundamental en que culmina la escala graduada de Merkl y Kelsen es una mera hipótesis, ella estará necesitada en cada caso de confirmación. Adoptamos la hipótesis de que un constituyente es *primero* y la confirmamos a diario en nuestros actos habituales, o excepcionalmente con esos hechos públicos que cabe llamar *hazañas de la libertad*.

Empero, la gradación de las normas jurídicas, según la concepción de Merkl y Kelsen, desempeña una función que la relaciona en efecto con la filosofía kantiana; sólo que esta relación debe buscarse, no con la *Critica de la razón pura*, caso en el cual interpretaríamos la *Grundnorm* como una forma trascendental vacía, sino con la *Metafísica de las costumbres* y la *Critica de la razón práctica*, y más precisamente con los pasajes relativos al imperativo categórico. En la última de las obras mencionadas, Kant expresa este imperativo según la célebre fórmula: *Obra de tal modo que la máxima de tu voluntad siempre pueda valer al mismo tiempo como principio de una legislación universal*. Como ha señalado un agudo intérprete, hay aquí un *querer ejecutivo*, el querer obrar, por acción o por omisión, unido a un *querer legislativo*, en virtud del cual se quiere que la propia acción valga como ley universal, y el imperativo "establece la autoridad de mi voluntad legislativa sobre mi voluntad ejecutiva", o mejor dicho "instaura la soberanía sobre mi conducta de mi voluntad en cuanto es capaz de legislar".⁶⁵ Ello implica, no sólo que no he de atribuirme facultades que no esté dispuesto a conceder a otros, que no he de imponer a otros deberes que no esté dispuesto a asumir yo mismo; implica, además, que "quien quiere que una cierta máxima rija la conducta ajena debe empeñarse en obtener que el prójimo adopte volun-

⁶⁵ Roberto Torretti, "Sobre el significado del imperativo categórico" en *Revista de Filosofía de la Universidad de Chile*, vol. X, N° 1, 1963, pp. 53-54.

tariamente esa máxima como principio de sus actos y no meramente en obtener que éstos se conformen a esa máxima".⁶⁶

Cabe aquí destacar que la universalidad a que este imperativo alude debe ser entendida en dos significaciones conexas. De una parte, lo que yo quiero, aquí y ahora, habría yo de poder quererlo en cualquier otra circunstancia análoga; mi querer, acaso fugaz, queda calificado así por su aptitud para ser re-querido en el curso de mi vida, hasta el punto de integrar el sentido de esta vida como totalidad de actos. De otra parte, el imperativo coordina las vidas de los diversos sujetos en una comunidad universal, pues sólo por mediación del otro soy de verdad un yo y sólo porque lo soy es él efectivamente otro yo, dentro de una necesaria interacción constitutiva de *lo humano*.⁶⁷ Este último significado del imperativo es precisamente el que dice relación con lo justo en cuanto idea orientadora de la conducta armoniosamente compartida. Queda conciliada de este modo la afirmación aristotélica en orden a que la justicia es una virtud que el hombre encuentra en sí mismo,⁶⁸ con esta otra, de Dante, que la define como *virtus ad alterum*.⁶⁹ La que el hombre encuentra dentro de sí, en efecto, es precisamente una ineludible referencia al *otro* que es como él, que es también un *yo*, un ente consciente de sí. Mas la universalidad mentada podría ser tan sólo una universalidad abstracta si no conservara su

⁶⁶ *Ibid.*, p. 56. La célebre crítica que formula Brentano en *El origen del conocimiento moral* al imperativo categórico, en el sentido de que Kant no habría exigido la universalidad si no hubiese sabido previamente que ello era bueno, queda desvirtuada al comprobar que estas calificaciones coinciden y son simultáneas. Con esta comprobación, se desvanecen los problemas derivados de la contraposición un tanto artificiosa entre ética formal y ética material de los valores de que tanto se habló hace algunos decenios. Conviene dejar en claro que la obra de Kant, y la separación que en ella se da de moralidad y legalidad, no autoriza la tentativa nuestra de apoyar ésta en aquélla. En este punto —y sólo en él— nos encontramos más cerca del pensamiento de los filósofos neo-kantianos del Derecho, Rodolfo Stammler y sobre todo Gustavo Radbruch, que de Kant mismo. Desde luego, es necesario conceder a Kant que, desde el punto de vista técnico-jurídico, puede prescindirse a menudo de toda consideración moral en cuanto a los motivos para realizar o no realizar un determinado acto, pero aún este desinterés tiene por fundamento una motivación moral de parte de la comunidad que acata el orden jurídico, al no alterarlo en las normas que lo constituyen ni remover a los poderes que lo instituyen mediante la sanción facultativa última que es la desobediencia y la legítima rebelión. Y esta motivación de la comunidad arraiga naturalmente en la conciencia de sus miembros como individuos, o en la ausencia de motivación contraria.

⁶⁷ Este elemento de universalidad coincide con la *Gattungswesen*, que tan importante función desempeña en la obra de Feuerbach y en la de Marx. Véase de éste, los *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*, y en especial Primer manuscrito, XXIV: "El hombre es un ser genérico..." Ello implica que el hombre puede elevarse por sobre su individualidad subjetiva para constituirse en representante del Hombre. Cabe citar en relación con ello estas palabras de Del Vecchio: "la *societas humani generis* consiste en reconocer para sí y para toda otra persona una misma ley y en afirmar de este modo un vínculo de fraternidad" (*Mutabilité et éternité du Droit*, Bulletin européen, marzo a julio de 1958, p. 10). Ello corresponde, de otra parte, al *totum genus humanum ordinatur ad unum*, de Dante (*De Monarchia*, L.I.C.V.7).

⁶⁸ *Magna moralia*, I, 34, 1193 b. 12.

⁶⁹ *De Monarchia*, L. I, c. XI. 33.

arraigo en la vivencia individual, que es su respaldo, su foco o centro originario de irradiación. Por ello, el significado del imperativo que vincula el querer actual de la vida como totalidad de actos es previo y condicionante respecto del que lo vincula a la vida de los otros.⁷⁰

Puesto que el imperativo categórico, en su sentido intersubjetivo o comunitario, implica que los sujetos se otorgan un recíproco reconocimiento de autonomía, se comprende que la multiplicidad de ellos obligue a considerar y respetar la diversidad de sus propósitos vitales. La ética kantiana, mirada en esta perspectiva, no tiene, pues, esa función uniformadora que suele reprochársele cuando no se capta bien su alcance. Se comprende, asimismo, que cualquier aplicación del imperativo haya de contener una referencia condicional a circunstancias de tiempo, lugar y personas y que, por tanto, lo categórico del principio no excluya, antes bien requiera, lo hipotético de sus derivaciones.⁷¹

Pues bien, si atendemos al contenido de las normas individualizadas que nos afectan, antes que a su modo de producción, podemos juzgarlas según su adecuación a ciertas normas generales y éstas, a su vez, podemos confrontarlas con otras aún más generales: las disposiciones de la Constitución o del Derecho de Gentes que establecen garantías individuales o consagran derecho de la personalidad.⁷² Nos sustraemos, así, a la sola consideración de lo fáctico y contingente, de lo que nos beneficia ahora y aquí; o mejor: vemos nuestra peculiar situación derivada de esa norma individual en función del principio

⁷⁰ Algo semejante se desprende del orden en que Ulpiano formula sus célebres preceptos sobre lo justo: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Regulae, Lib. I, en Dig, I, I, de justitia et jure, 10,1). Tal orden parece significar que el vivir con honra en el sentido de ser acreedor de estima, y ante todo de la propia estima, es fundamento de la doble recomendación frente al prójimo: la negativa, de no dañarlo, precisamente en su vivir y su honra, y la positiva, de darle *lo suyo*, vale decir, lo que pudiere necesitar según su designio más personal.

⁷¹ Véase Georgio del Vecchio, "L'homme juridique et l'insuffisance du Droit comme règle de vie" en *Justice, Droit, État*, p. 229.

⁷² La enumeración de ciertos derechos fundamentales de la persona humana encuentra una primera expresión de Derecho positivo en el *Bill of Rights* inglés de 1689; encuentra luego otras expresiones en la *Declaración de Independencia de las colonias inglesas de América*, en 1776, y sus documentos anejos, y en la *Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano* en 1789. La última de estas expresiones, la *Declaración universal de los derechos del hombre* de 1948, tiene carácter internacional. Se ha discutido sobre el alcance jurídico de estas declaraciones y de las garantías individuales que las diversas constituciones políticas suelen contener. Para Kelsen, ellas constituyen una prohibición de legislar en un determinado sentido, vale decir, en el sentido que pudiere resultar lesivo para las facultades allí mencionadas (T.G.D.E., p. 130). No obstante, si aceptamos la plenitud del orden jurídico, es igual decir "se prohíbe legislar en sentido A", que "queda legislado en sentido no A". A la misma conclusión nos lleva el análisis de la eventual sanción de estas normas: si el Derecho positivo no contempla expresamente una sanción, estará constituida por la resistencia a toda norma contradictoria con aquéllas, y ésta —y la consiguiente ineficacia— ha de ser también la sanción última que recae sobre quienes violan una prohibición de legislar en un determinado sentido.

universal que la inspira, como susceptible de regir todas las situaciones de todos los hombres.

Hay en el pensamiento de Kelsen sobre la *Stufentheorie* una extraña ambigüedad: de una parte, nos dice que las normas de la escala inferior se caracterizan por ser individuales, al tiempo que las de la grada siguiente —leyes y costumbres— son generales,⁷³ y luego, en otras gradas, prescinde de esta consideración, la disuelve al calificar el ordenamiento jurídico como una nomodinámica, en que la generalidad de la norma es decisiva para situarla en una grada, en que lo que importa para este fin es que ella regule el modo de creación de otras; mas no por ello logra Kelsen prescindir por completo de la nomoestática, puesto que, según mostramos,⁷⁴ la ley sólo por su generalidad se distingue de otros actos jurídicos producidos según el mismo procedimiento, y el decreto administrativo sólo por su individualidad se distingue del decreto-ley o del reglamento. Por fin, la elección de un determinado procedimiento de creación para alguna norma sólo tiene sentido en cuanto con él se garantiza en cierta medida la universalidad de esa norma y, por ende, el consenso de los individuos a quienes va a afectar. La nomoestática es siempre fundamento de la nomodinámica.

El reconocimiento del principio universal cubre todas sus consecuencias.⁷⁵ En el estrato más alto de este sistema encontramos normas que estatuyen el deber de respetar ciertos intereses o facultades que cabe calificar como derechos fundamentales del hombre, en cuanto no sólo nos los atribuimos a nosotros mismos, sino que, por este mismo acto de atribución, se los reconocemos a todos los demás y al par nos imponemos el deber de respetarlos en otros; en el estrato intermedio estarán las aplicaciones de tales normas universales a situaciones particulares o circunstanciales, y en el inferior los actos de conducta individuales.

⁷³ "Del mismo modo que las dos situaciones de hecho son enlazadas en el dominio de lo general por la ley, escribe Kelsen, tienen que serlo en el dominio de lo individual por la sentencia judicial. Por esta razón, la sentencia judicial es una norma jurídica individual, la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, la continuación del proceso de producción jurídica desde lo general a lo individual" (T. P.D., pp. 114-115) y también: "Puede comprobarse que la administración, igual que la jurisdicción, es individualización y concreción de leyes..." (*Ibid.*, p. 115). Cf. T. G.D.E., pp. 139 a 142.

⁷⁴ *Supra* I, N° 6.

⁷⁵ Lo que decimos del reconocimiento del Derecho se aplica por igual a su conocimiento. La presunción de que la ley es conocida de todos, que Carnelutti califica acertadamente como una ridícula ficción, dado el número, la complejidad y falta de coherencia de las diversas leyes (ensayo citado, p. 7), cobra sentido si se aplica, no a las leyes mismas, sino a los principios más generales que las inspiran y que corresponden a una exigencia de la conciencia ético-jurídica de los hombres cuya conducta se pretende regular. En tal caso, el presunto conocimiento del principio se extenderá a todas aquellas aplicaciones que de él puedan derivarse según una deducción obvia.

De lo dicho se desprende que no podemos retirar nuestro reconocimiento a una norma relativamente individualizada en cuanto nos perjudica, si lo hemos otorgado a la norma general que enuncia su principio. En efecto, si así lo hiciéramos, estaríamos incurriendo en aquello que la teoría egológica del Derecho llama *vivencia de la contradicción* y que es el elemento constitutivo de la conducta antijurídica.⁷⁶ Es ilícito eludir el pago de contribuciones si a la vez se desean o aprovechan los servicios o beneficios de las instituciones o las obras que con los fondos reunidos gracias a esas contribuciones se van a financiar. E ilícito sustraer un objeto ajeno, y atentar de este modo contra la propiedad privada, si con ello se persigue usar, gozar y disponer de ese objeto ajeno como propio, es decir, disfrutar de los beneficios de la propiedad privada. Es ilícito precisamente por falta de universalidad, porque la interna incoherencia del acto impide su inclusión en un principio universal.

Así lo reconoce Rousseau, cuya fundamentación de la licitud en la voluntad general es ante todo la referencia a nuestra propia voluntad en cuanto aspira a valer para todos los miembros de la comunidad jurídica, vale decir, en cuanto es generalizable. Tal voluntad es siempre recta, conforme a este pensamiento, porque con ella, a diferencia de lo que ocurre con la mera voluntad particular, todos quieren la felicidad de cada uno y nadie deja de apropiarse esta palabra —*cada uno*— al pensar en todos.⁷⁷ “Lo que el positivismo no perdona a Rousseau, escribe un sociólogo contemporáneo, es su negación de la realidad, no como realidad, mas sí como valor; es su negativa de inclinarse ante los hechos, sea cual fuere su cantidad o su antigüedad, es su espíritu rebelde, y también esa fe en el poder de la voluntad humana, el acento de entusiasmo religioso que tiene su prédica de renovación total del orden político, de la educación, del orden sentimental, en una palabra: del hombre en lo más profundo de su ser”.⁷⁸ Informando esta concepción ético-jurídica está la afirmación de que lo ilícito no arraiga en lo ya hecho sino en el actual querer para mí lo que quiero para todos, y para todos lo que para mí quiero.

Si el acto antijurídico implica la contradicción de una voluntad particular con la *propia* voluntad general, se comprende el carácter esencialmente ético y catártico, que el proceso judicial debería tener. La función del juez, bien entendida, habría de consistir en asumir la representación de esta voluntad general por la que el procesado mismo

⁷⁶ Véase el artículo citado de J. Gottheil, p. 6, col. 1, y la *Introducción al Derecho de Aftalión et al.*, ya citada, pp. 460 a 462.

⁷⁷ *Del contrato social*, Libro II, Cap. IV; ver también el cap. III.

⁷⁸ René Hubert, “Rousseau et l'école positiviste” en *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Paris, Sirey, 1932, Nos. 3-4, p. 425.

se condena y reclama, en su fuero íntimo, la sanción que ha de exteriorizar su reconciliación personal y social. A la postre, la sentencia vendría a exhibir, ante la sociedad, pero sobre todo ante el inculpado, la interna duplicidad constitutiva del entuerto. En esta medida, ella puede constituir ya de por sí, un modo de eficaz reforma por el acceso del condenado a una personalidad integrada. Mas este tema pertenece al campo en que la teoría del proceso colinda a la vez con el psicoanálisis y con la ética. Queda, pues, para otros el desarrollarlo.

5. Puede ocurrir, empero, que el entuerto sólo sea tal en relación a un determinado sistema de normas y que, en cambio, represente, respecto de otro sistema, una conducta lícita. Puede constituir, por ejemplo, la supervivencia de un estatuto jurídico parcial o arcaico, que, al conservar vigencia ante la conciencia colectiva o individual, en algunas situaciones especiales, por ejemplo en aquellas que afectan el honor o prestigio de la persona, se tienen por justificativas del duelo o la venganza.⁷⁹

Puede representar también una regresión a un estatuto tal por la incapacidad del estatuto más general o posterior de dar a la situación solución adecuada. El proceso y la condena, si los hay, operarán, por tanto, en un doble sentido: con miras a que el inculpado llegue eventualmente a aceptar la mayor racionalidad del último estatuto, de una parte, con miras a introducir en éste, de otra, la consideración y el tratamiento adecuado de tales situaciones especiales y las vivencias a ellas adscritas.

Mas no interesa destacar aquí esa figura que los penalistas llaman "delito por convicción" y que, en busca de una mayor exactitud y para trascender los límites del Derecho penal, nosotros preferimos denominar inobservancia por falta de reconocimiento.⁸⁰ En ella no hay

⁷⁹ De acuerdo con el Derecho *positivo*, vale decir, el que se convierte realmente en conducta, esté o no esté escrito, el duelo es un "delito" que no es efectivamente delictual, y más bien ha de ser tenido por la supervivencia de una antigua *ordalía*, o sea, proceso, sentencia y sanción al par, relativa a ofensas que, por lesionar el honor de la persona, no pueden ser entregadas al juicio ajeno ni quedan reparadas de verdad por las sanciones que los órganos del Estado pudieren eventualmente aplicar. La disposición, que han contenido muchos Códigos Penales, que eximía de responsabilidad criminal al marido que, en el acto de sorprender a su mujer en flagrante delito de adulterio, diera muerte a ella y a su cómplice, o intentara hacerlo, constituía asimismo la supervivencia de una *ordalía* semejante contemplada expresamente en el Derecho estatal escrito. Obsérvese que la exención de tal responsabilidad en los casos que se califican de "legítima defensa" suele representar la actual vigencia de la venganza privada (ya templada por ley del talión) cuando el Estado no se encuentra en condiciones de proteger eficazmente a los individuos.

⁸⁰ "Lo que los penalistas llaman delito por convicción, escribe Eduardo García Máynez, es casi siempre resultado del conflicto entre los dictados de la conciencia moral y las exigencias del Derecho positivo. Con tal de permanecer fiel a sus principios, el delincuente es infiel a las leyes que el Estado establece" (ensayo citado, en *Ensayos filosófico-jurídicos*, p. 27). Mas no siempre inspira a tales conductas antijurídicas la conciencia moral del sujeto. A veces, ellas resultan del solo hecho de haber perdido poder

interna duplicidad o inconsecuencia: por el contrario, el agente infringe una norma generalmente observada porque, no considerándola justa, cree conveniente derogarla y sustituirla por otra.

La "regla de alteridad" que nos remite, para definir la culpa, la mala o buena fe, a lo que otros hacen habitualmente,⁸¹ es en verdad una regla de conformidad. Pero hay de tiempo en tiempo individuos que, al infringir una norma vigente, expresan en efecto su *convicción*, enjuician los usos comunes y no se conforman: con su conducta ejemplar e inequívoca proponen a la comunidad que derogue esa determinada norma sustituyéndola por otra que autorizaría las acciones o abstenciones que aquélla prohíbe.⁸² Interpelada, la comunidad puede responder con la sanción, y re-afirmar de este modo la vigencia de la norma infringida; o bien, acaso tras una secuencia de actos análogos en aumento, puede renunciar a la sanción o sancionar a los sancionadores que quedan calificados entonces como infractores de una nueva norma; en este caso, lo que para una primera aproximación había aparecido como acto antijurídico se revelará, a la postre, como el acto creador de una norma que convierte en facultad lo que, para la que ahora queda derogada, era infracción de un deber.⁸³

Muchas veces, en el origen de esta inobservancia deliberada está una vivencia de extranjería frente al orden jurídico en vigor: el agente

de convicción una norma que ha estado vigente. La derogación ocurre sin duplicidad, sin contradicción, y a la vez sin expresa convicción de la necesidad de provocarla, más bien en forma espontánea y casi instintiva. Así, la comunidad jurídica chilena ha llegado a establecer de hecho un divorcio por consentimiento de los cónyuges, con disolución del vínculo matrimonial, pese a disposiciones legales en sentido contrario, a través de la nulidad del matrimonio basada en testimonios falsos que permiten declarar incompetente al Oficial del Registro Civil ante quien aquél fue celebrado. En el mismo sentido, habría que mencionar el modo como algunos contratantes se defienden contra la posible disminución del valor económico de las prestaciones en dinero, si se las calcula en la moneda legal, mediante la creación de otra moneda que tiene su respaldo en determinados productos (por ejemplo, trigo, o las mercaderías que se consideran para fijar el llamado "suelo vital"). Para los fines de la tesis que en el texto estamos sosteniendo, atenderemos sobre todo a los casos en que la derogación corresponde a una convicción conscientemente cultivada, antes que a aquellos en que resulta de una pérdida progresiva de la virtud persuasiva que la norma derogada tuvo.

⁸¹ Cf. el ensayo de Robert Dupuy "La responsabilité contractuelle" en *Les temps modernes*, año XIX, N° 214, marzo 1964, pp. 1678-1679.

⁸² La infracción del deber estatuido en la endonorma actualiza en la memoria colectiva la norma en su conjunto y constituye, por tanto, una suerte de llamado a la sanción o a la derogación.

⁸³ Se podría sostener que no es posible eliminar la connotación de antijuricidad hasta que la norma no quede efectivamente derogada; pero esto implica juicios a los que muy pocos querrán asentir: por ejemplo, que los llamados "padres de la patria" fueron traidores y delincuentes hasta que se consumó el proceso de independencia por ellos iniciado. La verdad es que, si esta independencia llegó a consumarse, es porque hubo hombres capaces de asumir su paternidad, liberándose de las falsas lealtades impuestas por el régimen anterior y recusándolas en su fundamento mismo. En tales procesos, la sentencia de término es dictada por la comunidad. Y no hay razón para atender a una calificación anterior al pronunciamiento que ella emite en definitiva, tal como no la hay para tener por delincuente a quien ha sido condenado por una sentencia contra la que proceden recursos aún no interpuestos ni desechados.

lo infringe precisamente para restablecer el diálogo; promueve una discordia con miras a una ulterior y superior concordia. La entrega de la vida por una causa política, por la defensa de una verdad científica, por una nueva religiosidad o un modo diferente de vivir, es ejemplo de la actitud jurídica que tenemos en vista.⁸⁴ Se nos dirá que una actitud tal sólo se justifica cuando se han agotado todos los otros medios de persuasión, vale decir cuando se ha alcanzado una situación-límite. Mas lo esencial es aquí la conciencia de una ilegitimidad que afecta al orden jurídico dado, por contradecir a una legitimidad superior, ignorada o desvirtuada por la comunidad jurídica a que el sujeto pertenece. El que debemos optar por medios más o menos ostentosos, pacíficos o violentos —en el entendido, claro está, de que hay una violencia implícita en el orden contra el cual se protesta— depende de la virtud que tales medios posean para atraer la voluntad en rebeldía de otros y coordinarla con la nuestra.⁸⁵ Una situación-límite no es la que sólo surge tras una larga paciencia y que ya no podemos soportar, sino la que resolvemos no seguir soportando, pues no vemos la razón para soportarla y sí, en cambio, la razón para suprimirla. O en una fórmula: estamos en una situación-límite cuando decidimos poner un límite a nuestra situación.

En el proceso judicial a que esta inobservancia puede dar origen, el órgano que acusa o condena defiende la universalidad y éticidad de la norma en vigor; el reo, la de la norma eventual que su conducta pretende promulgar. Si a la postre el reo se somete a la sanción, puede hacerlo o no por reconocer que ello sea justo, es decir, por adherir

⁸⁴ Sigmund Freud, en "Psicoanálisis y medicina (análisis profano)", después de denunciar el *furor prohibendi*, la tendencia a dirigir, intervenir y prohibir, que reina en nuestras sociedades contemporáneas, observa que "allí donde hay escasas prohibiciones, éstas son rigurosamente observadas" y que, en cambio, "cuando a cada paso tropezamos con alguna, acabamos por sentir la tentación de infringirlas todas"; para concluir, más adelante, que "el mejor medio de corregir las leyes inadecuadas es infringirlas valientemente" (en *Obras completas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1948, vol. II, pp. 778-779). Tanto la razón psicológica que ofrece Freud al comienzo de esta cita, como la dada por nosotros antes de que cada sujeto sólo puede conocer —y reconocer— ciertos principios jurídicos muy generales, aconsejan que las leyes se limiten a enunciar tales principios dejando a los jueces la tarea de individualizarlos según las circunstancias.

⁸⁵ Con lo dicho se comprende el equívoco que encierran expresiones de uso frecuente como *no violencia*, *desobediencia civil* o *resistencia pasiva*, para designar la conducta que renueva un régimen jurídico. Toda inobservancia por falta de reconocimiento, es, por definición, no sólo "desobediencia" a la norma o "resistencia" a su aplicación, sino acto de desafío y "violencia", si por tal se entiende la conducta antijurídica. No obstante, en una civilización cuyos principios condenan la violencia, es importante que el acto de rebeldía exhiba con claridad que la iniciativa violenta, más o menos embozada ya por la costumbre, está en la norma misma que, a fuer de injusta, se pretende derogar, y ello es un motivo para evitar, en lo posible, toda violencia que lo sea en un sentido más general que el de constituir una infracción. Por fin, la "desobediencia" puede ser de "civiles", pero puede ser también de quienes tienen a su cargo una función pública, inclusive de militares o policías; la "resistencia" puede ser "pasiva", pero habrá de consistir a menudo en un acto, acaso en una toma de posesión de lo que se nos niega. Es frecuente —y conveniente— que sepa presentarse como un acto de desafío.

a lo que se le presenta en la sentencia como voluntad general, sino a manera de proclama del nuevo Derecho que reivindica en una voluntad que aspira a generalizarse. Por el contrario, el oficial público que acusa, condena o castiga pretende degradar en delito común lo que, según la intención del autor, quiso ser ejemplo.⁸⁶ Entre ambas posiciones, la comunidad tiene que optar, y acaso su fallo sólo llegue mucho tiempo después. No importa: el inculpado obtiene por su acto mismo, y acaso como Sócrates, por aceptar la propia muerte, no sólo una superior conciencia de sí y de la coherencia de su vida, sino un modo de operancia en la continuidad histórica. Por este último aspecto, pensamos que es un derecho fundamental de cada hombre el de reclamar la *publicidad* de la pena que se le aplica, con mayor razón si se trata de la pena de muerte que coincide con su último acto.⁸⁷

6. El poder de convicción que un acto pueda tener para otros, por partir de la propia convicción del agente, depende de diversas condiciones que sólo una acuciosa *fenomenología del acto revolucionario* podría determinar. Sólo mencionaremos aquí algunas notas que tal acto debe poseer:

a. El agente ha de estar personalmente comprometido en la situación; no puede tener ante ella un interés meramente teórico.

b. No obstante, el agente no puede estar inspirado tan sólo por un interés individual. La oposición a las costumbres toma la forma de crimen cuando éstas son suprimidas de modo singular, escribe

⁸⁶ Verbigracia: la afirmación de la libertad erótica puede caer al nivel de seducción, estupro, adulterio, etc.

⁸⁷ Se ha señalado el parentesco etimológico de los verbos "castigar" y "castrar". En verdad, el castigo representa casi siempre para el que lo sufre una privación de la posibilidad de comunicarse con los otros y para la sociedad un modo de amputación de uno de sus miembros. A veces, puede tomar la forma de ostracismo, deportación, destierro, prisión, presidio, etc.; otras, el castigo realiza la separación de un modo simbólico: son los castigos públicos que asocian el individuo a una experiencia, que lo *marcan* con un signo infamante; por fin, la pena de muerte consiste en interrumpir el discurso que es una vida. Ahora bien, el transgresor por convicción aspira a expresarse frente a su comunidad con el acto que realiza, con su proceso y su eventual condenación, y pena, y a convertir, por tanto, la castración aparente en una reproducción, el término del discurso en una más categórica elocución. En este sentido, si bien es dudosa en muchos casos la legitimidad de la pena de muerte, en cuanto evita la posibilidad de enmienda del delincuente, no lo es en estas "inobservancias por convicción", en los delitos *nobles*, si su carácter público permite al presunto delincuente —otra vez, pensamos en Sócrates— interpelar mejor a su comunidad y en definitiva operar sobre ella. Señalemos, por fin, que si la *democracia* se define, no por el hecho de que la mayoría gobierne, sino por el derecho que ella concede a la minoría —aunque sea la de uno solo— de expresar su disentimiento en forma pública y eficaz, ella podría ser, no ya el régimen social y político que aspira a igualar a todos los individuos en la opacidad de lo común, sino el que llevara la vida en sociedad al rango de diálogo trágico, en el sentido hegeliano del término. Para Hegel, en efecto, lo trágico en un conflicto consiste en que las dos partes en presencia tienen razón en principio, si bien en realidad cada una concibe el verdadero contenido de su fin y su carácter como una negación del fin y el carácter de su adversario y, en consecuencia, los combate. Véase *Estética*, t. III (2a. parte): la poesía, cap. III, c. iii, a; Principios de la tragedia, la comedia y el drama.

Hegel, y agrega que sólo cuando el individuo actúa de modo universal y para todos genera otro mundo, otra ley, otras costumbres en lugar de los que están presentes.⁸⁸ Sin esta purificación de la *mera* singularidad, el que pretende instaurar una nueva norma caerá al rango del delincuente común, acaso de jefe de banda o facción. Esto implica, de una parte, que la voluntad se establezca por su adhesión a un principio, que no sea la *voluntad ambulatória* del existir trivial, que esté orientada por un *fin* al que el agente somete sus actos como medios que en él encontrarán su justificación y que lo prefiguran desde ahora. Mas la interna coherencia del acto ha de manifestarse no sólo en su aptitud para trascender el instante fugaz sino por su virtud de ser *generalizado* es decir, aplicado a todos los sujetos.⁸⁹ A la vez ha de constituir la denuncia de la contradicción que afecta a la norma vigente en relación a los hechos de la realidad social o a un principio jurídico superior, cuya formulación o actualización renueva la cultura y altera la imagen generalmente aceptada del hombre.⁹⁰

c. El acto ha de tener el carácter de una protesta pública, significativa y aún dramática, que requiera la atención de la comunidad hacia la ruptura ideológica que expresa y tienda a crear el reflejo de la insubordinación frente a situaciones análogas. Por esta virtud expresiva suya el acto revolucionario indica que el orden jurídico existente y los modos de conducta en que encarna no constituyen en manera alguna una suerte de naturaleza a la que debemos resignarnos, sino sólo una organización contingente de la fuerza.

Claro es que contra el acto revolucionario reacciona en forma casi automática el sistema represivo legal. Pero, como observa Georg Lukács, por bien organizada que una violencia esté, ella no puede en manera alguna subsistir si ha de manifestarse en toda ocasión como violencia en contra de la voluntad recalcitrante de individuos o de

⁸⁸ *Pbän, des Geister, Vernunft*, V.A.b, Hamburg, Félix Meiner Verlag, 1952, p. 224.

⁸⁹ La llamada "revolución negra" de los Estados Unidos ha carecido precisamente de una elaboración teórica general que pudiera haber destacado su universalidad. En verdad el negro es en los Estados Unidos portavoz de la revolución biológica que afirma el derecho a igual oportunidad de elección en el plano erótico para todos los seres humanos y que, por ello, afirma la unidad de la especie; es portavoz, además, de las víctimas del desarrollo tecnológico que al llegar, dentro del capitalismo, al estadio de la cibernética genera el desempleo; es, sobre todo, portavoz de la revolución del destinatario del proceso económico —consumidor o usuario— en cuanto viene a afirmar que el empresario no tiene facultad legal para elegir su cliente y que, por ende, la empresa es un servicio que está a disposición de quienes necesitan o requieren lo que ella ofrece.

⁹⁰ Aunque, como señala Georg Lukács, puede ser cuestión de oportunidad el usar de recursos legales o ilegales frente a un determinado orden jurídico, la denuncia consecuente y consciente de la ilegitimidad intrínseca de ese orden, para promover una nueva legitimidad, sobrepasa toda consideración táctica. Véase la opinión de Lukács sobre este punto en *Histoire et conscience de classe*, trad. francesa de K. Axelos y J. Boïs. Paris, Editions de Minuit, 1960, p. 308.

grupos.⁹¹ Podemos abonar con varias razones esta afirmación. En primer término, el fin específico del organismo coactivo es procurar obtener obediencia, pero este organismo pierde su eficacia, e inclusive su razón de ser, en la medida en que, compelido por las circunstancias a obrar con la máxima violencia, suprime al obediente eventual. Además, cada miembro del organismo coactivo actúa con la expectativa del apoyo, aprobación y protección de su superior jerárquico; pero, a medida que se asciende en la jerarquía, cada vez el funcionario ve alejarse con la violencia en aumento las posibilidades de alcanzar la juridicidad pacífica y la resignación de la comunidad; y escatima por lo tanto apoyo, esa aprobación y protección que el subordinado espera. Si la acción es acogida favorablemente por la comunidad llega un momento en que el nivel del número de infracciones difícilmente puede ser alcanzado por el nivel de las sanciones correspondientes; cuando el número de las infracciones no sancionadas llega a ser equiparable al de los actos de observancia, se podrá decir que la norma ha sido desgastada hasta alcanzar su derogación, y que lo que ella estatúa como prestación se ha convertido en facultad. Por fin, el organismo coactivo funciona según el principio de la división del trabajo y, por ende, ninguno de sus miembros participa en plenitud de los privilegios que con su acción contribuye a conservar; en la medida en que tal acción pierde virtud intimidatoria, su intervención activa y violenta es cada vez más necesaria; el órgano coactivo adquiere conciencia de que su acción es necesitada para conservar privilegios que no son suyos, y entonces exige una mayor cuota de estos privilegios, despojando a aquellos que antes usaron de él como de un instrumento; los privilegiados deben, pues, elegir entre ceder ante las demandas de la revolución o hacerlo ante las de quienes los han protegido de ella; si optan por lo primero, la revolución ha triunfado; si por lo segundo, el proceso vuelve a repetirse, creándose a veces la sucesión de anarquía y militarismo, que la mayoría de los países latinoamericanos conocen bien.

Sea como fuere, importa que *cada individuo* tome conciencia de que el Estado, en cuanto organización jurídica descentralizada a cargo de especialistas, que operan en virtud de principio de la división del trabajo y son pagados con fondos del erario público, descansa en último término sobre su asentimiento; que él mismo, como individuo, es en cierta medida el Estado. Rasgar el velo de las ficciones ideológicas que disimulan esta relación, obtener que cada individuo sepa que con su conducta promulga o mantiene en vigor un orden jurídico

⁹¹ *Ob. cit.*, p. 294.

y que con una conducta diversa podría alterarlo, es ya de por sí promover una vasta operación jurídica de incalculables resultados para la liberación humana. Con este fin en vista, es necesario intelectualizar las rebeldías ocasionales para que recaigan sobre los principios mismos que inspiran el orden jurídico en su conjunto y para que las conductas individuales se concierten en una acción sistemática. Ni los debates parlamentarios de los llamados "representantes", que por pretender representar a vastas comunidades sólo se representan a sí mismos y al sistema de intereses a que sirven, ni los de una prensa siempre dócil a los sectores que la prohijan o favorecen, pueden dar satisfacción a esta urgencia que cada individuo experimenta de participar activamente en los asuntos de una comunidad que quiere sentir como la *suya*. Pero el desarrollo de este tema nos conduciría a la necesidad de descentralizar el Estado, de dividir la soberanía para que no recaiga sólo en la nación en su conjunto, sino en unidades constituidas por los vínculos de trabajo o de consumo, uso y vecindad y de instaurar en consecuencia diversos lenguajes sociales coordinados entre ellos e instancias jurídicas especiales, todo lo cual ha de quedar para otra ocasión.

7. El tema abre diversas perspectivas, que aquí sólo podemos esbozar, hacia el llamado Derecho natural.

En contra de la doctrina que invoca este Derecho, como pauta que permite avalorar el Derecho positivo, se observa que él carece de exactitud y objetividad, que en contradicción con su pretensión, a la inmutabilidad varía según las épocas y preferencias individuales, que constituye una inútil duplicación del Derecho vigente, inspirada en el propósito de conferirle mayor autoridad, y, por fin, que no es propiamente un Derecho por carecer de sanciones.⁹² En el ensayo titulado "La idea del Derecho natural", Kelsen destaca en especial la siguiente crítica: "el Derecho natural —en contradicción con su propia idea— termina por convertirse finalmente en obra humana", pues "su inevitable aplicación al caso concreto, su individualización, es necesariamente una positivación", por lo cual "el proceso de realización del Derecho natural suprime su idea"; para concluir: "puede mostrarse fácilmente que se trata tan sólo de legitimar como Derecho natural el Derecho positivo, justificar cualquier contenido de éste con una autorización impartida por el Derecho natural a la autoridad que establece la norma, y de estabilizar así una forma de gobierno autocrático-aristocrática".⁹³ Ciertamente, las monsergas, repetidas *ad nauseam*, del

⁹² T.G.D.E., pp. 10 a 13.

⁹³ En *La idea de Derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 58.

Derecho natural conservador, tenido por expresión de la voluntad de Dios o manifestación inmutable de una pretendida "naturaleza humana", y las disquisiciones sobre un supuesto catálogo de derechos subjetivos consagrados por él, han contribuido no poco a su desprestigio. Añádase a esto que el concepto de "Derecho natural" se contraponen al de "Derecho positivo", tenido por "artificial", es decir, elaborado por el hombre, pero que "Derecho positivo" significa también "vigente", adjetivo que permite contraponer este Derecho al que ha sido derogado, y se comprenderá la tendencia a prescindir del Derecho natural como carente de vigencia.

Empero, cabe situar esta crítica en un contexto histórico. La última gran elaboración de una doctrina *jusnaturalista* es la que llevan a cabo, entre los siglos XVI y XVIII, los teóricos de la burguesía ascendente y de la monarquía absoluta, que a menudo fue aliada de aquélla. Esta doctrina opone la racionalidad y unidad del Derecho natural a los Derechos positivos diversos y heterogéneos que los Tiempos Modernos reciben de la Edad Media. Mas, cuando la burguesía logra, junto con su predominancia económica y política, eliminar los últimos residuos del Derecho medieval y convertir el Derecho que había invocado como natural en Derecho positivo, aquel pasa a desempeñar tan sólo una función de fiador ideológico de la justicia y relativa inmutabilidad de este último. Pronto llega esta fianza a sobrar por el completo predominio de las instituciones burguesas y se elabora entonces una concepción del Derecho que destaca la mera facticidad de su vigencia.⁹⁴ Tal es el positivismo jurídico, en sus diversos matices. Las tendencias jurídicas que buscan renovar el Derecho positivo se inclinan, pues, a ver en el *jusnaturalismo* el aliado de éste y, por ende, un enemigo, sin advertir que han de recurrir a un Derecho natural distinto del que ha prevalecido en la historia reciente, desde que aspiran a criticar de un modo radical el que ahora rige. En efecto, dicha radicalidad sólo pueda alcanzarse mediante el enjuiciamiento moral de las instituciones, y el Derecho natural es, precisamente, según una feliz expresión de Del Vecchio, el "perfil social-jurídico de la ética".⁹⁵ En otras palabras, una crítica jurídica no será decisiva mientras sólo atiende a criterios empíricos o a valores de utilidad, y evite someter las costumbres, como cauces irreflexivos de la convivencia, y las leyes, como productos artificiales de los órganos especializados estatales, a la *última ratio* de una instancia ética.

No cabe extrañarse, por tanto, de que haya habido, desde prin-

⁹⁴ Véase el análisis de este proceso en Georg Lukács, *ob. cit.*, pp. 137-139.

⁹⁵ "*L'homo juridicus et l'insuffisance du Droit comme règle de vie*" en *Justice, Droit, Etat*, p. 247.

cipios de este siglo, un poderoso resurgimiento del jusnaturalismo, presente en la Escuela del Derecho libre y en muchas otras tendencias.⁹⁶ En ellas se contraponen a la concepción jurídica de los meros exégetas de códigos, y al fetichismo de la ley que lo inspira, un Derecho natural de contenido variable, que no impone su autoridad para evitar que la legislación positiva se altere; que es, por el contrario, una tentativa de repensar lo jurídico conforme a una conciencia más aguda y clarividente de lo justo.

Ahora bien, este proceso histórico manifiesta cierta peculiar dialéctica que gobierna el desarrollo del Derecho: una toma de conciencia crítica respecto del que está vigente exhibe que sólo ciertas ideologías de conveniencia lo justifican, y reclama que se le renueve; este reclamo toma precisamente la forma de un Derecho natural que aspira a positivizarse; al cumplirse esta aspiración, el antiguo Derecho natural queda soterrado en la legislación y la práctica consuetudinaria, desaparece en ellas, hasta que el desenvolvimiento de la conciencia social exhibe los vicios del Derecho positivo, muestra su condición ideológica y proclama un nuevo Derecho natural que, a su vez, aspira a la condición de positivo, pretende a la vigencia, por invocar su mejor adecuación a la justicia que el Derecho actualmente en vigor.⁹⁷

El conflicto puede manifestarse en la objeción de conciencia, en el acto ejemplar, en los procesos judiciales, acaso provocados en forma deliberada, o en la acción concertada o espontánea de grupos resueltos o grandes multitudes. En la medida en que la protesta se intelectualice como afirmación de nuevos principios jurídicos, o aun

⁹⁶ Entre muchos otros que podrían invocarse, recordaremos aquí los nombres ilustres de Stammler, Troeltsch, Ehrlich, Kantorowicz, Gény, Charmont, Renard, Gentile. Aunque estos autores están lejos de representar posiciones políticamente revolucionarias, todos ellos atestiguan, de un modo u otro, el desgaste crítico de los grandes códigos burgueses y del sistema de ideas que los inspiraron.

⁹⁷ Tienen razón los autores que insisten en que el Derecho positivo carece de autoridad para derogar el Derecho natural. Es lo que expresa Suárez en una célebre sentencia: *Jus naturale est fundamentum humani juris: ergo non potest jus humanum juri naturali derogare, alias suum fundamentum destrueret, et consequenter seipsum* (*De legibus ac Deo Legislatore*, L. II, C. XIV, 5). Mejor: tendrían razón si admitieran —y no lo hacen— que el Derecho natural no está dado *ab initio*, de una vez para siempre, que es más bien una progresiva conquista, en el curso de la cual lo que en un momento pareció ser el Derecho natural, se revela luego como una cristalización histórica y provisional del mismo, contra el fondo de una concepción más exigente y que reconcilia mejor, para las nuevas circunstancias dadas, lo individual con lo general. Claro está, contra la afirmación del Derecho natural derogatorio del positivo conspiran todas las fuerzas del conformismo, a comenzar por esa peculiar pereza para la reflexión innovadora y continuando con la tendencia a dar prioridad a lo normal —por ejemplo en la definición de la culpa— respecto de lo que debería ser *normativo* (Cf. Paul Roubier y los autores que cita en *ob. cit.*, p. 135); conspiran también y sobre todo las presiones sociales, desde las que implican violencia hasta las que desalientan con la probable inutilidad del esfuerzo. Entre estas últimas, no es de las menores, aunque casi siempre inadvertida, el costo de dinero y de tiempo que el proceso judicial requiere. Véase lo que dice Robert Dupuy, en el artículo citado, sobre este miedo al proceso y las responsabilidades que de él derivan (en especial, pp. 1707-1708).

por el solo hecho de admitirse esta posibilidad, se podrá decir que ha habido un "renacimiento" del Derecho natural, si bien será más exacto afirmar que este Derecho es, por su esencia misma, siempre *renaciente*.

Pero aún cuando no se llega a una situación conflictiva, se da una alteración del Derecho con carácter paulatino a través de una serie de decisiones individuales a las que no siempre los agentes atribuyen alcance jurídico, pero que la tienen, sin embargo, por virtud de aquello que Del Vecchio llama "la vocación jurídica, originaria y espontánea de la conciencia".⁹⁸ En esta perspectiva, tienen especial importancia aquellos conceptos que operan como "válvulas" del Derecho positivo y que han sido tenidos también por sus órganos respiratorios:⁹⁹ culpa, buena fe y mala fe, orden público, equidad; como también las enmiendas que se introducen por medio de la interpretación restrictiva o extensiva, la atrofia gradual por desuso, y la libertad de que goza en cada nivel el creador de normas, el legislador dentro del ámbito autorizado por la Constitución, el juez dentro del que la ley establece para su acción.¹⁰⁰ Asimismo, habría que considerar, en este contexto, los llamados derechos de la personalidad, algunos de los cuales son consagrados en forma expresa por la Constitución como garantías individuales, mientras otros adquieren su fisonomía jurídica de la jurisprudencia que establece la responsabilidad por infracción del deber correspondiente.¹⁰¹ Todo ello constituye una zona de vislumbre o claroscuro entre el Derecho natural y el positivo.¹⁰²

Pero ¿merece llamarse "natural" el Derecho que aquí hemos procurado definir en oposición y conjunción con el positivo? Esta pregunta suscita la *difficilis questio de natura naturae*. Creemos poder responderla afirmativamente, a condición de dejar sentado que el adjetivo no alude a una pretendida correspondencia de un Derecho determinado con una "esencia humana" creada por Dios o plasmada por la naturaleza de una vez para siempre. Antes bien, la "naturaleza" a que esta locución apunta es la forma aún no cumplida del

⁹⁸ "Le problème de sources du Droit positif" en *Justice, Droit, Etat*, p. 87.

⁹⁹ *Loc. cit.*

¹⁰⁰ Innecesario es mencionar las más importantes creaciones jurisprudenciales de este siglo; recordemos, simplemente, la llamada "responsabilidad sin culpa", el enriquecimiento sin causa como principio general, la teoría del abuso del derecho.

¹⁰¹ Por lo demás, tales derechos tienen una sanción "natural" en la autodefensa y resistencia, que a veces conduce al alzamiento revolucionario. Y la ejecución de estos actos constituye la facultad que desde siempre los individuos y los pueblos han ejercitado, por lo que no cabe dudar de su positividad.

¹⁰² Expresión de Helen Silving en su ensayo titulado precisamente "The Twilight Zone of Positive and Natural Law" en *California Law Review*, vol. 43, julio de 1955, N° 3.

hombre, la que éste busca realizar en su vida individual y la historia como totalidades conclusas provistas de sentido. "Como la palabra naturaleza significa dos cosas, materia y forma, y esta última es fin, y las otras cosas son con miras al fin, así esta última naturaleza será una causa, la causa final," escribe Aristóteles.¹⁰³ Y dirá también Aristóteles que la forma —o fin— "es más naturaleza que la materia, pues cada ser se designa cuando está en acto, antes que cuando está en potencia".¹⁰⁴

En suma, la naturaleza de que venimos hablando no está dada ya desde el más remoto pasado; es más bien una exigencia del futuro que problematiza el presente. Lo que parece ser transgresión, lo que ante la perspectiva de la normalidad semeja ser un producto defectuoso, a veces será el modo como el Derecho natural se instaura; y otras puede quedar como una tentativa no viable, como una aberración jurídica, vale decir, como uno de los tantos *monstra legum*.¹⁰⁵

Pero la función teleológica, formativa y problematizante que atribuimos al Derecho natural frente al positivo en manera alguna significa identificarlo con cualquier derecho posible. Lo característico de aquél es su peculiar relación crítica frente al Derecho vigente y su pretensión de sustituirlo, de positivarze. "Derecho natural", "Derecho positivo" son conceptos esencialmente relativos el uno al otro. Y así puede darse el caso de que aquello que, en un mismo momento histórico, aparece como Derecho natural en un Estado sea ya el Derecho positivo de otro. Por lo demás, la variabilidad histórica del primero, se da contra el fondo común que es la fundamental libertad que cada hombre tiene de vivir su vida conforme a un propósito personal, respetando a igual título el de los otros y buscando concertarse colectivamente con el de ellos.

Se comprende, así, que los reproches que al Derecho natural suelen dirigirse no aciertan con él. Su especificidad no consiste en esa pretendida inmutabilidad que, con fines ideológicos conservadores, suele atribuírsele, sino en su carácter *emergente*. El no es una innecesaria duplicación del Derecho positivo, puesto que sólo adquiere su condición propia cuando se da en relación antinómica con éste, enjuiciándolo. No es verdad, por fin, que carezca de sanciones, puesto que son suyas, desde luego las del Derecho positivo en que a la postre plasma, pero también, como sanciones propias, la autodefensa, la desobediencia y agotados los medios pacíficos, el alzamiento desti-

¹⁰³ *Fís.*, II, 8, 199 a.

¹⁰⁴ *Ibid.*, II, I, 192 b. Cf. el ensayo de Del Vecchio, "Des caracteres fondamentaux de la philosophie politique de Rousseau", en que el autor señala que la naturaleza de que habla Rousseau es ante todo "un acto del espíritu" (en *Justice, Droit, Etat*, p. 257).

¹⁰⁵ "Los monstruos son errores en el fin", dice Aristóteles (*Fís.*, II, 8, 199 b).

nado a remover los gobernantes del régimen injusto y a alterar la situación jurídica por ellos defendida.¹⁰⁶

¿Es ésta una concepción nueva del Derecho natural? Sólo a primera vista ofrece este aspecto, pues, dada la virtud que el presente tiene de revertir hacia el pasado y actualizarlo, de revelar lo que en el pasado lo anunciaba, se descubre ahora que no fue otra la concepción, acaso recóndita, de las mejores elaboraciones pasadas del Derecho natural. Mientras los hombres no quieran conformarse con el *factum* de la positividad, mientras no se resignen a la obediencia ciega del sistema de normas en vigor, mientras no renuncien a decir: "esto, que está prescrito, no lo cumpliré por ser injusto," el Derecho natural, en su significación prospectiva y teleológica, habrá de ser admitido e invocado como una dimensión esencial de lo jurídico.

8. Hay ciertamente una paradoja en la relación del Derecho natural con el positivo, entendida según la dialéctica histórica que dejamos expuesta. Pues el primero, si bien posee un rango más alto que éste, manifiesto en su aptitud para enjuiciarlo éticamente, es sin embargo más primitivo, en cuanto sus sanciones no están a cargo de órganos especializados y neutrales, sino que son aplicados por las propias víctimas del Derecho injusto, con todos los riesgos de excesos, violencias y falibilidad que ello implica. En este sentido, el Derecho natural, que aspira a ser un avance respecto del positivo, representa en otro aspecto un retroceso hacia los Derechos pre-estatales, primitivos. Para comprenderlo debemos hacernos cargo de que *la revolución es una re-evolución*, un comenzar de nuevo el proceso ya cumplido de estatización del Derecho, sin dejar de aprovechar la experiencia adquirida en las etapas anteriores. Es, en suma, superación y conservación al par, *Aufhebung*. Ello corresponde a una cierta figura que encontramos también en la evolución biológica, puesto que algunos fenómenos que cabría calificar de anormales y regresivos, desde el punto de vista de la especie en cuyo ámbito de normalidad ocurren, pueden ser mutaciones por las que se constituye una especie acaso superior que aporta una nueva pauta de normalidad.

9. Lo dicho se comprende mejor si se tiene presente lo que ya hemos expuesto en cuanto a la génesis jurídica del Estado: todo su sistema normativo viene a interponerse entre la endonorma de una norma primitiva que estatuye un deber y la perinorma de la misma que estatuye la facultad que tiene la víctima de sancionar al infrac-

¹⁰⁶ En la *Summa teológica*, Santo Tomás condena, en general, la sedición por ser contraria a la *unitas juris et communis utilitatis*, pero agrega que no son sediciosos quienes defienden el bien común contra la sedición ajena y que en *regimen tyrannicum*... *tyrannus seditiosus est* (2a. 2ae, Quaest. 42, art. 2). Sólo habría que agregar a esta

tor.¹⁰⁷ Por esta interposición queda postergada la venganza, y diversas autoridades asumen la representación del interés que la norma expresa en que ciertos deberes sean cumplidos. Pero este proceso implica también, claro está, una alteración de la norma primitiva, pues, con la postergación de la acción sancionadora directa, se introduce un elemento reflexivo, que opera retroactivamente sobre el modo como los hombres conciben sus intereses fundamentales, que los lleva a descubrir derechos nuevos de que antes no tuvieron conciencia, y a modificar, por tanto, la endonorma; a la vez, puesto que la ineficacia o el abuso de los órganos del Estado suele afectar a grandes grupos y en último término a la comunidad en su conjunto, la sanción de la perinorma deja de estar a cargo de víctimas individuales de determinados entuertos y queda confiada, por virtud de la solidaridad así instituida, a esos grupos o a esta comunidad.

10. Todo esto se podría encontrar ejemplificado en muchos de los más interesantes conflictos de nuestro tiempo: el de los hombres de color que aspiran a que su dignidad sea reconocida en el acto de suministrarles las posibilidades de comunicarse y expresarse, no menos que los bienes y servicios de que han menester; el de los pueblos colonizados que pretenden a la afirmación internacional efectiva de su soberanía; el de las naciones subdesarrolladas que anhelan participar con sus iniciativas en la creación cultural e histórica; en general, el de la vasta acción reivindicatoria que en nuestro tiempo han comenzado a ejercer los desposeídos del mundo, impugnando los títulos aparentes de muchos poseedores ilegítimos.¹⁰⁸

Pero un ensayo sólo es tal cuando lo que en él se intenta es una

cita, para obtener una plena coincidencia con los pensamientos defendidos en el texto, que un régimen puede llegar a ser tiránico no sólo por abuso del derecho de gobernar, sino por el progreso de la conciencia jurídica de la comunidad, la que debido a tal progreso llega a tenerlo por abusivo.

¹⁰⁷ Véase nuestro ensayo citado, "Norma jurídica y derecho subjetivo", N^o 26, pp. 57 a 59.

¹⁰⁸ Al respecto, los desposeídos invocan el título del *trabajo no remunerado*, de una parte, y el de la *necesidad insatisfecha*, de otra, con lo que totalizan el proceso económico por ambos extremos. La predominancia de la reivindicación basada en el primero de estos títulos define el colectivismo; la de la reivindicación basada en el segundo, el comunismo anarquizante. Pero hay otra revolución menos aparente, y sin embargo consumada en gran medida en nuestro tiempo: el descenso de las barreras prohibitivas que durante milenios encauzaron el erotismo hacia el matrimonio patriarcal y monoándrico, la actitud de tolerancia hacia conductas eróticas que antes fueran desaprobadas del todo y a veces severamente sancionadas, indica hacia una renovación radical de las costumbres en este plano, pese a que aún no hayan sido definidas con precisión las instituciones de reemplazo. Si consideramos ahora en su conjunto estos procesos diversos, podemos definir la revolución de nuestro tiempo como una protesta, a veces individual, a veces de alcance colectivo, contra las coerciones que enajenan al ser humano, como un general cuestionamiento del Derecho y las instituciones tradicionales, y una búsqueda de nuevos modos de convivencia, vale decir, como una operación jurídica que abarca los más variados aspectos de la vida humana.

convergencia, cuando lo dicho es susceptible de decantarse en la meditación solitaria para resurgir después en un diálogo reflexivo y lúcido. Hago votos porque las palabras que aquí he escrito puedan merecer de parte de mis lectores esta atenta meditación.