

de hacer cultura, que es la única posibilidad que tienen los pueblos de justificarse dignamente ante la historia.

Como puede colegirse de lo anteriormente dicho, las fallas que acusa la enseñanza del Derecho en nuestro medio son, a mi juicio, más hondas de lo que ordinariamente se piensa. Son el reflejo de una postura anquilosada y acientífica cuya superación es perentoria. El esfuerzo por lograr este objetivo ha de intentarse desde la misma Universidad, que no puede contrariar su más prístina esencia haciendo causa común con el prejuicio oscurantista y escamoteando la verdad iluminada por la razón. Logrado el salto radical, puesto el Derecho en el rango científico que legítimamente le corresponde, vendrán entonces las reformas estructurales de las Escuelas que lo enseñan, que ciertamente exhiben también formas vetustas. También en este tipo de cambios debemos comprometernos con ahinco, pero teniendo bien presente que en un orden lógico de prioridades, estos últimos deben ser consecuencia obligada de aquella otra transformación medular cuya realización previa será fecundante de todo ulterior esfuerzo. Sin ella, podemos afirmar sin temor a errar, los mejores empeños serán vanos. Todo progreso aparente y ficticia toda nueva exigencia. Muy bien lo dijo Ortega y Gasset, y precisamente a propósito de la Universidad: "Una institución en que se finge dar y exigir lo que no se puede exigir ni dar, es una institución falsa y desmoralizada".

*Carlos Gaviria Díaz*

## APUNTES PARA UN CURSO DE INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

(Continuación)

### CAPITULO VI

#### EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ MATERIAL

1 — *En qué consiste.* En el capítulo anterior hemos estudiado las fuentes formales del derecho, es decir, aquellos procesos generadores de normas imperativo-atributivas reguladoras del comportamiento interferido. Esas normas resultantes de los procesos descritos constituyen el llamado derecho positivo. Y de ellas se predica validez formal si en su formación se han observado ciertas ritualidades preestablecidas. El sistema preceptivo que así surge, tiene fuerza vinculante en cuanto lo impone coercitivamente la autoridad estatal, pero de allí no se sigue su obligatoriedad intrínseca que sólo puede derivar de un principio ético supremo que le confiera validez material.

A esta exigencia han respondido las doctrinas jusnaturalistas de todos los tiempos, empeñadas en la tarea de construir —en función de

principios absolutos— un ordenamiento ideal del que ha de ser traspunto el derecho positivo que en ningún momento puede violarlo, pues si tal ocurriera, dejaría de obligar. Porque sólo mediante esos principios puede valorarse la conducta humana y por ende —sostienen los teóricos del derecho natural— sólo en ellos puede fundarse la juridicidad.

2 — *Caracteres esenciales del ordenamiento ideal.* La inmutabilidad y la universalidad, es decir, el mantenerse siempre el mismo y el ser obligatorio en todo lugar y época, son caracteres esenciales que el ordenamiento ideal extrae de las fuentes de que emana. Porque, ya lo hemos dicho, se le hace derivar de principios supremos que no admiten relativización.

3 — *Principales tendencias jusnaturalistas.* Se distinguen cuatro vertientes principales: la *cosmológica*, la *antropológica*, la *teológica* y la *clásica*, según el postulado a priori que se asuma como punto de partida. Puede agregarse una quinta: la *axiológica*, de reciente elaboración. Cada una de esas vertientes ofrece a su vez diferentes matices. Han respondido a diversos períodos de la historia del pensamiento.

a) *Concepción cosmológica.* Sus orígenes pueden situarse en la *sofística*, (1) período de la ilustración griega. Dicha escuela distinguía entre *physis* y *nomos*. La *physis* es la naturaleza (las leyes que la rigen) y el *nomos* es el conjunto de leyes elaboradas por el hombre (positivas). La *physis* es una justificación del *nomos*, pues la finalidad de las leyes positivas es el perfeccionamiento del hombre conforme a su naturaleza. El *nomos* es, pues, una forma de realizar la *physis*. Pero a partir de esos postulados se elaboraron doctrinas contradictorias, como veremos enseguida.

Para *Hippias y Licofrón*, el ordenamiento positivo debe dar a los hombres un trato igualitario, como que es igual su naturaleza biológica. Los hombres son iguales por naturaleza. La esclavitud y la nobleza son creaciones arbitrarias del *nomos* que contradicen la *physis*, o sea, que el ordenamiento positivo debe construirse sobre una base de igualdad para que sea conforme a la naturaleza, que le confiere validez.

Para *Calicles*, en cambio, la igualdad natural como fundamento de la igualdad jurídica resulta demasiado frágil, pues más numerosas e importantes que las igualdades son las desigualdades existentes entre los hombres. Mantener y favorecer esas desigualdades naturales es

(1) Hans Welzel: "Derecho Natural y Justicia Material", págs. 6 y ss. Ed. Aguilar, Madrid, 1957.

Alfred Verdross: "La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental", págs. 32 y ss. Ed. Centro de Estudios Filosóficos, México, 1962.

función del ordenamiento positivo. Es natural, y así deben consagrarlo las leyes del Estado, que el fuerte someta al débil, que el más hábil posea más bienes, etc. Por ese camino se llega a la identificación del derecho con la fuerza, puesta al servicio del status vigente.

En las doctrinas de los sofistas se revela ya la relación constante entre el orden de la naturaleza y la regulación positiva de la conducta humana, común a todas las teorías jusnaturalistas.

b) *Concepción antropológica.* Con las grandes figuras de la filosofía griega (Sócrates, Platón y Aristóteles) se continúa la tarea de buscar un contenido al ordenamiento ideal, pero sus especulaciones giran en torno al hombre —y no a la naturaleza física— como punto céntrico.

*Sócrates.* De un lado penetra en la subjetividad y distingue en el hombre dos esferas: la instintiva y la racional. El sometimiento de los instintos a la razón (autodominio) dá la noción de libertad, concepto éste que en Sócrates tiene ya un contenido ético y no simplemente clasista como había ocurrido hasta entonces (los hombres se dividían en libres y esclavos).

Por otra parte se esfuerza en superar el relativismo ético, buscando un contenido inmutable y generalmente válido a los conceptos justo, bueno, piadoso. (No hay que perder de vista que en su época no se distinguían tajantemente la ética y el derecho). Los postulados éticos fundamentales deben ser universalmente válidos.

No obstante, acepta la relatividad de las leyes positivas y las defiende como bases inmovibles del Estado-Ciudad. Frente a ellas no invoca ningún ordenamiento superior. No las desobedece sino que las acata, aún a costa de su propia vida, pues a su juicio "la injusticia no está en las leyes sino en los hombres" y "quien tenga por injusto el ordenamiento vigente, que enseñe otro mejor". (2).

*Platón* continúa la búsqueda de principios morales de validez objetiva, es decir, que obliguen independientemente de la opinión que de ellos se tenga y que se mantengan siempre los mismos. Encuentra que esos objetos inmutables sólo pueden hallarse en el mundo de las ideas, que son los entes más perfectos, cuyo conocimiento está exento de error, como que se trata de verdades racionales eternas (increadas).

Ahora bien: como ese mundo de los seres inteligibles no es asequible a todos los hombres sino a unos pocos (los filósofos), en poder de éstos debe estar el gobierno para que las leyes sean justas. La gran

(2) Platón: "Diálogos (Crítón o el deber)" pgs. 37 y ss. Ed. Obras Maestras, Barcelona 1947

masa debe someterse, para su propio bien, al dominio de la minoría que conoce lo justo y lo bueno. Se encuentra allí una fundamentación filosófica de los sistemas totalitarios de tipo aristocrático. (3)

Aristóteles busca el entronque de la naturaleza humana en el orden normativo ideal. Tal es el sentido primordial de su metafísica teleológica (4). En su sistema, fin y naturaleza coinciden. El fin es siempre bueno para el objeto, de tal suerte que lo natural es el mejor estado de las cosas y la bondad del fin determina la tendencia del ser. Pero el concepto finalista de la naturaleza genera dificultades insalvables. Conduce a este círculo vicioso: lo bueno para el ser es el fin a que tiende. Pero si nos preguntamos cuándo un fin es bueno la única respuesta será: cuando el ser tiende hacia él. O sea: lo natural es lo bueno pero sólo lo bueno es natural. Siguiendo esa línea, Aristóteles postula que como lo natural al hombre es vivir en comunidad, tal forma de vida es buena. Quien no tiende a la vida comunitaria no tiene naturaleza humana; es una bestia o un dios. A su turno, el fin de las pequeñas comunidades es integrar otra mayor y autárquica (autosuficiente): el Estado. En ese sentido el Estado es anterior al hombre puesto que el plan siempre precede a la obra y es en el Estado donde se dan la ley y la justicia. (5).

Aristóteles distingue dos categorías de leyes: *particulares*, que han sido establecidas por los hombres; y *generales*, que son las que constituyen el derecho natural, válido para todas las comunidades políticas, independientemente de que éstas les den o no su reconocimiento. La *justicia* y la *imputabilidad* son para Aristóteles principios de derecho natural, puesto que son postulados a priori y de validez universal. Para él la función del derecho positivo, de las leyes particulares, consiste en determinar y concretar el contenido de las leyes generales, es decir, del derecho natural. (6)

Desde entonces se esgrimía el argumento de la historicidad del derecho, sujeto a constante devenir, frente a la inmutabilidad del ordenamiento ideal. Y el propio Aristóteles distinguió un ordenamiento absolutamente bueno y otro que sólo es tal en sentido relativo, como que es el más adecuado para la mayoría de los hombres cuyas conductas rige. El hecho de admitir factores que condicionan y relativizan el llamado derecho natural implica una abdicación en el empeño de construir un ordenamiento ideal único.

(3) Platón: "La República o el Estado" Ed. Obras Maestras, Barcelona 1961.

(4) Aristóteles: "Metafísica" Ed. Austral, Espasa Calpe, México 1960.

(5) Aristóteles: "La Política", Ed. Austral, Espasa Calpe, México, 1958.

(6) Aristóteles: "Moral a Nicómaco" Ed. Austral, Espasa Calpe, México 1946.

Pero es conveniente, antes de concluir la apretada síntesis que hemos intentado de la doctrina aristotélica, decir siquiera dos palabras acerca de la igualdad y de la imputación como estructuras a priori de la justicia.

En la igualdad distingue Aristóteles dos categorías: la aritmética y la geométrica o proporcional. La primera debe regir las relaciones de individuo a individuo y determina la llamada justicia conmutativa. En cambio las relaciones entre el Estado y el individuo deben estar regladas por la igualdad geométrica o proporcional, conformadora de la justicia distributiva, que consiste en asignar a cada uno el lugar que le corresponde de acuerdo a sus condiciones. Pero el problema de la justicia no queda resuelto de ese modo. Porque cabría preguntar a qué clase de condiciones hay que atender para hacer la distribución: a los bienes que la persona posee, a la clase social a que pertenece, a las virtudes cívicas o a los merecimientos intelectuales? Y conforme al punto de partida que se elija, resultará una concepción política incompatible con las otras.

A propósito de la imputación enfrenta Aristóteles el problema de cuándo una acción le puede ser atribuida a una persona. A su juicio, sólo puede hacerse tal imputación cuando la persona es dueña de su acto; y tal ocurre cuando actúa de determinada manera pudiendo hacerlo de modo diferente. Imputables son sólo las acciones reflexivas y sólo ellas pueden ser éticamente valoradas.

Fácilmente puede advertirse, después de la exposición ligera de esas doctrinas, que el término NATURALEZA no tiene un sentido unívoco: en ocasiones se entiende por él la realidad externa y las leyes que la rigen (escuela sofística) y a veces (Aristóteles) aquello que se conforma al fin del objeto. Se evidencia, asimismo, que las lucubraciones de los pensadores griegos se hallan saturadas de intelectualismo. No hablan, por ejemplo, de acciones voluntarias (como se hace modernamente) sino de acciones reflexivas. Y es que como muy bien lo anota Spengler la voluntad, como fenómeno psicológico, es un descubrimiento de la cultura occidental. Y, como luego lo veremos, un postulado básico de la filosofía cristiana.

c) *Concepción teológica*. Aunque esta concepción hunde sus raíces en las doctrinas de San Pablo y de San Agustín, lo mismo que otros Padres de la Iglesia, sólo la estudiaremos brevemente en su fase más acabada, representada en dos pensadores medievales: Santo Tomás de Aquino y Duns Scotto.

El primero de ellos, aunque considerado figura cimera del pensamiento cristiano, se aproxima más, por muchos aspectos, al intelectualismo griego que al modo de pensar que encarnan San Pablo y San Agustín, quienes colocan a la voluntad (fenómeno desconocido por los griegos) en situación de privilegio frente a la razón.

*Santo Tomás* (7) distingue cuatro categorías de leyes: divina, eterna, natural y humana positiva.

La *ley divina* es aquella que conocemos por la revelación y que nos señala nuestro fin sobrenatural. La *ley eterna* es la rectora de la creación; Dios, conforme a las ideas que se hallan en su intelecto, prototipos de todo lo creado, ordena el universo. Es ésta la ley que determina que todo ser tienda hacia lo bueno. Los irracionales participan de ella inconscientemente y el hombre, como ser racional, tiene una doble participación. Justamente esa participación de la criatura racional en la *ley eterna* es lo que *Santo Tomás* llama *ley natural*. Pero el entendimiento del hombre no conoce la ley eterna en toda su extensión, sino únicamente en sus principios más generales. La *ley humana positiva*, entonces, la completa proyectándola sobre los casos concretos y sólo en cuanto cumple dicha función es obligatoria.

Retomando la metafísica finalista aristotélica, sostiene *Santo Tomás* que es bueno para un ser aquello que lo atrae, que determina sus inclinaciones, de tal suerte que a partir de la naturaleza humana es posible inferir aquello que conviene al hombre. Del instinto de conservación se sigue la prohibición de matar. Del instinto genésico se deduce la bondad del matrimonio. De la naturaleza política del hombre se extrae la conveniencia de la vida comunitaria, etc. Los preceptos del Decálogo pueden considerarse de derecho natural, en cuanto todos ellos son deducibles de la naturaleza humana.

Como en *Aristóteles*, hay en *Santo Tomás* una determinación de lo natural por lo bueno y de lo bueno por lo natural. Así, encuentra que el mundo de valores cristianos es "lo natural" y de allí deriva su bondad, es decir, sin demostrar si es o no natural, le asigna de antemano tal característica para luego predicar su excelencia.

Los preceptos de derecho natural son, pues, participación del hombre en la ley eterna y, por ende, *inmutables por el mismo Dios*, cuya actividad creadora está determinada por dicha ley.

En cuanto a la cognoscibilidad de ese orden natural, *Santo Tomás* distingue: la *sindéresis*, o capacidad de todos los hombres para conocer

(7) *Santo Tomás*: "Suma contra los Gentiles", Ed. Club de Lectores, Buenos Aires, 1951. Especialmente caps. LXXXVII y LXXXVIII del Libro I y XXV del Libro II.

los principios generales del derecho natural; y la conciencia o facultad de aplicarlos al caso concreto. La primera es infalible y no lo es la segunda. El supremo principio de derecho natural: "haz el bien y evita el mal" es cognoscible y conocido por todos los hombres. Sólo al proyectarlo sobre los casos concretos se puede incurrir en equivocaciones. No obstante nadie debe obrar contra su conciencia, pues quien yerra está exento de culpa, siempre que el error sea invencible.

Si en el sistema de *Santo Tomás* la voluntad aparece sometida a la razón, pues la misma creación no es otra cosa que la realización de ideas racionales eternas existentes en el intelecto divino, en la filosofía de *Scotto* (8) se opera una total inversión de los términos. *Ninguna ley ha limitado la actividad creadora de Dios, pues El mismo es el autor de todas las leyes*. Ha hecho el mundo conforme a su voluntad y hubiera podido hacerlo de otro modo. "Dios ha creado el mundo no para hacer realidad formas racionales eternas, sino para tener seres que puedan amar con El", dice *Scotto*.

*Santo Tomás* distingue la *potentia absoluta* y la *potentia ordinata*. La primera es la capacidad de obrar, incluso contra la misma ley. La segunda es la facultad de obrar de un modo conveniente, es decir, dentro de la ley. Aplicando a Dios ese modo de pensar, se tiene: el poder de Dios en sí puede considerarse absoluto, pero Dios sólo puede ejecutar los mandatos de su voluntad, regida por su sabiduría, y por tanto obra siempre dentro de la *potentia ordinata*, o sea, la *potentia ordinata* limita y determina la *potentia absoluta*. *Scotto* se subleva contra esa concepción, con su teoría del *poder divino absoluto*. La distinción entre *potentia ordinata* y *potentia absoluta*, para *Scotto*, sólo es aplicable a quien está sometido a una ley superior, y como Dios no lo está por ser el creador de toda ley, las dos potencias son en El una misma cosa. De cualquier modo que obre Dios, obra siempre con justicia. Una cosa es buena porque Dios la quiere y no al revés, pues El puede determinar que lo que hoy se tiene por malo sea mañana bueno y a la inversa. Siendo autor de todas las leyes, puede suprimirlas o cambiarlas de acuerdo con su voluntad. Toda ley es sólo eso: un mandato de la voluntad divina.

Como Dios es el bien supremo, el imperativo de amarlo sobre todas las cosas es el único principio de derecho natural. *El derecho natural, entonces, sólo puede provenir de Dios y no de la naturaleza, cualquiera que sea la idea que de ésta se tenga*.

(8) *Duns Scotto*: "Obras" Ed. Biblioteca de autores cristianos Madrid, 1960.

Una norma sólo es de derecho natural cuando tiene validez general sin posibilidad de excepción y tales exigencias sólo las llena el mandato de amor a Dios, que debe más bien formularse negativamente: "No odiar a Dios", pues no se les puede mandar a los hombres que a toda hora y en todo lugar amen a Dios. Sólo, pues, los dos primeros mandatos del Decálogo, son para Scotto, de derecho natural.

Dentro de la concepción jusnaturalista teológica, debe destacarse la importancia de la escuela española. No nos detendremos en ella para no extendernos demasiado en este tema. Citaremos sí, el esfuerzo del Padre Francisco Suárez por dotar de historicidad el derecho natural, mediante la distinción del *derecho natural preceptivo* y el *derecho natural dominativo*. Por el primero debe entenderse el conjunto de normas generales, inmutables, de validez universal; y por el segundo, la aplicación variable, de acuerdo con las circunstancias, de esas normas al caso concreto.

c) *Concepción clásica*. Aspiración común a todas las escuelas jusnaturalistas antiguas y medievales es la construcción de un orden superior al positivo, que le otorgue a éste fuerza obligatoria. *Que el derecho positivo sólo vincule en cuanto realice el derecho natural*. La seguridad jurídica puesta en crisis por semejante manera de pensar, parecía no importar a los jusnaturalistas. Una tendencia diferente representa Tomás Hobbes (9) a quien se le puede considerar el gran iniciador de la teoría jusnaturalista en la época moderna.

Las doctrinas medievales y antiguas, persiguiendo postulados trascendentes, no sólo no acertaron a elaborar un auténtico ordenamiento ideal, sino que desprestigiaron el derecho positivo condicionando su obligatoriedad.

Es Hobbes, el primero en sostener que el derecho sólo puede cumplir su función ordenadora y conformadora de las relaciones sociales si está dotado de positividad. De nada sirve el ordenamiento ideal más perfecto si es inidóneo para encauzar la convivencia, y viceversa, el más imperfecto ordenamiento positivo tiene un decisivo valor si logra la realización de esa finalidad. Es preciso evitar a todo trance el retorno al estado de naturaleza, donde el hombre, lobo para el hombre, vive en constante situación de peligro y zozobra. Esta visión pesimista de Hobbes informa todo su sistema. *El contenido del derecho es asunto de poca monta siempre que éste logre garantizar la existencia de los ciudadanos*.

(9) Hobbes: "Leviatán", Ed. Fondo de Cultura, México, 1940 - 320.1 H622L.

Hobbes inicia pues la fundamentación inmanentista del derecho. Si el hombre es un ser perverso, no es posible inferir, a partir de su naturaleza, un sistema ético. De la recíproca malevolencia se deduce la necesidad de un orden pero no su contenido. Imbuido por la física de Newton y Galileo, Hobbes concibe el Estado como la resultante de dos fuerzas: una centrípeta, el ansia de poder, y otra centrífuga, el mutuo temor.

Siendo el Estado una institución protectora del individuo, debe ejercer autoridad sobre éste. En otros términos, el *poder es la contra-prestación que exige el Estado por la seguridad que brinda* y queda ampliamente justificado ese poder siempre que garantice el bien supremo: la existencia. No trata pues Hobbes, como se ha pretendido, de hacer una defensa de los regímenes despóticos, sino de valorar el poder del Estado en función del interés que ampara. Es preferible un gobierno tiránico que garantice la vida, al estado de naturaleza. Colocar la idealidad del derecho por encima de su positividad, es amenazar seriamente la convivencia social por destrucción del instrumento coactivo que la mantiene. Buscar el punto de contacto de lo ideal y lo positivo es la tarea fundamental de toda filosofía del derecho. (Tres siglos después, Rábruch exige como primera condición del derecho justo, la positividad).

En la misma línea de Hobbes se halla colocado Rousseau (10). *El Estado es para éste una intersección de intereses individuales, y la comunidad sólo puede ser gobernada en la dirección del interés común*. Obrar en ese sentido es obrar conforme a la voluntad general. La oposición de voluntad general y voluntad particular se funda en el hecho de que en la primera el interés personal aparece como parte del interés común, mientras que en la segunda el provecho perseguido no está incluido en ese interés. Por eso la Justicia se halla siempre en la voluntad general, pues allí están comprendidos todos los intereses. Quien persigue el interés común, persigue simultáneamente su propio interés. La ley que busca la realización del interés común no puede nunca ser injusta. *El solo hecho de ser común hace del interés un valor*, sea cual sea el interés. Aquí sí se da una completa coincidencia entre realidad e idealidad. La tensión (entre lo real y lo ideal), ha desaparecido.

Hugo Grocio. (11) Preocupado hondamente por las guerras religiosas, propugna su superación mediante *puentes espirituales que liguen a los pueblos*. Estos puentes, a su juicio, sólo pueden ser: la razón, que

(10) Rousseau: "El Contrato Social", Ed. Aguilar, Buenos Aires 1953.

(11) Hugo Grocio: Citado por Welzel, Ob. cit. pgs. 161 y ss.

se encuentra más allá de toda diferencia ideológica, y un derecho extraído de la razón, tan común a los pueblos que rechace toda discrepancia religiosa. *La razón es, para Grocio, la facultad de conocer verdades fundamentales de la realidad social*, tan rigurosas como las verdades matemáticas.

Lo que interesa a Grocio son las proposiciones concretas, racionales, de derecho natural, que permitan dirimir cualquier contienda entre los hombres y entre los pueblos. Los principios de derecho natural, tanto primarios como secundarios, deducidos racionalmente, son para Grocio verdades eternas. Muchos puntos de su sistema los extrae de la Escuela española, por la cual se halla notablemente influído. De Suárez toma la distinción de un doble carácter del derecho natural: dominativo y preceptivo.

*Samuel Pufendorf*, (12) a quien se le puede considerar como el gran sistematizador de esta vertiente, empieza por delimitar el mundo de los entes físicos y el mundo de los entes morales, labor por cierto muy fecunda y oportuna si se tiene en cuenta que en su época se aplicaban indiscriminadamente los métodos propios de las ciencias naturales a otras esferas de la realidad. El mundo físico queda caracterizado por los siguientes conceptos, que expresamos en lenguaje moderno para ganar en claridad: *causalidad, indiferencia ética y uniformidad*. El mundo espiritual por los conceptos opuestos: *libertad, enjuiciamiento ético y multiformidad*. Las investigaciones sobre el derecho natural van a moverse entonces en un terreno propio, libres de todo lastre naturalista.

La doctrina de Pufendorf constituye una severa impugnación al jusnaturalismo tradicional; niega la existencia de acciones buenas o malas en sí, pues toda acción debe ser referida al hombre para que sea susceptible de valoración y es preciso, entonces, indagar el porqué de su bondad o maldad. *Los principios de derecho natural no son axiomas evidentes sino reglas de conducta que se deducen del examen y la observación de la naturaleza del hombre y de las cosas, y que ninguna persona con sentido común puede poner en duda*. Consecuente con su doctrina, examina Pufendorf la naturaleza humana y encuentra que su nota más destacada es la "*imbecilias*" o impotencia del hombre desamparado. De allí extrae el principio normativo supremo: La "*socialitas*" esto es, la necesidad de vivir en sociedad. Pero la socialitas no es en sí misma obligatoria; sólo llega a serlo en virtud del mandato

(12) Samuel Pufendorf: Citado por Welzel, Ob. cit. pgs. 186 y ss.

divino. Ahora: las ideas de libertad y de igualdad de todos los hombres, son postulados de derecho natural en cuanto hallan su expresión en la socialitas.

Otro mérito inmenso de Pufendorf es la impugnación de ciertas doctrinas jusnaturalistas de tipo teológico que pretendían desarrollar, con base en la revelación, un derecho natural específicamente cristiano del cual quedaban excluidos todos los demás hombres.

4 — *Crisis del derecho natural*. Con su triple elaboración histórica, el derecho natural se había convertido en idea rectora del pensamiento jurídico; imposible prescindir de él en cualquier especulación de esta índole. Pero dos movimientos fundamentales de la época moderna: la gnoseología kantiana y el historicismo de Savigny, determinan un viraje decisivo en la teoría del derecho.

En el sistema kantiano, los conocimientos y valoraciones resultan de aplicar la razón a un acervo de datos contingentes. Sólo por la recepción de una determinada materia pueden las categorías de la razón elaborar juicios, y si el conocimiento está determinado por esos datos contingentes que les son suministrados a las formas de la razón, no puede pretender validez general, sino parcial, no absoluta sino relativa. La universalidad de los postulados jusnaturalistas, destacada siempre como nota esencial, queda en entredicho. Continuando la prolongación lógica de esa línea formula *Stammler* (13) la doctrina del derecho natural de contenido variable, que tanta repercusión ha tenido en la moderna filosofía del derecho.

Desde un ángulo bien diferente al anterior, son combatidas las doctrinas jusnaturalistas por la *escuela histórica*. Para Savigny (14) y sus seguidores, el derecho es un producto del espíritu del pueblo, lo mismo que la moral, la religión, el arte y el lenguaje. La tarea de juristas y legisladores debe limitarse a elaborar y canonizar todo aquello que exista ya como derecho en la conciencia del pueblo. Se trata, pues, de una labor simplemente técnica y secundaria.

Elaborar un sistema normativo contrario al sentimiento jurídico popular constituye un abuso, así se haga en nombre de principios éticos superiores como la justicia. El único derecho auténtico es el que existe ya elaborado por el pueblo. Al superar la tensión entre idealidad y realidad, haciendo coincidir los términos, se destruyen de un tajo las especulaciones sobre un orden normativo supremo que otorgue validez al derecho positivo.

(13) Stammler: Ob. cit. pgs. 254 y ss.

(14) Savigny: Citado por Del Vecchio, ob. cit. pgs. 153 y ss.

De allí en adelante (a partir de la escuela histórica) el derecho natural ha sido objeto de fuertes críticas por parte del positivismo de todos los matices, y aún los jusnaturalistas han cedido terreno, formulando sus doctrinas en términos menos absolutos.

La crítica más completa y sistemática al jusnaturalismo procede del formalismo jurídico de Kelsen (15) y demás teóricos de la Escuela de Viena. Hacemos nuestra esa doctrina crítica, por hallarla sólida y científicamente fundada. La compendiamos, brevemente, en los siguientes puntos:

a) Resulta absurdo pretender que el Derecho justo sea el natural, cuando justicia y naturaleza, valor y realidad, son categorías opuestas e irreductibles (el sistema de Kelsen, insistimos, tiene bases gnoseológicas kantianas).

b) Las doctrinas jusnaturalistas son utópicas, pues presuponen inteligencia y voluntad rectas en todos los hombres, al derivar de la naturaleza humana principios éticos absolutos, cognoscibles universalmente.

Al respecto, hace Kelsen la siguiente consideración: si el derecho natural deriva de la naturaleza humana, si el hombre es fundamentalmente bueno porque conoce el bien y encauza hacia él su voluntad, el derecho positivo sobra. Pero si se reconoce que el hombre es perverso, y de ello es prueba el derecho positivo, se está deduciendo entonces el derecho natural, no de la naturaleza humana como es, sino como debería ser. "En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre, deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen".

c) En la estructura de la norma de derecho natural no se encuentra el elemento coactivo, lo que significa que el cumplimiento del precepto queda a voluntad del destinatario, lo que conduce inevitablemente a la anarquía.

d) El llamado derecho natural acusa una marcada tendencia hacia la positivización, porque aún admitiendo la existencia de ese orden derivado de la naturaleza, Dios o la razón, hay que convenir en que él sólo puede manifestarse en la forma de reglas generales, abstractas; pero ningún ordenamiento jurídico puede agotarse en su fase general, como que las conductas que rige son particulares, concretas. La aplicación de una norma general a un caso particular, comporta la creación de una norma individual que no está dada en el ordenamiento primitivo,

(15) Kelsen: "La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos". pg. 37.

que es hechura del hombre y, justamente, en eso de ser creada una norma por una voluntad humana, consiste su positividad.

e) El llamado derecho natural está integrado por una serie de juicios de valor, tendientes a justificar axiológicamente ciertas conductas e instituciones o a combatirlas según el interés. En otros términos, es mera ideología (existe de antemano la intención preconcebida de justificar un interés).

f) Ordinariamente se habla de la justicia como contenido mínimo de derecho natural, y se entiende por justicia el "dar a cada uno lo que se le debe". Pero para saber que es lo debido a cada persona es *ineludible la referencia al derecho positivo*.

Kelsen, y con él todo el formalismo, renuncia a la tarea de buscar para el derecho un contenido específico, un principio absoluto que le otorgue validez material. Basta con que un ordenamiento sea formalmente válido para que sea jurídico, pues el derecho es sólo forma y todo lo que en ella se vacie toma la nota de juridicidad. Buscar contenidos valiosos es tarea que corresponde a la axiología y nada tiene que ver con la teoría del derecho. La búsqueda de un ordenamiento ideal es, pues, algo que trasciende el campo de las investigaciones jurídicas.

Entiéndase bien: no negamos la importancia de buscar contenidos valiosos para el ordenamiento jurídico. Pero por razones estrictamente epistemológicas afirmamos que esa tarea incumbe a otras disciplinas.

5 — *Renacimiento del derecho natural en la axiología*. La fundamentación del derecho en la norma positiva es algo que hoy parece incuestionable. *Todo ordenamiento jurídico es un sistema de normas positivas y no se le puede concebir de otra manera*. Pero existen valores que deben ser realizados por tal ordenamiento, es decir, valores, para cuya realización se ha puesto el orden jurídico. Esa es al menos, la opinión que hoy parece prevalecer.

Carlos Cossio (16) enumera como valores jurídicos los siguientes: *orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y justicia*. La justicia sigue siendo, entre tales valores, el que ocupa lugar preeminente. Encontramos ilustrativa la enumeración hecha por el distinguido maestro hispanoamericano, aunque le hallamos el vicio —anejo a toda catalogación— de ser un tanto arbitraria. No creemos posible una enunciación exhaustiva de todos los valores que el orden jurídico puede realizar. Pero es indudable que entre ellos se encuentran los citados por Cossio.

(16) Cossio: "Teoría de la verdad Jurídica", pgs. 150 y ss; Ed. Losada S.A. Buenos Aires, 1954.

Los valores fundamentan el derecho mediatamente pues, repetimos, sólo la norma constituye su fundamento inmediato. No se habla aquí de valores en el sentido de formas lógicas del conocimiento, como lo hace el neokantismo, sino en el de esencias materiales, objetivas y a priori, que se realizan en la conducta humana. No deriva el valor del deber ser sino el deber ser del valor, como que todo valor apunta hacia un deber ser.

También la moral halla fundamento en los valores, pero de manera diferente: en ella se intuye el valor ético y luego se realiza en la conducta, sin que sea necesaria la mediación de la norma. En el derecho, antes que la intuición del valor se halla la norma, es decir, ésta se interpone entre el valor y la conducta. La juridicidad, pues, se agota en la norma. El valor es apenas algo que puede incorporarse a ella.

## CAPITULO VII

### EL ORDENAMIENTO JURIDICO Y SU ESTRUCTURA JERARQUICA

1 — *Qué es un ordenamiento jurídico?* En este punto —como en tantos otros— mucho debe la doctrina jurídica a la Escuela de Viena. Merkl, Verdross y Kelsen pueden ser considerados como los auténticos sistematizadores de este importante capítulo de la teoría del derecho. Siguiendo su dirección vamos a exponer el problema.

El ordenamiento jurídico es un sistema de normas. Con Kelsen (1) lo definimos como: "*La unidad de una pluralidad de normas*". Se trata entonces de saber cómo y por qué varias normas constituyen un todo sistemático. Por qué se dice que una norma pertenece a un sistema, a un ordenamiento, y no a otro. La respuesta no es difícil de hallar: una pluralidad de normas integra un sistema cuando es posible referirlas todas a una superior que les sirve de fundamento, que es fuente común de validez formal.

En los dos capítulos precedentes hemos estudiado los conceptos de validez formal y validez material, hemos visto cómo la validez formal implica siempre un acto de creación del hombre y en ese sentido puede decirse que sólo el derecho positivo es formalmente válido, porque ha sido puesto en virtud de un acto de creación.

(1) Kelsen: "Teoría Pura", pgs. 135 y ss.

2 — *Validez y eficacia.* A menudo el concepto de validez formal se confunde con el de eficacia, pero son dos nociones bien diferentes que no se identifican bajo ningún aspecto. La *validez formal* es un fenómeno puramente técnico, es la conformidad de una norma inferior con otra que la precede jerárquicamente y que regula su creación. La *eficacia*, en cambio, es la conformidad de los hechos sociales con el ordenamiento que los regula. Pero en cierta medida, la validez de todo el ordenamiento —y no la de cada una de sus normas— está condicionada por la eficacia, pues no se concibe la existencia de un orden jurídico sin un mínimo de eficacia. *Validez formal es sinónimo de legalidad y eficacia es sinónimo de efectividad.* No obstante, en algunos ordenamientos se hace depender de la eficacia, la validez de cada una de las normas. Tal sucede en aquellos que reconocen a la costumbre fuerza derogatoria con respecto a las leyes que han caído en desuso.

Las relaciones entre validez y eficacia pueden reducirse a las que median entre el derecho y la simple fuerza. Aunque entre uno y otro fenómeno media una diferencia esencial, es lo cierto que el derecho positivo no puede subsistir sin el respaldo de la fuerza.

3 — *La norma fundamental.* Es una regla supuesta como hipótesis básica que da significación normativa a los hechos que integran el ordenamiento. Admitida inicialmente su validez es preciso admitir que es también válido el ordenamiento jurídico que le está subordinado, ya que es ella la que le confiere su sentido de juridicidad. Es ella la que da significación jurídica a la materia regulada por el ordenamiento y, a su turno, el contenido de la norma fundamental depende de los hechos a que confiere juridicidad. No es posible emprender un examen del derecho con criterio positivo, prescindiendo de la norma fundamental como hipótesis básica, no creada conforme a un procedimiento jurídico, es decir, no puesta sino supuesta.

Sólo a partir de ella puede considerarse el derecho positivo como un sistema unitario. Pero la ciencia jurídica no afirma la validez de tal norma; únicamente declara que si es válida, también lo son todas las normas que de ella se desprendan. Por eso *la validez que la ciencia jurídica atribuye a una norma no es absoluta sino relativa, condicionada.*

Esta norma fundamental se conoce también con el nombre de Constitución en sentido lógico-jurídico.

4 — *Jerarquía de las normas positivas.* Hemos dicho que la norma fundamental no es positiva porque no ha sido creada, puesta, conforme a un procedimiento jurídico sino supuesta anticipadamente como válida.

da. Pero es ella la que da unidad y significación jurídica a las normas positivas que se le subordinan. Un ejemplo podría ser: "Hay que obedecer al monarca"; o este otro: "Sólo deben obedecerse los mandatos del pueblo o de sus representantes legítimos". La primera es generadora de un sistema monárquico y la segunda de un sistema democrático. Una formulación más genérica y comprensiva, sería la siguiente: "La coacción debe ser ejercitada en la forma que el soberano establezca y por los órganos que el mismo soberano designe".

Pero las normas positivas derivadas de la norma fundamental no se hallan a un mismo nivel sino que se encuentran jerarquizadas según su mayor o menor generalidad.

Los estratos superiores corresponden a las más generales y se va descendiendo en la pirámide jurídica a medida que tales normas se individualizan. Vamos a estudiarlas en orden descendente:

a) *La Constitución en sentido jurídico positivo.* Se dice del orden jurídico que es dinámico porque regula su propia creación. La validez formal de una norma consiste en que haya sido creada conforme a otra que le está supraordinada. Toda norma está determinada en su creación por otra superior, y determina a su turno el modo como debe crearse la inferior. Demostrar que una serie de normas ha sido creada en función de una sola norma superior a todas ellas, es comprobar la unidad de un ordenamiento jurídico. El excursus ascendente por la pirámide jurídica nos revela la unidad del ordenamiento, así como el descendente nos descubre la validez formal de las normas. Avalamos en este punto la opinión de Cossio. (2).

El primer acto positivo es la Constitución. Ocupa el rango más elevado dentro del ordenamiento. Concebido éste, a la manera kelseniana, como una estructura piramidal, *la Constitución se halla en la cúspide.* Ella designa los órganos estatales y determina el procedimiento que debe seguirse en la creación de las normas generales, o sea que éstas están *determinadas formalmente por la Constitución.* Pero en ocasiones ella determina también el contenido de algunas de esas normas generales. Tal ocurre cuando prescribe o prohíbe que una ley tenga este o aquel contenido. Por ejemplo, prescribe el artículo 217 de la Constitución Colombiana: "La ley establecerá y organizará un tribunal de conflictos encargado de dirimir los casos de competencia que ocurran entre la jurisdicción común y la administrativa". Y el 29 contiene una prohibición: "El legislador no podrá imponer la pena capital en ningún caso".

(2) Cossio: "La Plenitud del Orden Jurídico", pgs. 81 y ss.

Naturalmente es más eficaz la prohibición que la prescripción pues, en caso de contravenirse la primera, dispone la técnica jurídica de medios efectivos para hacer que la norma constitucional se cumpla. Tales medios son: la nulidad del acto que la contraría o la responsabilidad de sus autores. En cambio, no existen vías adecuadas para hacer cumplir las prescripciones. Los derechos y garantías que se consagran en algunas constituciones, son verdaderas determinaciones materiales a la legislación, que no puede desconocerlos.

Esa subordinación de la ley a la constitución supone que ésta no puede ser derogada ni modificada por aquélla, y para hacer tal derogatoria o modificación se exigen condiciones especiales como: varias legislaturas, quórum especial, mayoría calificada, etc. Es decir, que sólo una constitución rígida garantiza la supremacía constitucional. Y es *la propia Constitución la que contempla el camino que ha de seguirse para obtener su modificación o derogatoria.*

b) *La Legislación.* En el estrato inmediatamente inferior a la Constitución se encuentra la legislación. Creadas conforme al procedimiento constitucionalmente establecido, las leyes determinan los órganos, el procedimiento y el contenido de las normas que les están subordinadas. Si la Constitución sólo excepcionalmente se ocupa del contenido de las leyes, no puede decirse lo mismo de éstas con respecto a las normas inferiores. La relación de las leyes con las normas administrativas y jurisdiccionales, es análoga a la que existe entre aquellas y la Constitución, pero en ésta predomina el elemento *formal* y en aquélla el *material.* Con fundamento en la Constitución, el órgano designado por ésta para legislar dicta normas de carácter general que reciben el nombre de leyes. En Colombia, como lo hemos visto, el órgano encargado de legislar es el Congreso, integrado por dos Cámaras, que cumple su función específica mediante el proceso legislativo contemplado en la Constitución, y que en otro lugar dejamos expuesto.

c) *La Administración.* Como las leyes son demasiado generales, toca a las autoridades administrativas concretar más su contenido para adaptarlas mejor al medio que regulan. Al efecto se dictan los reglamentos que deben moverse siempre dentro de la órbita legal. Esta labor administrativa acusa una marcada analogía con la función jurisdiccional. En nuestro ordenamiento está atribuida la facultad reglamentaria a las autoridades y funcionarios administrativos, tales como el Presidente de la República (quien reglamenta la ley), los gobernadores, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales (que reglamentan a su vez otras normas administrativas). La discusión acerca

de la naturaleza del reglamento, tan importante y actual, no incumbe a este curso, sino al Derecho Administrativo.

d) *La Jurisdicción*. Las normas generales definen de un modo abstracto el hecho jurídico y sus consecuencias, pero la norma general sólo se revela en su verdadero alcance al ser actuada sobre el caso concreto. Se trata entonces de saber si el hecho particular que se presenta es el supuesto contemplado por la norma, para actualizar, también de un modo concreto y consecucional, la coacción. Para la Escuela de Viena esta función no es meramente declarativa como se ha pretendido, ya que *en la sentencia hay algo más que una subsunción lógica de lo particular bajo lo general*. Se da allí la creación de una norma individual que concreta la relación existente entre el supuesto jurídico y la consecuencia, que en la norma general sólo existe abstractamente. Es decir, que el ordenamiento jurídico no está integrado solamente por normas generales sino también por normas individuales. En otros términos: el examen de un orden jurídico no se agota en las leyes; es preciso avanzar hasta las sentencias.

e) *Los actos jurídicos de derecho privado*. En algunas esferas del derecho, especialmente en el derecho privado, las normas generales no son directamente individualizadas por el órgano jurisdiccional. Entre la ley y la sentencia se interpone un acto particular que individualiza la norma. Autorizados por la ley misma, los particulares crean preceptos reguladores de su conducta. El juzgador sólo comprueba si esos preceptos han sido transgredidos o cumplidos. Ejemplo típico de esta clase de actos es el contrato.

f) *Ejecución*. Constituye la culminación de todo este proceso. Es la *aplicación material del acto coactivo con que se sanciona el hecho ilícito*.

5 — *Actos de creación y aplicación*. La dogmática tradicional había establecido una distinción tajante entre creación y aplicación del Derecho. Sólo consideraba actos creadores a las normas constitucionales y legales. Todos los demás eran de mera aplicación. La teoría pura con su concepción del orden jurídico como sistema jerárquico, demostró la relatividad de esa oposición. *Casi todos los actos del ordenamiento son a la vez de creación y aplicación. Aplican una norma que los precede en la jerarquía y crean una situación no determinada en la norma precedente*. La constitución en sentido jurídico positivo es acto de pura creación jurídica. Las leyes crean situaciones no determinadas en la Constitución, pero también son una aplicación de ésta. Y así sucesivamente. De tal suerte que sólo la Constitución es pura creación que na-

da aplica y la ejecución mera aplicación que nada crea. Actos puros de creación y aplicación sólo se encuentran, pues, al comienzo y al término del ordenamiento jurídico. Todos los intermedios son de naturaleza mixta.

6 — *Jerarquía y unidad del ordenamiento*. La oposición formal o material de una norma con otra de superior jerarquía parece destruir la unidad del ordenamiento. Cómo mantenerla aún en esas situaciones? *Cómo atribuir validez formal a una norma inferior que se halla en contradicción lógica con otra, perteneciente a un estrato más elevado?* El propio orden jurídico supera esos conflictos tomando en cuenta el *"derecho contrario al derecho"*.

Si es posible que una *ley vigente* se halle en pugna con la Constitución, forzoso es admitir que la propia Constitución reconoce validez no sólo a aquellas normas que se encuentran a tono con ella, sino también a aquellas que la contrarían, o sea, que la Constitución prescribe no sólo que las leyes sean creadas conforme a un determinado procedimiento y tengan cierto contenido, sino que además dispone que, en caso de que tal no ocurra, no se les considere nulas, sino válidas, hasta el momento en que el órgano competente que ella misma determina, las anule. Toda ley sancionada y publicada debe tenerse por válida mientras no haya sido derogada. *La llamada "inconstitucionalidad" de una ley* (su pugna material o formal con la constitución) *no es más que una condición para iniciar un proceso de anulación*. Las normas superiores que determinan la creación de las inferiores, tienen un *carácter alternativo*: o bien tales normas inferiores no las contrarían y entonces éstas son válidas no anulables, o las contrarían y entonces son válidas pero anulables. Y esto no ocurre sólo con las leyes frente a la Constitución, sino con el reglamento y la sentencia frente a la ley.

De todo lo anterior extrae Kelsen el siguiente principio: *"en el campo jurídico no hay nulidad sino anulabilidad"*. (3) *Y la anulación no es un acto declarativo sino constitutivo pues sin ella la norma seguiría válida*. Hay que hacer sí la salvedad de ciertas nulidades absolutas en algunos casos en que la norma jurídica sólo lo es en apariencia. Cómo distinguir, entonces, la nulidad de la mera posibilidad de anulación? Sólo el ordenamiento jurídico puede disponer en qué condiciones una norma ha de tenerse por nula sin necesidad de pronunciamiento jurisdiccional alguno.

(3) Kelsen: "Teoría Pura", pg. 155.

Así pues, no hay contradicción lógica posible entre las normas pertenecientes a distintos estratos de un mismo ordenamiento. La unidad del orden jurídico queda a salvo.

7 — *Los aportes más importantes de la teoría pura.* La contribución fundamental de la teoría pura al asunto en cuestión, puede concretarse en los siguientes puntos:

a) *Concepción del ordenamiento no simplemente como un conjunto de normas generales, sino como una estructura jerarquizada y totalitaria, en la que se va descendiendo de lo general a lo individual, en función de un solo principio. Se consideran, pues, las sentencias y los actos de derecho privado como verdaderas normas, aunque de carácter individual.*

b) Como consecuencia de la anterior, se incluyen en las *fuentes jurídicas* no sólo la legislación y la costumbre, generadoras de normas generales, sino también el proceso judicial y los actos jurídicos de derecho privado, generadores de normas individuales.

c) Se afirma que todos los actos normativos integrantes del ordenamiento son de naturaleza mixta (de creación y aplicación a un tiempo), lo que implica una superación de la doctrina que considera a la actividad jurisdiccional como una función de pura aplicación mecánica.

d) Establece una clara *distinción entre validez y eficacia*, lo que permite distinguir nítidamente el principio de legitimidad que rige el derecho interno, del de efectividad que opera en el derecho internacional. Como ya se vió, la norma fundamental, base de todo ordenamiento, presupone un mínimo de eficacia. La sustitución violenta de un ordenamiento por otro (revolución) que antes era considerada como negación del derecho, por ser violatoria del principio de legitimidad, es ahora enfocada, desde el ángulo de la efectividad, como un acto generador de nuevas normas jurídicas.

8 — *El ordenamiento jurídico colombiano.* Las ideas de Kelsen sobre el ordenamiento jurídico son aplicables al derecho colombiano. En efecto, en Colombia existe un sistema jerárquico que se unifica en la Constitución, que es la norma positiva superior. *La anulabilidad* de las normas legales que con la constitución pugnen, la consagra su artículo 214, que designa a la vez el órgano competente para conocer de

esas *acciones de inexecutableidad*. Dice así el artículo 214: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: decidir definitivamente sobre la executableidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación".

Incluye la disposición los decretos dictados por el ejecutivo en uso de las facultades que le confieren los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y el artículo 121 de la Constitución, pues tales decretos son verdaderas leyes en sentido material y sólo formalmente pueden considerarse actos administrativos. Las normas declaradas inexecutablees por la Corte quedan, por ese solo hecho, borradas del ordenamiento. Ahí termina su vigencia (anulabilidad).

El artículo 215 es del siguiente tenor: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Es decir, ordena a todas las autoridades jurisdiccionales que den aplicación preferente a las disposiciones constitucionales frente a las legales que se les opongan. Consagra, pues, la llamada excepción de inaplicabilidad. Que la norma no se aplique no significa que no se halle vigente. Su vigencia sólo termina cuando es anulada por la Corte.

La inaplicabilidad no ha sido reglamentada por la ley. Puede ser invocada en un juicio por cualquiera de las partes y la sentencia en que la ley tachada de inconstitucionalidad se aplique, sólo a tales partes afecta. Pero la inaplicabilidad sólo puede alegarse como un argumento más en la litis y el juez puede acogerlo o desecharlo en la propia sentencia. Con el objeto de lograr una mayor efectividad del artículo 215, el senador Alfonso López Michelsen (4) ha presentado un proyecto de ley en el que se contempla la reglamentación de la excepción de inconstitucionalidad como un incidente dentro del juicio, que impide que éste se adelante y llegue a su término sin que previamente se haya definido el conflicto de la ley con la Constitución. Es el llamado *recurso de amparo constitucional*, que existe, entre otras, en la legislación mejicana.

(4) López Michelsen: "Proyecto de ley sobre amparo constitucional". Revista Sett, Nº 1, 1.962.

Cuando el conflicto se presenta entre la Constitución y un decreto ejecutivo ordinario, es la jurisdicción contencioso administrativa la competente para resolver, según se desprende del artículo 216 de la Constitución. Y es esa misma jurisdicción la que conoce de los conflictos entre las leyes y los actos administrativos que las contrarían. También las sentencias son anulables por violación de la Constitución o las leyes. De este último asunto se ocupa a espacio el derecho procesal.

## CAPITULO VIII

### ALGUNOS CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

1 — *El hecho jurídico.* Hemos visto en otro lugar que toda norma jurídica consta de dos partes: un *supuesto* y una *consecuencia* que sigue a la realización de ese supuesto. Cuando a un hecho o situación se asocian consecuencias de derecho, se les llama jurídicos.

La doctrina tradicional ha venido hablando de hechos jurídicos, expresión que ha sido criticada entre otros por García Maynez, (1) aduciendo que por hecho se entiende generalmente un fenómeno espacio-temporal y que no sólo a ese tipo de eventos se asocian consecuencias jurídicas. Teniendo en cuenta el papel que ellos desempeñan en la norma jurídica, han propuesto estos autores el nombre de *supuestos jurídicos en lugar de hechos*. García Maynez los define como: “*las hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma*” Esta definición destaca el nexo existente entre el supuesto y las consecuencias. Estas pueden consistir en el nacimiento, modificación o extinción de deberes y derechos. Partiendo del vínculo existente entre el supuesto y la consecuencia, Fritz Schreier (2) ha formulado la llamada “*ley de la causalidad jurídica*” que enuncia así: “*No hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho*”, es decir, que la consecuencia está condicionada por el supuesto. Toda modificación en el supuesto afecta necesariamente la consecuencia. Pero no es idéntico el vínculo causal que se da en las leyes naturales al vínculo normativo. El primero implica siempre una relación necesaria entre fenómenos naturales. En el segundo, en cambio, hay que distinguir, tal como lo hace García Maynez, (3) tres relaciones:

(1) García Maynez: Ob. cit. pgs. 169 y ss.

(2) Fritz Schreier: Citado por García Maynez, ob. cit. pg. 174.

(3) García Maynez: Ob. cit. pg. 176.

a) *Entre el supuesto y su realización*, media una relación *contingente*. Porque el hecho, el supuesto, puede darse o no.

b) *Entre la realización del supuesto y el nacimiento de la consecuencia jurídica*, existe una *relación necesaria*, pero no entre fenómenos naturales, pues la consecuencia jurídica consiste siempre en deberes y facultades. Siempre que se da la realización del supuesto, se sigue necesariamente el nacimiento, la modificación o la extinción de una facultad y de una obligación.

Se dice entonces, empleando un lenguaje riguroso, que la consecuencia es imputada al supuesto. Aunque el nexo imputativo (feliz hallazgo de Kelsen) acusa una marcada similitud con el vínculo causal que ordena los fenómenos naturales, es preciso distinguirlo de él cuidadosamente, pues involucrar la causalidad en el campo normativo conduce a confusiones de orden epistemológico, como que hemos repetido hasta la saciedad que la esfera del ser y la del deber ser no pueden manejarse con idénticas categorías.

La relación causal se plantea como un acto de puro conocimiento, independiente del querer del sujeto cognoscente, que no tiene en ella ninguna ingerencia creadora. Que un metal se dilate al ser expuesto al calor, no depende de voluntad alguna. Es algo dado que sólo puede constatare. La exposición al calor y la dilatación son fenómenos que la inteligencia conoce vinculándolos causalmente.

*El nexo imputativo*, en cambio, asocia consecuencias jurídicas (que se concretan siempre en un sujeto de derechos) a un determinado supuesto. Pero las consecuencias que se enlazan al supuesto, y aún la elección de éste, son puestas por un acto de querer. Así: el legislador ha tomado un hecho —*daño ocasionado por culpa*— y le ha asociado una consecuencia —*obligación de indemnizar a cargo de quien ha causado el daño*— pero bien pudo asociarle consecuencias distintas, por ejemplo multas, castigos corporales o aún recompensas. Es, pues, un puro acto de querer el que ha determinado, inicialmente, la relación entre el hecho condicionante y el hecho condicionado. En eso consiste el nexo de imputación, categoría del conocimiento jurídico, como la causalidad lo es del conocimiento físico.

c) *Entre el surgimiento de la facultad y la obligación y el ejercicio o cumplimiento de las mismas*, media una *relación contingente*.

Un ejemplo aclarará más el punto. Dice una norma civil (ya muchas veces citada en este curso): “*Todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de una persona, debe ser reparado por ésta*”. Aplicando los principios expuestos, tenemos:



ce que una persona tiene el derecho subjetivo de adquirir bienes, de enajenarlos, de contratar, etc. El derecho objetivo no hace pues otra cosa que proteger la voluntad de los titulares.

b) *Teoría del interés*. Para Rodolfo Ihering (5) la teoría de la voluntad no explica satisfactoriamente el derecho subjetivo. Sostiene que en todo derecho subjetivo deben distinguirse *dos elementos*: uno *material* y otro *formal*. El primero está constituido por el interés y el segundo por la acción. Define entonces el derecho subjetivo como: un "*interés jurídicamente protegido*". Interés, en Ihering, no tiene un sentido restringido sino amplio: comprende no sólo los intereses patrimoniales sino los de todo orden. Para salvaguardar esos bienes está el derecho y su destinatario es el hombre. Entiende por *interés*: "*todo lo que reporta utilidad al sujeto*". Como los intereses de los hombres no son unos mismos, las diferencias de los ordenamientos se explican en razón de los distintos intereses que protegen.

La protección constituye el elemento formal del derecho y es indispensable para caracterizarlo. Hay interés protegido allí donde existe la posibilidad de accionar. En ocasiones las normas favorecen el interés de una persona o grupo de personas, pero sin brindarles acción. Son *éstas situaciones reflejas*, similares al derecho subjetivo pero que no se confunden con él. Ejemplo: un impuesto de aduana que se crea como simple recurso fiscal pero favorece a cierto sector de la industria nacional.

c) *teoría ecléctica*. Algunos autores como Michoud y Jellinek han intentado superar la presunta parcialidad de las teorías anteriores integrando los dos elementos, interés y voluntad, en una sola teoría. Jellinek (6) da esta definición del derecho subjetivo: "*Es un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual*".

d) *Crítica del Derecho subjetivo*. Algunos juristas (especialmente adscritos al positivismo) han impugnado el derecho subjetivo, tildándolo en ocasiones de noción falsa y artificiosa y otras de inútil. Brevemente expondremos los puntos más importantes de la doctrina de Kelsen por considerar que es la más sólida y bien elaborada.

Kelsen (7) encuentra en las teorías del derecho subjetivo un *doble vicio*: involucran en la especulación jurídica nociones extrañas a esta ciencia como son el interés y la voluntad (conceptos propios de la psicología) y acusan un marcado sabor ideológico. Por este último as-

pecto se acercan al jusnaturalismo. En efecto, pretenden poner vallas al derecho objetivo en nombre de presuntos "derechos" anteriores a todo ordenamiento y de instituciones "naturales" como la propiedad privada.

Concebir el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido es adoptar un criterio errado sobre el problema, pues muchas veces la facultad que el ordenamiento confiere a un individuo y su interés, no coinciden. Una persona siempre tiene derecho a que se le devuelva el dinero que dió en mutuo, aunque no tenga en ello el más mínimo interés o aunque tenga interés en que no se le devuelva.

Y tan erróneo como el criterio del interés es el de la voluntad. Pensar que el derecho subjetivo es un querer jurídicamente garantizado, equivale a afirmar que son los actos particulares de voluntad los que dan contenido al derecho, cuando es lo cierto que la voluntad sólo produce consecuencias jurídicas cuando se las atribuye el ordenamiento. Como es obvio, la teoría ecléctica adolece de los mismos vicios de las anteriores, porque éstas no yerran por parciales sino por enfocar el asunto equivocadamente, enjuiciando extrasistemáticamente un problema estrictamente normativo.

Para Kelsen, sólo podría hablarse de derecho subjetivo, adoptando una posición objetivista, como facultad derivada de la norma, no anterior a ella. Pero en este caso la noción sería superflua, equivaldría a enfocar la norma misma (el derecho objetivo) desde el punto de vista del titular. Sería simplemente hacer una *descripción antropomórfica de la norma*.

Por otra parte, según la teoría de Kelsen, el ordenamiento jurídico no tiene como función primaria conceder facultades, sino imponer obligaciones. Puede conceder facultades acogiéndose entonces a una técnica típicamente capitalista que hace girar el derecho en torno a la propiedad privada, prototipo de los derechos subjetivos.

García Maynez (8) reprocha a Kelsen su impugnación del derecho subjetivo, arguyendo que identificar norma y facultad porque la segunda deriva de la primera, es tanto como confundir las nociones de padre e hijo por mediar entre ellas una relación necesaria. Prohijamos la doctrina del jusfilósofo mejicano y consideramos que el derecho subjetivo puede concebirse, eliminando todo lastre ideológico y excluyendo toda noción extrajurídica, como la *facultad coercible derivada de la norma de hacer o exigir algo no impedible por otro*.

(8) García Maynez: Ob. cit. pg. 194.

(5) Ihering: *Ibidem*, pg. 188.

(6) Jellinek: *Ibidem*, pg. 191.

(7) Kelsen: "Teoría General del Estado", pgs. 72 y ss.

3 — *Derechos reales y personales*. Dentro de los derechos subjetivos tiene una gran importancia la distinción de reales y personales. Acerca de su naturaleza, contenido y notas esenciales que los caracterizan se han formulado numerosas doctrinas. Expondremos algunas, extractadas de la magnífica obra de Rafael Rojina Villegas (9) "Derechos Reales y Personales".

a) *Doctrina clásica*. Sostiene que el derecho real y el personal son fundamentalmente distintos: el *real* es un "poder jurídico que una persona ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial, poder que es oponible a cualquiera". El titular ejerce su derecho sin intermediarios; el poder que ejerce sobre la cosa tiene por objeto el aprovechamiento total de ésta (en la propiedad) o su aprovechamiento parcial (en los demás derechos reales que son desmembraciones o limitaciones a la propiedad).

Se habla de poder jurídico para distinguirlo de la posesión que es un mero poder de hecho. Fundamentalmente pueden distinguirse *dos elementos en el derecho real*: el *titular del derecho*, sujeto activo, y el *objeto*, es decir, la cosa sobre la cual ejercita el poder.

El *derecho personal*, en cambio, "es la facultad que tiene una persona llamada acreedor, de exigir de otra, llamada deudor, el cumplimiento de una prestación o una abstención". No se tiene ya, como en el derecho real, un poder jurídico directo sobre una cosa, sino la facultad de exigir algo de otra persona. Se va al objeto a través de un intermediario, el sujeto pasivo. Aquí pueden analizarse tres elementos: *un sujeto activo*, acreedor; *un sujeto pasivo*, deudor; y *un objeto*, consistente en la prestación debida. Sostienen esta doctrina, que distingue radicalmente el derecho real del personal, Aubry et Rau y Baudry Lacaninerie.

b) *Doctrina personalista*. Trata de asimilar el derecho real al personal. Sostiene que *todo derecho implica una relación entre personas, pues no puede concebirse una relación entre una persona y una cosa*. Eso equivaldría a afirmar que la cosa es deudora de la persona. Todo derecho es, por definición, "relación interpersonal". Tanto en el derecho personal como en el real pueden distinguirse tres elementos: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto. La diferencia sólo radica en ésto: mientras en el derecho personal el sujeto pasivo es determinado, concreto, y con una obligación específica a su cargo, en el real el sujeto pasivo es universal y su obligación es genérica: no interferir al titular en el ejercicio

de sus derechos. En el momento en que esa obligación es transgredida se concreta e individualiza el sujeto pasivo de la relación. Las diferencias entre esas dos categorías de derecho son, pues, de orden secundario. Ortolán y Planiol sostuvieron esta tesis.

c) *Doctrina realista u objetiva*. Se sitúa en el extremo opuesto a la anterior pues pretende reducir los derechos personales a los reales. Sostiene que, como la obligación se ha ido despersonalizando (el cambio del deudor o del acreedor la deja idéntica), hoy es preciso analizarla no como una relación de persona a persona sino de patrimonio a patrimonio.

Como los bienes de una persona están afectados al pago de sus deudas (son prenda general de los acreedores), el llamado derecho personal no es más que una *potestad del acreedor sobre el patrimonio del deudor*. Es la tesis de Gazin, Gaudement y Saleilles.

d) *Doctrina económica de Bonnecase*. Julián Bonnecase afirma la distinción entre ambos derechos con fundamento en la realidad económica. Una cosa es la *riqueza* y otra bien diferente es el *servicio*. No existe siquiera la posibilidad de confundir esos dos fenómenos; pues bien, al ser ellos reglamentados por el derecho dan lugar a dos instituciones jurídicas distintas. Cuando se regula la apropiación de los bienes (riqueza), el modo de explotarlos y aprovecharlos, queda perfilado el derecho real. En cambio, cuando se regulan los servicios mutuos que los hombres se prestan, el aprovechamiento por una persona de la actividad de otra, se configura el derecho personal.

e) *Doctrina ecléctica de Planiol y Ripert*. Distingue en el derecho real dos aspectos: interno y externo. El primero de ellos se refiere a su contenido y es el que lo tipifica. Es "el poder jurídico que ejerce una persona directamente sobre una cosa". Pero ese poder surge de la relación jurídica entre un sujeto activo determinado y otro sujeto pasivo indeterminado; en eso consiste el elemento externo. Se toma de la escuela clásica la acertada determinación del contenido del derecho real, pero sin desechar la aguda objeción de la escuela personalista en el sentido de que no puede concebirse un derecho sino sobre la base de una relación interpersonal. Es esta la teoría que acogemos. Aprovecha los aspectos fecundos de las escuelas clásica y personalista. Responde de manera clara por el contenido del derecho real y lo caracteriza rigurosamente por el aspecto externo.

A nuestro juicio la teoría realista es equivocada. No es posible fundar relaciones de patrimonio a patrimonio con prescindencia de sus titulares aunque poco importe quienes sean éstos. Ya en líneas anterior-

(9) Rojina Villegas: "Derechos Reales y Personales", Ed. Compañía General Editora S.A. México, 1942

res hemos dicho que las consecuencias jurídicas sólo pueden concretarse en las personas (titulares de facultades y deberes). La teoría de Bon-necase es sugestiva pero no dice mucho acerca de la naturaleza jurídica de los derechos. Constituye un enjuiciamiento extrajurídico del problema que apenas sí ilustra acerca de la realidad moldeada por la norma. Es decir: se detiene más en la fase pre-jurídica de esos fenómenos.

Aceptamos pues, a plenitud, las conclusiones de Planiol y Ripert. En base a ellas pueden formularse estas definiciones: *derecho personal o de crédito*: "es la facultad que una persona llamada acreedor tiene de exigir de otra llamada deudor un hecho, una abstención o la entrega de una cosa". *Derecho real*: "Es el poder jurídico total o parcial que ejerce una persona directamente sobre una cosa y que nace de la relación entre una persona, titular del derecho, y un sujeto pasivo indeterminado, que sólo se determina en el momento en que viola el derecho que le es oponible".

4 — *El deber jurídico*. Hemos visto ya, cómo de la realización de los supuestos jurídicos se sigue como consecuencia el nacimiento, la modificación o la extinción de deberes y derechos. Tanta importancia tiene, pues, el deber jurídico como el derecho subjetivo. Sin embargo, mientras del segundo se han hecho análisis exhaustivos, el estudio del primero se ha descuidado. Kelsen y Jellinek tienen el gran mérito de haberlo incrementado.

#### TEORIAS ACERCA DEL DEBER JURIDICO

a) *Tesis de Kant*. Según la tesis de Kant, (10) para que una norma obligue es necesario que emane de la voluntad del sujeto obligado y que posea validez universal, es decir, que sea autónoma. A nadie obligan los mandatos de la voluntad ajena. Pero una persona en ejercicio de su autonomía puede aceptar las normas dictadas por el legislador si es que está convencida de su validez. El obedecimiento a la ley se convierte, pues, en el contenido de un deber. Quien acata la ley lo hace, entonces, por motivos éticos. Cumple a la vez con la obligación jurídica, pero sólo indirectamente.

b) *Tesis de Laun* (11). Este lleva la doctrina de la autonomía a sus últimas consecuencias. No hay distinción entre moral y derecho. Sólo las normas autónomas vinculan. La obligatoriedad de las normas heterónomas no es tal. Es simplemente un poder que me constriñe a cum-

plirlas; el poder no otorga juridicidad a una norma. La validez de ésta siempre dependerá del sentimiento que le preste la voluntad del obligado. Por eso la auténtica norma jurídica es también autónoma. Los llamados conflictos entre la moral y el derecho no son otra cosa que conflictos internos en el orden moral; el deber es uno: moral y jurídico a la vez.

Es pertinente, en este punto, aludir a la crítica que se le ha hecho a la ética autónoma desde el plano de la axiología. Para Hartmann y Scheler, los deberes tienen siempre carácter incondicionado y por tanto obligan aún en contra de la voluntad del destinatario, pues como anota García Maynez (12), "una de dos: o no puedo dejar de hacer lo que debo y quiero y entonces mi actitud no tiene ningún sentido moral, o puedo dejar de hacerlo en todo caso y entonces la regla no encuentra en mi albedrío el fundamento de su obligatoriedad, sino en un valor objetivo independiente de mi querer".

Referimos a la tesis de Hartmann y de Scheler a título puramente ilustrativo. No entramos a comentarla a espacio pues ello requeriría afrontar previamente ciertos problemas fundamentales como el de los valores, que rebasa el límite de nuestro propósito. Queremos sí sentar claramente que nuestra adhesión al kantismo en materia de fundamentación ética permanece incommovible. No creemos en conductas intrínsecamente buenas fuera de nuestra conciencia. Esta es, para nosotros, la única instancia legítimamente valoradora de nuestras actitudes morales (ver cap. II).

c) *Tesis de Kelsen*. Para Kelsen (13) el deber moral es autónomo mientras la obligación jurídica es heterónoma. *La norma jurídica violada puede ser aplicada*, no así la norma moral. La moral me vincula en cuanto mi voluntad le da asentimiento. El Derecho me obliga a un determinado comportamiento en cuanto el comportamiento contrario es el hecho condicionante de una sanción. La vinculación psíquica no juega aquí ningún papel. Sólo importa la vinculación normativa.

d) *Tesis de Radbruch*. (14) Este subraya el carácter bilateral del derecho y establece la distinción en estos términos: la obligación moral es sólo obligación mientras que la obligación jurídica es además deuda, es decir, puede ser exigida. En la moral no hay sujeto pretensor y sí lo hay en el derecho. La alteridad y la unilateralidad son retoma-

(12) García Maynez: Ob. cit. pg. 263.

(13) Kelsen: "Teoría Pura", pg. 55

(14) Radbruch: Ob. cit. pgs. 55 y ss.

(10) Kant: Ob. cit.

(11) Laun. Ob. cit.

das acertadamente para tipificar el deber jurídico y distinguirlo de la obligación ética.

### RELACIONES ENTRE EL DEBER JURIDICO Y EL DERECHO SUBJETIVO

El deber jurídico constituye una *limitación a la libertad del obligado* pues éste no tiene ya "derecho" a omitir lo que se le manda o hacer lo que se le prohíbe. De allí extrae García Maynez su noción de deber jurídico que acogemos íntegramente: "*Es la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras de exigir de la primera cierta conducta negativa o positiva*".

La armonía entre derecho subjetivo y deber jurídico, consecuencias normativas aparentemente contradictorias, encuentra su expresión en los siguientes axiomas:

1º *Axioma de la inclusión*: "Todo lo que está jurídicamente ordenado, está jurídicamente permitido". Porque lo que el ordenamiento jurídico ordena no puede ser jurídicamente ilícito.

2º *Axioma de la libertad*: "Lo que estando jurídicamente permitido no está jurídicamente ordenado puede lícitamente hacerse u omitirse". En eso justamente consiste la libertad jurídica.

3º *Axioma de la contradicción*: "La conducta jurídicamente regulada no puede hallarse al mismo tiempo prohibida y permitida".

4º *Axioma de la exclusión del medio*: "Si una conducta está jurídicamente regulada está permitida o prohibida". (Porque ya hemos visto que el mandato incluye la permisión).

5º *Axioma de la identidad*: "Todo objeto jurídico es idéntico a sí mismo" o sea: "lo que está jurídicamente permitido está jurídicamente permitido y lo que está jurídicamente prohibido está jurídicamente prohibido". (15).

5 — *Sujetos de derecho*. Estudiados los conceptos de derecho subjetivo y deber jurídico, debemos detenernos, así sea brevemente, a considerar en quiénes se concretan tales facultades y obligaciones. Se trata de establecer quiénes son sujetos de derecho. Hay que distinguir: *individuales y colectivos*. Esta denominación parece más apropiada que la que se ha venido usando desde tiempo atrás, que habla de personas naturales y personas jurídicas, cuando es lo cierto que el derecho no conoce personas naturales y que el solo término persona, en estricta terminología técnica, mienta ya la calidad de jurídica.

(15) García Maynez: Ob. cit. pgs. 268 y ss.

### EL HOMBRE COMO SUJETO DE DERECHOS

El destinatario del derecho es el *hombre* y en cuanto tal se le denomina persona. Pero es preciso no confundir el concepto antropológico de persona con el concepto jurídico.

Cuando se habla en la doctrina jurídica de la persona, no se alude al hombre en su totalidad, sino al hombre como sujeto de derechos. *La persona es una elaboración jurídica del concepto hombre. El hombre no es persona por naturaleza sino en la medida en que lo determina el ordenamiento*. En Roma vg. no se consideraba persona al esclavo a pesar de ser hombre. Pero el ordenamiento existe para el hombre.

### LOS ENTES COLECTIVOS

No sólo el hombre individualmente considerado es sujeto de derechos. Ya en el derecho romano se les atribuía entidad jurídica a ciertas colectividades como las corporaciones y fundaciones. Pero, cómo explicar esa entidad? Cómo fundar teóricamente la posibilidad de imputar deberes y derechos a tales colectividades? No se interesaron los romanos por este tipo de especulaciones. Sólo modernamente se han elaborado doctrinas tendientes a dilucidar el problema de lo que son las personas (jurídicas) colectivas. Veamos las principales:

a) *Teoría de la ficción*. Su creador y más destacado exponente es *Federico Carlos Savigny*, (16) quien considera que la persona colectiva es una entidad ficticia creada artificialmente y capaz de poseer un patrimonio. Es obra del legislador, de carácter puramente técnico: es el Estado el que la hace surgir. Esta teoría encuadra perfectamente en el ambiente político de la época, posterior a la revolución francesa. La exaltación del individuo había llevado a pensar que cualquier tipo de asociación podía significar un serio peligro para los intereses individuales. Era, pues, necesario negar toda vida a las colectividades, o a lo sumo reconocerles una existencia muy precaria dependiente de la voluntad estatal.

La más seria objeción que se formula a esta teoría es la de que si la persona jurídica colectiva es una creación del Estado, no se explica entonces la existencia de éste como persona jurídica, porque no puede pretenderse que se haya dado vida a sí mismo. Pero esa objeción tiene como supuesto el dualismo Estado-Derecho, es decir, asume que el

(16) Savigny: Citado por Francisco Ferrera: "Teoría de las personas jurídicas", Ed. Rens, Madrid, 1929.

Estado, aún como fenómeno jurídico, es una entidad distinta del Derecho mismo. Dentro de esa línea de pensamiento la censura es inobjetable. Pero si se reconoce que el Estado no es más que el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad con referencia a un centro de imputación (que es mera elaboración mental), preciso es concluir que la teoría de la ficción no envuelve ninguna contradicción lógica. Simplemente el Estado es el derecho mismo considerado en su totalidad y los demás entes (individuales y colectivos) son personificaciones jurídicas parciales del mismo ordenamiento. Esto se entenderá mejor cuando exponamos la teoría normativista. Por el momento podemos decir que esta doctrina, con todo y su afán ideológico, anticipó soluciones que hoy resisten el más riguroso análisis científico.

Dentro de esta misma categoría podemos incluir, por razones de brevedad y generalidad, las doctrinas que consideran a la persona (jurídica) colectiva como un *patrimonio impersonal* afectado o destinado a una finalidad y que recibe un tratamiento jurídico equivalente al de las personas (individuales). Tales doctrinas, de paso sea dicho, se inspiran en la división romana de *res nullius* y *res alicujus* (patrimonio sin dueño y patrimonio de alguien) (17).

b) *Teorías realistas*. (18) Dentro de la concepción realista cabe distinguir varios matices. Influidos por la sociología organicista Worms, Espinas y Bluntschli, sostuvieron la existencia natural de las colectividades. La colectividad tiene una existencia natural y orgánica igual que el hombre. En consecuencia las llamadas personas jurídicas tienen una realidad idéntica a la de las personas naturales y están dotadas de las mismas facultades. Influido por Comte y Durkheim sostuvo Picard la existencia real del grupo como algo distinto de los individuos que lo integran. Conforme a estas doctrinas, en materia de personas jurídicas el legislador nada crea, puesto que el grupo tiene existencia previa al reconocimiento legal. El acto que confiere la personalidad jurídica es por tanto meramente declarativo, como lo es también el reconocimiento de los derechos subjetivos de los individuos.

Dentro de las teorías realistas pueden ubicarse la institucionalista de Maurice Hauriou, que asume una posición bien diferente a la de sociología organicista. Sintetizando la *doctrina institucionalista*, destacando solamente sus elementos fundamentales, puede enunciarse así: en toda institución cabe distinguir una personalidad objetiva y una personalidad subjetiva. La primera está constituida o conformada por

(17) *Ibidem*: pgs. 146 y ss.

(18) *Ibidem*: pgs. 172 y ss.

una idea a realizar conforme al derecho en un medio social dado, un poder organizado para la realización de esa idea y las manifestaciones de comunión de quienes se asocian en torno a la idea y su realización. Esa individualidad objetiva suele denominarse persona moral y constituye el sustrato real de la persona jurídica. La individualidad subjetiva, en cambio, está constituida por atributos conferidos por el legislador a la persona moral, tales como la responsabilidad y la capacidad patrimonial. Pero tales atributos le son conferidos a la persona moral, justamente porque ella se revela capaz de poseerlos. La creación legislativa, es decir, el elemento de técnica jurídica se da en el paso de lo moral a lo jurídico. La entidad moral existe realmente y el legislador la hace jurídica al atribuirle deberes y derechos. La entidad que así surge ejercita sus facultades por medio de órganos que son individuos que sirven de funcionarios a la persona jurídica.

Ahora bien: de la idea a realizar se deriva el llamado *principio de la especialidad*, o sea, que la persona jurídica sólo puede ejercitar sus facultades en orden a la realización de la idea que previamente se ha propuesto. Esta limitada acción, en razón del fin perseguido, es lo que algunos confunden con incapacidad.

*Doctrina de Francisco Ferrara*. (19) Para Francisco Ferrara el término persona tiene tres acepciones: 1) Una acepción biológica que equivale a la noción de hombre, 2) una filosófica que vale tanto como ser racional, es decir el hombre mismo en cuanto es capaz de proponerse fines y realizarlos y, 3) una jurídica que equivale a sujeto de obligaciones y derechos. En este tercer sentido la personalidad es un nuevo producto del orden jurídico que debe su existencia al reconocimiento del derecho objetivo. La misma persona "natural" no lo es por naturaleza sino por disposición del legislador, como que fuera del Estado no hay sujeto de derecho. Aún históricamente puede constatarse que en determinados ordenamientos jurídicos algunos hombres carecen de personalidad como los esclavos en Roma. Y en los ordenamientos modernos la personalidad se revela como algo variable que puede ser concedida en cantidad mayor o menor.

Puede decirse que el hombre es solamente el sustrato real de la persona (jurídica) individual pero no es el único capaz de poseer personalidad jurídica. Nada se opone a que las asociaciones humanas sean consideradas como sujetos de derecho, bien se trate de agrupaciones espontáneas o conformadas voluntariamente para la consecución de un fin.

(19) *Ibidem*: pgs. 313 y ss.

De acuerdo con lo anterior, las personas (jurídicas) colectivas son definidas por Ferrara de la siguiente manera: "Son asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derechos". En esta clase de entidades el sustrato real está constituido por una agrupación más o menos numerosa de individuos en número determinado o indeterminado y por el fin cuyo logro persiguen los individuos asociados. En las llamadas fundaciones la sola finalidad a realizar constituye el sustrato real. Las asociaciones o instituciones en que se dan tales elementos revelan aptitud para constituirse en sujetos de derecho y llegan a ser tales en virtud del reconocimiento del derecho objetivo. Solamente del derecho objetivo puede emanar la personalidad. Por lo tanto es equivocado pensar que la capacidad jurídica deriva de la voluntad de los socios ya que la sola voluntad humana es inidónea para crear sujetos de derecho.

El acto en virtud del cual se confiere personalidad jurídica a una entidad de esta índole es, pues, constitutivo y no meramente declarativo. En cuanto al fin perseguido por la corporación o la fundación a juicio de Ferrara, debe reunir tres requisitos: debe ser claramente *determinado, posible y además lícito*.

c) *Teoría normativista*. Para Hans Kelsen (20) el concepto de persona resulta superfluo dentro de la teoría del derecho, porque por tal se entiende la unidad de una pluralidad de normas que rigen la conducta de un individuo (persona física) o la de una pluralidad de normas que rigen la conducta de varios individuos colectivamente considerados.

La persona es, pues, el conjunto de responsabilidades, derechos y obligaciones determinados por el ordenamiento jurídico o derecho objetivo. Por tanto es una mera concepción antropomórfica del mismo.

De un hombre se dice que es persona en cuanto su conducta sirve de contenido a una serie de normas y otro tanto se dice de un grupo en cuanto la conducta de ese grupo es tenida en cuenta por el ordenamiento objetivo, para efectos de asociarle consecuencias jurídicas.

La personificación no es pues otra cosa que la unidad de esa pluralidad de normas que confieren facultades y obligaciones; es, como quien dice, un mero artificio del entendimiento que ayuda a comprender mejor el ordenamiento jurídico. Pero se yerra cuando se le atribuye entidad distinta de la del ordenamiento jurídico mismo.

Las llamadas personas colectivas no son otra cosa que la personificación de un ordenamiento jurídico, que puede ser total y entonces se

(19) *Ibidem*: pgs. 313 y ss.

(20) Kelsen: "Teoría Pura", pgs. 125 y ss.

habla del Estado como persona jurídica, o parcial y entonces se alude a los grupos o colectividades que dentro del Estado son reconocidos como sujetos de derecho. En todo caso, como el fenómeno ocurre tanto cuando se trata de individuos considerados como tales o de grupos de asociados, no existe diferencia sustancial entre la persona individual y la colectiva (o persona física y jurídica). Una y otra son meros puntos de referencia, centros de imputación donde convergen las facultades y obligaciones determinadas por el ordenamiento jurídico, y como tales, formas descriptivas del orden jurídico que facilitan su conocimiento. La conexión de esta teoría con la de la ficción resulta palpable. Sencillamente lo que ya intuía Savigny fue luego elaborado por Kelsen con su impecable rigor metodológico.

La doctrina normativista, como análisis puramente formal de lo que es la persona desde un punto de vista estrictamente jurídico, es absolutamente inexpugnable. Lo demás, indagaciones sobre el sustrato es tarea de antropólogos y sociólogos, que prepara el terreno de lo jurídico pero no lo constituye.