

881209

2
29



UNIVERSIDAD ANAHUAC
FUNDADA EN 1954

UNIVERSIDAD ANAHUAC

ESCUELA DE DERECHO
con Estudios Incorporados a la U.N.A.M.

LA COACCION COMO ESENCIA DEL
DERECHO EN HANS KELSEN

TESIS CON
FALSA DE COACCION

T E S I S

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a :

Luis Horacio González Carranza

México, D.F.

1991



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE GENERAL

CAPITULO I: ANTECEDENTES TERMINOLOGICOS

1.1. De la Esencia del Derecho	14
1.1.1. Concepto de Esencia	14
1.1.2. Origen de la Coacción como Esencia del Derecho	14
1.2. Definición del Derecho	19
1.2.1. Concepto de Definición	19
1.2.2. Origen Etimológico de la palabra "Derecho"	19
1.2.3. Consideraciones para una posible Definición	20
1.2.4. Derecho Natural	26
1.2.5. Derecho Positivo	28
1.2.6. Dualidad "Derecho Natural-Derecho Positivo"	30
1.2.7. "Derecho único"	35
1.3. Concepto de Coercibilidad y Coacción	35
1.3.1. Distinción Esencial	39
1.4. Concepto de Validez, Eficacia, Facticidad y Sanción	39

CAPITULO II: ANTECEDENTES FILOSOFICO-JURIDICOS

2.1. Consideraciones Generales	43
2.2. El Iusnaturalismo y sus Tres Categorías	43
2.2.1. Iusnaturalismo Biológico	43
2.2.2. Iusnaturalismo Escolástico	45
2.2.3. Iusnaturalismo Racionalista	50
2.3. La Escuela o Corriente Histórica	51
2.4. Positivismo	52
2.4.1. Positivismo Jurídico	52
2.4.2. Positivismo Sociológico	55
2.5. La Axiología Jurídica	56

CAPITULO III: LA COACCION COMO ESENCIA DEL DERECHO
DIVERSOS AUTORES

3.1. Spinoza	60
3.2. Christian Thomasius	62
3.3. Immanuel Kant	62
3.4. Rudolf Von Ihering	66
3.5. Leo Petrazycki	67
3.6. Giorgio del Vecchio	68
3.7. Luis Recaséns Siches	69

CAPITULO IV: LA COACCION COMO ESENCIA DEL DERECHO
EN HANS KELSEN

4.1. Datos Biográficos de Hans Kelsen	76
4.2. La Teoría Pura del Derecho	77
4.2.1. Introducción	77
4.2.2. Lineamientos Fundamentales	80
4.3. La Doctrina del Derecho Natural y el Derecho Positivo	92
4.4. Kelsen y el Derecho Positivo	94
4.5. La coacción Jurídica y la Esencia del Derecho	95

**CAPITULO V: JUICIO CRITICO SOBRE EL COERCITIVISMO
JURIDICO KELSEIANO**

5.1. Objeciones comúnmente formuladas al Coercitivismo	98
5.1.1. Tesis del "Regresus ad Infinitum"	99
5.1.2. Tesis de la "Adhesión Espontánea"	100
5.1.3. Tesis referente a las "Lagunas del Derecho"	101
5.1.4. Tesis sobre las "Leges Imperfectae"	102
5.1.5. El Problema del Derecho Constitucional	102
5.1.6. Kelsen: "Positivista o Formalista"	102
5.1.7. Juicio Crítico a la Teoría Kelseniana	103
5.2. Respuestas Coercitivistas a las Objeciones Formuladas	110
5.2.1. Opinión Kelseniana del "Regresus ad Infinitum"	113
5.2.2. Kelsen y su Posición ante el Derecho Constitucional	114

**CAPITULO VI: TESIS QUE AFIRMAN O RECHAZAN LA ESENCIALIDAD
DE LA COACCION EN EL DERECHO**

6.1. Criterios Adoptados para Individualizar al Derecho de los Ordenes Normativos	116
6.1.1. La Teoría de la Imperatividad	116
6.1.2. La Teoría de la Socialidad	116
6.1.3. La Teoría de la Finalidad	117
6.1.4. La Teoría de la Soberanía	117
6.1.5. La Teoría de la Sanción	118
6.2. Principales Tendencias a Saber	118
6.2.1. Autores que Consideran Esencial la Coacción al Derecho	120
6.2.2. Autores que No Consideran Esencial la Coacción al Derecho	123
6.2.3. Tesis que Niega la Esencialidad de la Coacción al Derecho	124
6.2.4. Tesis que Niega la Esencialidad de la Coercibilidad al Derecho	126
6.2.5. Tesis que Afirma la Esencialidad de la Coacción a la Ley, No al Derecho	128
6.2.6. Tesis Propuesta a la Solución del Problema	131

**CAPITULO VII: TESIS PERSONAL QUE NIEGA LA ESENCIALIDAD
DE LA COACCION EN EL DERECHO**

7.1. Introducción	134
7.2. Proposición	134
7.2.1. Aclaración de Términos	135
7.2.2. Adversario	136
7.2.3. Demostración	137

CONCLUSIONES	140
--------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	144
--------------------	-----

INTRODUCTION

a) JUSTIFICACION DE LA ELECCION DEL TEMA

Hasta hace algunos años, era opinión común que el Derecho no es más que un conjunto de normas cuya eficacia está reforzada mediante la amenaza del uso de la fuerza contra los agresores. Se sostenía que lo propio de un ordenamiento jurídico, es el hecho de imponer mediante la "coacción" la observancia de sus normas, poniéndose de relieve, por lo demás, que debe considerarse como característica fundamental del Derecho.

Más recientemente se ha abierto camino en la ciencia jurídica la opinión de que el Derecho no es tanto un conjunto de normas reforzadas por la amenaza del uso de la fuerza. Es evidente que los sostenedores de las dos teorías se encuentran muy divididos. Sin embargo, en un siglo como el nuestro, de creciente universalismo y constante progreso, se crea la necesidad de comprobar, de ampliar, de interrelacionar. Es así como una de las más apremiantes necesidades del hombre moderno es, sin lugar a dudas, la de un conocimiento profundo. De tal suerte, que el estudio exclusivo de un sólo tema se convierte actualmente en un campo excelso de investigación. Es por ello que el tema de estudio en este trabajo, se refiere exclusivamente a comprobar la relación que tiene la coacción en la ciencia del Derecho. Para ello se ha tomado fundamentalmente el pensamiento Kelseniano por ser éste, el de mayor influencia en la vida del hombre contemporáneo.

b) PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

En el campo jurídico moderno, Hans Kelsen ha llevado a sus últimas conclusiones los postulados que sostienen que la coacción es una nota esencial del Derecho aludiendo que:

Si el Derecho es un orden jurídico, cada norma es coactiva, su esencia es ser coactiva".

El maestro de la escuela de Viena asevera que el Derecho regula la conducta humana y que, por eso, ha de ser de naturaleza psíquica, pues radica en la coacción: por ello las normas jurídicas se refieren al único Derecho existente, que es el positivo, tomando en consideración que la positividad del Derecho radica, en la eficacia de su representación psíquica, lo que hace que el orden jurídico no necesite de ulterior fundamentación.

Además, señala: "... que el Derecho es un orden coactivo y, cada una de las normas que lo integran, prescribe y regula el ejercicio de la coacción. Al Derecho sólo le incumbe regular el ejercicio de la coacción, únicamente le corresponde tipificar las conductas para la debida ordenación de la convivencia humana".

Esta tesis remonta a Christian Thomasius, quien por primera vez con sistema expuso y desarrolló esta idea, la cual ha sido recogida con entusiasmo por los positivistas principalmente, hasta llegar a su grado máximo con Kelsen.

Así pues, la filosofía del Derecho ha buscado ya nueva respuesta a la cuestión: Jellinek, profesor de las Universidades de Viena, Basilea y Heidelberg, no dudó en afirmar:

"El Derecho y la coacción jurídica son términos distintos, por tanto es falsa la identificación esencial entre Derecho y coacción, los autores ya no creen esa falsa sentencia y, tal doctrina difícilmente puede sostenerse con razones sólidas y fundadas en nuestros días".

Carnelutti, se ha expresado así:

"La fuerza de la coacción es ciega y no sólo el verdugo sino el juez son fuerzas desencadenadas. Contener estas fuerzas en el ámbito de la Justicia es el insoluble problema. Por esta necesidad han de pasar aquellos científicos del Derecho para destruir aquella tonta idolatría que también a mí me fue inspirada en los bancos de la escuela hasta parecerse que el Derecho y la

coacción se identificaban y eran un sólo fin, un infalible fin".

Difícilmente pueden encontrarse críticas más severas a la escuela positivista, cuyo máximo exponente es Hans Kelsen. Así, este jurista es el más discutido, alabado y combatido. El panorama jurídico actual es Kelseniano ó anti-Kelseniano, pero, como quiera los autores toman como base la doctrina del maestro austriaco, unos para aceptarla y otros para rechazarla denodadamente.

c) HIPOTESIS DE TRABAJO

Hemos dicho que acerca de la coacción jurídica se han elaborado diversas tesis, unas negándola y otras afirmando que es esencial e imprescindible a las normas jurídicas. Abordaremos el estudio de esas opiniones analizando el pensamiento de algunos autores - fundamentalmente Kelsen - que se han ocupado del problema en cuestión.

Otros autores consideran a la coercibilidad - posibilidad abstracta de la coacción - como esencial al Derecho ó bien, como una "nota propia" del mismo. De cualquier forma, no todos los estudiosos del Derecho están de acuerdo en pensar que la coacción, coactividad, coercitividad, coercibilidad, impositividad inexorable, etc., sea un componente esencial de la noción del Derecho.

La teoría Kelseniana, por ser la de mayor influencia en la ciencia jurídica contemporánea merece un estudio especial. Es estrictamente formalista, la cual estudia única y exclusivamente la específica forma normativa de lo jurídico, y de la cual elimina todo cuanto no pertenezca a esa forma: "... la teoría del Derecho será una disciplina autónoma, que deberá constituirse y mantenerse apartada de toda mezcolanza con objetos ajenos y heterogéneos a ella".

Conceptúa el Derecho como un orden coactivo constituido a base de normas.

que reglamenta el empleo de la fuerza en las relaciones sociales y se reserva el monopolio de ésta. Sólo hay norma jurídica si se establece una sanción como consecuencia del incumplimiento de la prescripción de la norma.

Sin embargo, concluiremos si la teoría Kelseniana es ó no satisfactoria en su explicación al considerar a la coacción como elemento esencial del Derecho.

d) PLAN DE TRABAJO

El presente estudio, está dividido en VII Capítulos a saber:

El Capítulo I; contempla los antecedentes terminológicos, es decir, los lineamientos fundamentales que nos servirán para mejor entender el problema en cuestión.

El Capítulo II; representa mediante un panorama general el desarrollo de las corrientes ius-filosóficas, que nos permitirán adoptar una postura respecto de las líneas directrices de la filosofía del Derecho.

El Capítulo III; nos muestra la influencia que ha tenido la coacción en el pensamiento de diversos autores, conceptuándola como elemento esencial del Derecho.

El Capítulo IV; comprende exclusivamente el pensamiento Kelseniano, contemplando sus ideas en general, pero básicamente limitándose en su parte final, al estudio del papel que juega la coacción en la esencia del Derecho, punto central de la investigación que nos ocupa.

El Capítulo V; representa el juicio crítico que sobre la teoría Kelseniana y el coercitivismo jurídico se han formulado.

El Capítulo VI; hace referencia de las principales tendencias y tesis que a este respecto han elaborado diversos autores, unos afirmando la esencialidad de la coacción y otros negándola rotundamente.

El Capítulo VII; como última fase, corresponde al desarrollo de una

"tesis" personal a la solución del problema, para así estar en condiciones de elaborar las respectivas conclusiones.

CAPITULO I: ANTECEDENTES TERMINOLOGICOS

1.1. DE LA ESENCIA DEL DERECHO

Reconozcamos como legítimo y obligado el tema de la esencialidad del Derecho, el cual posee una significación y un propósito que responden necesariamente a la dimensión que nos evoca el propio Derecho. Así, al considerar su esencia hemos de tener en cuenta los elementos que lo integran.

La historia de la filosofía del Derecho muestra especialmente, que en todo tiempo se ha meditado sobre el problema de la esencialidad del Derecho: problema que, por lo tanto, no fué inventado artificialmente, sino que responde a una necesidad natural y constante del espíritu humano.

1.1.1. CONCEPTO DE ESENCIA

Por elementos esenciales entendemos aquellos que integran un ser; faltando uno de los cuales, no sería precisamente lo que es, sino otra cosa; como explica Sorlaís:

"La esencia es aquello por lo que una cosa es lo que ella es, y consiguientemente lo que la diferencia de lo que no es ella" (1)

1.1.2. ORIGEN DE LA COACCION COMO ESENCIA DEL DERECHO

No obstante que el Derecho se extiende hasta los orígenes de la humanidad, fueron sin embargo los griegos los primeros que meditaron sobre su esencia y los primeros que dijeron algo fundamental a ese respecto.

En Homero encontramos las más antiguas reflexiones sobre el Derecho, que nos es ofrecido en la figura de la diosa Themis, a la que el poeta presenta como la hija de Gaia "madre de la tierra" y de Urano "dios del firmamento", y como la esposa del "padre de los dioses", Zeus. Themis conoce por su

1 RAFAEL PRECIADO HERNANDEZ: Lecciones de Filosofía del Derecho: 2a. ed., Textos Universitarios, México, 1984, p. 123.

madre el destino que pende sobre los dioses y los hombres; de ahí que sea la consejera jurídica del padre de los dioses. Tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes reciban el nombre de *thémistes*, lo que a su vez explica el hecho de que la conducta que coincide con el Derecho se exprese con la fórmula: *es themis*. Así, a ejemplo, es *themis* ejercer el Derecho de asilo ó participar en la asamblea del ejército.

Pero no se trata en estos casos de acciones impuestas a los griegos por normas heterónomas provenientes de una fuerza extraña, sino de una conducta que corresponde, en una circunstancia determinada, a la esencia de lo humano. A su vez, Homero no concibe a Zeus como un legislador. El dios, que por los consejos de *Themis* sabe cuál es el Derecho para el caso concreto, podía únicamente, mediante sus *thémistes*, instruir a los gobernantes sobre la conducta intrínsecamente justa. Esta facultad correspondía también a los reyes y a los jueces que recibían de Zeus las instrucciones *thémises*.

Por su parte, Hesíodo conoce aún a la diosa *Themis*, pero en él, *Dike*, la hija de *Themis*, entra al primer plano. Con ella, los primeros pensadores y poetas encarnaron al Derecho en las figuras de *Themis* y de *Dike*.

Hesíodo, que en los años finales del siglo VII A.C. regresó con sus padres de Asia Menor a Ascra, en la Beocia, en cuyo lugar se dedicó a la agricultura, clarificó y profundizó con inspiraciones propias, recibidas cuando pastaba sus carneros en las laderas del Helicón, el mito que había recogido Homero. Su pensamiento quedó consignado en sus escritos, la *Teogonía* y *Obras y días*.

En la *Teogonía*, aparece *Dike* al lado de sus dos hermanas, *Eunomía* "el buen orden", y *Eirene* "la paz", hijas, como ella, de Zeus y de *Themis*. En Hesíodo, Zeus es el protector del Derecho, sin embargo, en el punto central de la poesía Hesíodica no está sin embargo Zeus, sino *Dike*, portadora del Derecho desde el Olimpo a la tierra, adonde llevó el encargo de difundirlo entre los hombres, de

protegerlo y conservarlo. Dike tiene tres opositoras llamadas Eris, Bía e Hybris. Eris es la pendencia, la que subvierte el orden. Bía es la fuerza que enfrenta al Derecho, e Hybris la incontinencia que excede los límites del Derecho, transformando lo justo en injusto.

Pero Hesíodo no permanece como un prisionero absoluto de la mitología, sino que principia a descender el velo extendido sobre la esencia del Derecho al introducir en él dos reinos, el reino de la naturaleza irracional y el reino de la naturaleza racional. Expresamente dice respecto de este tema:

"Kronion comunicó este nombre a los hombres: las bestias y los peces y las aves que extienden sus alas podrán devorarse unos a otros, pues a ellos les falta el Derecho. Pero a los hombres les comunicó (Dike) el Derecho, que es el más sublime de todos los bienes" (2)

Los hombres están destinados a vivir, según su naturaleza, en armonía con el orden jurídico; los hombres están obligados a no hacer uso de la violencia, a respetar los límites del Derecho, y a llevar sus disputas ante los jueces: en una palabra, a oponerse a Bía, a Hybris y a Eris. Dentro de este espíritu, invoca Hesíodo a su hermano Perses:

¡Oh Perses, quieras tú conservar esto en tu corazón: escucha siempre a Dike y no emplees nunca la fuerza (Bía)... Perses, atiende a Dike y evita a Hybris! (3)

Hesíodo sabe bien que no sólo las personas privadas pueden cometer injusticia, sino también los jueces encargados de decir el Derecho. Ocurrirá así cuando abusen del nombre de Dike, remitiéndose a ella, pero dictando en la

2 ALFRED VERDROSS: La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental, visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas (trad. por Mario de la Cueva); 1a. ed., Dirección General de Publicaciones U.N.A.M., México, 1962, p. 12.

3 Ibid.

realidad un fallo que no está dirigido hacia la diosa. Hesíodo, en consecuencia, no solamente conoce la sentencia justa, sino también la injusta.

Si el orden que conviene a los hombres en un vivir en el Derecho, resulta que únicamente prosperará aquella comunidad en la que reine Dike. Conviene decir que Hesíodo estaba plenamente convencido de que siempre y en todas partes triunfaría Dike sobre Eris, Bía e Hybris.

De este pensamiento sobresalen tres hechos que podemos resumir en los siguientes párrafos:

1. No toda la naturaleza está sometida a un mismo orden: en la naturaleza irracional rige la ley de Bía, que es la ley de la causalidad; entre los hombres impera la ley de Dike. Para ellos vale la ley ética-jurídica del "estar obligado", ley que debe ser obedecida, pero que puede ser de hecho violada.
2. Al ser del hombre corresponde una vida conforme al nomos de Dike. Cuando el hombre se aparta de su orden, o se hunde en el orden de Bía, contrario a su ser, o destruye su esencia, cayendo en el mundo de Hybris.
3. Así como estar en el espacio corresponde a la materia, el vivir dentro del Derecho pertenece a la esencia del hombre: en consecuencia, el Derecho no puede deducirse del mandato de una voluntad arbitraria.

Hesíodo reconoció claramente que no todo lo que se manifiesta en forma jurídica es auténtico Derecho, sino únicamente aquella sentencia que, además de tener la forma, es pronunciada en acatamiento a las indicaciones de Dike. El Derecho no puede ser simplemente dictado, debe ser buscado y encontrado, o expresado con otras palabras, la verdad jurídica, que se encuentra oculta, ha de ser descubierta y revelada.

También Solón (4) se remite a Dike, quien le enseñó a guardar en todo momento la justa medida y a combatir a Hybris. Esta enseñanza le capacitó para restaurar el quebrantado orden en su ciudad natal, Atenas, cuando en el año 594 a.c., fue electo Arconte con poderes ilimitados, y se le comisionó para preparar un nuevo *thésmos*, esto es, una Constitución capaz de restablecer la paz interior.

El reformador de Atenas bautizó a un orden de esta naturaleza, en el que se alcanza un equilibrio correcto, con el nombre de "Eunomia", que corresponde a una hermana de Dike.

Solón explica que la renovación del orden de su ciudad natal se logró con la ayuda de Dike y de Bía. Bía, para él, ya no es una opositora de Dike, sino su aliada. ¿Cómo ha sido esto posible? Lo fue merced a la distinción entre una buena y una mala Bía, entre un poder legítimo y un poder arbitrario. El primero está al servicio de Dike, el segundo se yergue en su contra. Este último constituye un ataque al Derecho, mientras el primero representa la coacción jurídica, utilizada para su efectividad. Con estas explicaciones aclaró Solón que Dike no puede realizarse por sí misma y que necesita de Bía para poder hacer frente a las fuerzas ilegítimas. Dike y Bía, en consecuencia, están obligados a actuar conjuntamente. Con estas ideas, Solón inició una importantísima complementación de la doctrina jurídica hesiódica (5).

Transportando estas ideas al campo de la doctrina contemporánea, para Hans Kelsen, el Derecho es un orden coactivo, y cada una de las normas que lo integran, prescribe y regula el ejercicio de la coacción, únicamente le corresponde tipificar las conductas para la debida ordenación de la convivencia humana.

4 Cfr. ALFRED VERDROSS: Op. cit., pp. 14-15

5 Cfr. Ibid.

El jurista austriaco propone la sanción coactiva como "nota esencial" de lo jurídico, con base en la cual habrá de explicar en su totalidad el fenómeno jurídico.

1.2. DEFINICION DEL DERECHO

Al disponermos a elaborar una definición del Derecho, lo que hemos de hacer ante todo, es tener una noción clara de lo que es una definición.

1.2.1. CONCEPTO DE DEFINICION

Una definición es un juicio determinativo, en virtud del cual llegamos a individualizar un objeto de tal manera que no podemos confundirlo con ningún otro.

1.2.2. ORIGEN ETIMOLOGICO DE LA PALABRA "DERECHO"

La palabra "Derecho" connota la idea de rectitud. Se relaciona en nuestra mente, con lo que se ajusta a una regla establecida y a la vez, parece también referirse a aquello que se mueve directamente hacia un punto determinado.

Si por otra parte atendemos a la etimología de la palabra, la voz castellana Derecho, como sus equivalentes en las demás lenguas del mismo tronco - Direito, Diritto, Droit, Dret, ... -, procede de la latina Directum, participio de Di-rigere; que expresa la acción de poner en línea recta, ordenar, arreglar ó acceodar a una pauta ó norma. con esa expresión se significa, pues, algo - móvil o camino - que sigue la trayectoria más corta entre dos puntos, que no se desvía o tuerce, que se ajusta a un rumbo o se sujeta a un mando. Esta significación alcanza un más antiguo refrendo, si se llega hasta la raíz sanscrita rj - muy patente en las lenguas Célticas y Germanas - ret en escandinavo, recht en alemán, right en inglés, expresiva de

la acción de guiar o conducir. Si a esta voz se antepone el prefijo *Dí*, de las raíces arias *Dh* y *Dhr*, sinónimos de solidez y firmeza, la palabra *Derecho* evocaría la idea de conducción entre varios seres.

Por otra parte, el vocablo latino *Ius* encierra un sentido similar. *Ius* procede del sánscrito *yu* que simboliza ligamen, atadura, vinculación.

1.2.3. CONSIDERACIONES PARA UNA POSIBLE DEFINICIÓN

Para definir al *Derecho* surge una dificultad inicial: la palabra *Derecho* no tiene un sólo sentido, no es unívoca, sino tiene diversidad de significados, es equívoca, con una misma palabra expresamos cosas distintas. Así se dice, por ejemplo, "esto es conforme a *Derecho*", o "estudio *Derecho* romano", o "es materia propia del *Derecho* Constitucional", o "esta es una escuela de *Derecho*". El sentido con que se utiliza la palabra *Derecho*, su contenido y su proyección es totalmente diferente en cada uno de los casos citados.

La palabra *Derecho* se refiere a objetos formales distintos, pero esos objetos distintos, ¿no poseen un fondo ontológico común?

La cuestión anterior puede, a su vez, descomponerse en otros tres problemas:

1. ¿Es posible una sola definición del *Derecho*?
2. ¿Habrá que dar una sola definición del *Derecho*?
3. ¿Existe un método para dar una sola definición del *Derecho*?

No es posible dar una sola definición del *Derecho* y ello no debe preocuparnos, antes bien es una prueba de la constante evolución de las disciplinas jurídicas.

Tampoco se debe caer en el error de pretender formular tal número de definiciones como sentidos tiene el vocablo *Derecho*.

De igual forma, hablar de un sólo método para elaborar una definición del

Derecho parece sugerirnos una limitación para aceptar ó rechazar tal definición.

Sin embargo, debemos iniciar nuestro intento citando sólo algunas definiciones no con un deseo enciclopédico, sino para probar básicamente los siguientes hechos:

a) Que cada época histórica tiene su propia concepción de lo que es el Derecho, de acuerdo con las preocupaciones que la rodean.

b) Que tal pluralidad de definiciones es prueba concluyente de la evolución jurídica antes mencionada.

c) Que del análisis de tales definiciones se puede llegar a establecer un concepto que sea aplicable a la problemática jurídica contemporánea.

De acuerdo a lo anterior, he aquí algunas de las principales definiciones elaboradas:

1. Definición de Terencio: "Es la ciencia que rige que todo sea recto e inflexible" (6). Estamos ante un concepto rígido y formalista, que en realidad no reúne las características de una verdadera definición. Imaginar al Derecho como algo absolutamente inflexible es privar al Derecho de la posibilidad de adaptarse a los problemas propios del hombre. La aplicación de la norma jurídica hasta sus últimas consecuencias es una forma más de injusticia.

2. Definición de Celso: "Jus est ars boni et aequi" (7). El Derecho es el arte de lo bueno y de lo justo. Celso mezcla conceptos éticos y jurídicos al hablar simultáneamente de la "bondad" y de la "equidad", por lo cual su definición es indistintamente aplicable a la moral y al Derecho.

3. Definición de Ulpiano: "Juris praecepta sunt haec: honeste vivere,

6 GENARO MARIA GONZALEZ: Definición del Derecho: en Apuntes de Introducción al Derecho, Escuela Libre de Derecho, México, 1980, Tema V., p. 3.

7 Ibid.

alterum non laecere, summ cuique tribuendi" (8). Los preceptos del Derecho son estos: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada quien lo que es suyo. Más que una definición se trata de una enumeración tripartita de los preceptos del Derecho y se le puede hacer la misma crítica que a la definición de Celso, pues "vivir honestamente" corresponde al renglón de la ética y no solamente al aspecto jurídico.

4.- Definición de San Agustín: "Derecho es lo que es justo y emana de la fuente de la justicia" (9). Jamás tuvo San Agustín la idea de dar una definición académica de lo que es el Derecho, su concepto obedece a las razones históricas del momento en que fue elaborada. En su obra "La Ciudad de Dios", efectúa un análisis y una explicación del fenómeno que representa la caída de Roma ante los pueblos bárbaros. Los pensadores de Roma atribuyeron al cristianismo nueva religión, el enojo de los dioses romanos que, disgustados, entregan la ciudad y el imperio a las hordas bárbaras. San Agustín exculpa al cristianismo de esa supuesta falta; analiza las verdaderas causas de tal caída y elabora el concepto transcrito.

Estamos ante el prototipo de un concepto del Derecho que es propio y exclusivamente atribuible al momento histórico en que es formulado.

5. Definición de Santo Tomás de Aquino: "Derecho es la facultad de hacer o no hacer, de retener o exigir algo" (10). Filósofo más que jurista, no confunde ya la moral con el Derecho y acierta totalmente al concebir al Derecho como una facultad de la persona.

6. Definición de Vichinsky: "El Derecho es la relación de los fenómenos económicos expresados a través de la lucha de clases" (11). El jurista

8 Ibid.

9 Ibid.

10 Ibid., p. 4.

11 Ibid.

soviético, apegado estrictamente a la ortodoxia marxista, enfatiza el aspecto exclusivamente económico de la norma jurídica.

Queda demostrado que definir es ciertamente una necesidad. Bertand Russell ha afirmado que: "toda definición es polémica e implica ya una actitud filosófica" (12).

Sin embargo, iniciaremos nuestro propósito citando para ello las siguientes notas para una posible definición:

a)

Se ha dicho que la palabra Derecho no tiene un sólo sentido, no es unívoca, sino tiene diversidad de significados, es equívoca, con una misma palabra expresamos cosas distintas. Pero el sentido con que se utiliza la palabra Derecho, su contenido y su proyección poseen un fondo ontológico común.

b)

Debe encerrar el concepto clásico, admitido por Aristóteles, Cicerón, etc., de ser un fenómeno eminentemente humano, punto en el que convergen todos lo autores, incluso el propio Kelsen. Así pues, el Derecho rige relaciones humanas.

c)

Se plantea el problema de saber si el Derecho es una ciencia. La primera pregunta que debemos plantear es sobre la existencia de una disciplina científica que estudie los fenómenos jurídicos, ya que con frecuencia se niega esa posibilidad, y el ejemplo más palpable es la clásica conferencia del jurista alemán Julio German Von Kirchman, sustentada en 1847, pero que resuena todavía en nuestros días, en la cual trazó un cuadro muy desconsolador de lo que llamó el carácter científico de la jurisprudencia.

12 Ibid. Tema I, Conceptos Fundamentales, p. 2.

Es famosa la frase de este tratadista que todavía se repite en exceso: "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles".

La resistencia para aceptar el carácter científico del estudio del Derecho deriva de varios obstáculos:

1. En primer lugar, el mismo nombre de la disciplina es equívoco, ya que el vocablo Derecho se utiliza indistintamente para designar la materia u objeto de conocimiento y la disciplina que lo estudia, lo que no ocurre con ninguna otra rama del saber, ni siquiera con las restantes ciencias sociales.

2. Aún cuando toda disciplina contiene antinomias, las del Derecho son muy aparentes y esto, a los ojos de otros científicos, del vulgo o inclusive de los mismos juristas, afecta la calidad científica del estudio de los fenómenos jurídicos.

3. Todo depende del concepto de ciencia de cual partamos, que puede ser restringido o amplio, y desde ese punto de vista, y sólo como una base para llegar a una conclusión, podemos afirmar que ciencia es un conjunto de conocimientos debidamente ordenados y sistematizados.

4. Lo que ocurrió durante mucho tiempo es que dominó la idea de que sólo las disciplinas que operaban a base de la experimentación empírica o bien con apoyo en las matemáticas, podrían considerarse científicas, pero al lado de ellas se ha reconocido, especialmente después de los estudios del pensador alemán Enrique Rickert, que existen dos tipos de disciplinas científicas, las naturales (físico-matemáticas) y las culturales, que han desembocado en una división que pretende ser tajante entre las ciencias en sentido estricto, y las humanidades, y sólo hasta época reciente se ha reconocido que también las ciencias sociales, entre las cuales se encuentra el Derecho, poseen rango científico.

d)

El Derecho es un ordenamiento de la razón, también universalmente aceptado, en tanto es un ordenamiento racional de normas. La razón debe estar perfectamente presente, y en tanto que es un ordenamiento equivale a un sistema.

e)

Encaminado por la vía de la Justicia; la definición clásica que Ulpiano dió de Justicia, comúnmente aceptada y generalizada que dice:

"Justitia est constans et perpetua
voluntas jus suum quique tribuendi

(Justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada quién lo suyo).

De igual forma es menester recordar que las representaciones de la Justicia también han variado. Los antiguos la representaron bajo la figura de una patrona con ojos vivos y penetrantes para manifestar que los jueces deben examinar con toda exactitud los negocios que se les han conferido.

También se le representa, en forma contradictoria, con una venda en los ojos, la balanza en una mano y una espada en la otra, para denotar que obra sin acepción de personas, que examina y pesa el Derecho de las partes y que tiene la fuerza para llevar a efecto sus decisiones y hacer reinar el orden.

Por razones metodológicas (lógicas y ontológicas) es preciso conocer el concepto de Justicia, ya que ésta es anterior a las normas o leyes, siendo el Derecho el principal medio para el conocimiento y la realización de la Justicia.

f)

El Derecho presupone la libertad. Por tanto, puede ser violado o cumplido por los hombres.

g)

El Derecho es evidentemente un fenómeno social. Se comprueba a través del silogismo que expresaron los romanos:

"Ubi homo, ibi societas
ubi societas, ibi jus
ergo, ubi homo ibi jus"

(Donde existe el hombre, existe la sociedad; donde existe la sociedad, existe el Derecho; luego, donde existe el hombre, existe el Derecho).

Con estas consideraciones quedará integrada nuestra definición del Derecho, de la siguiente manera:

Derecho es la disciplina del saber que se avoca al conocimiento del sistema de normas, las cuales pueden ser violadas o cumplidas por el hombre, estando encaminadas por la vía de la justicia aceptada por los mismos, para su realización en su vinculación comunitaria".

1.2.4. DERECHO NATURAL

En ningún pueblo de la antigüedad ha faltado la idea de que existe una ley jurídica natural superior a todo Derecho humano, puesto que, fundada sobre la autoridad divina, es norma de todas las leyes de los hombres, pero la doctrina del Derecho natural debía recibir su forma propia en los filósofos griegos y romanos.

La idea de una ley o Derecho divinos encuentran su expresión en Sócrates, y a veces en la misma tragedia griega, en ésta resuena la voz de Antígona que oponía las leyes divinas no escritas e inmutables, a los decretos de los mortales, los cuales no pueden prevalecer sobre aquéllas.

Es en el pensamiento sistematizador de Aristóteles a quien se debe la primera formulación y denominación exacta del Derecho natural, como un

politikon dikaiou physikon, un Derecho no escrito y común a todas las gentes según la naturaleza, distinguiéndolo formalmente del Derecho civil o politikon dikaiou nomikon propio de cada pueblo; este "justo legal" es mudable, mientras que el "justo natural", en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro.

Roma acepta la tradición del Derecho natural por medio de sus filósofos y jurisconsultos. Cicerón representa el entronque más directo con la filosofía griega. No sólo admite la existencia de un Derecho natural, sino que le atribuye una hegemonía casi absoluta, hasta el punto que detesta y menosprecia todo Derecho o concepto del Derecho que no participe de este elevado carácter. Consideró el Derecho natural, como norma única trascendente a todos los pueblos, puesto que, derivada directamente de Dios, es constituida por la misma razón natural, igual en Roma y en Atenas, superior al Senado y al pueblo irrevocable por decreto humano, ya que imponiéndose a todos por evidencia racional, no necesita de ninguna autoridad humana que lo interprete.

Con la filosofía religiosa medioeval, se estimó que este conjunto de normas absolutas, sustraídas al tiempo y al espacio, derivaban directamente de Dios; el Derecho natural fué imaginado como reunión de leyes divinas diversas de las humanas y a las cuales éstas últimas deberían de conformarse.

Con los sistemas filosóficos racionalistas de los siglos XVII y XVIII el concepto sufre un retoque. Los principios del Derecho natural, considerados siempre como inmutables, tienen su origen en la naturaleza humana; las leyes jurídicas se asimilan a las naturales, porque no dependen del arbitrio humano y están sobre el hombre. Este no las crea siempre libremente; debe acatar y reconocer en todo tiempo y en cualquier lugar las que tienen a la naturaleza como causa primera.

Exponemos ahora el concepto del Derecho natural clásico, dado por Goyo,

quién lo definió como: "el que la razón natural ha establecido en todos los hombres" (13).

1.2.5. DERECHO POSITIVO

El conjunto de las manifestaciones presentes del Derecho constituye el Derecho positivo, formado por las normas jurídicas en vigor, y que puede estimarse como el Derecho viviente.

Al mismo tiempo, es necesario recordar siempre que el Derecho positivo es cambiante por naturaleza y que su materia deberá de ser sustituida en el futuro por formas nuevas. El que lo estudie, debe hacerlo no considerándolo como un conjunto de principios cristalizados con formas definitivas e inmutables, sino buscando en él lo que ya tenga de caduco, a efecto de que el resultado de su estudio facilite la obra de transformación jurídica y de elaboración del futuro Derecho positivo.

En cuanto a las características diferenciales propias del Derecho positivo, seguiremos las ideas del catedrático licenciado Servando Loera Moreno, por parecernos éstas las más adecuadas dividiéndolas para su estudio en VI apartados a saber:

- I.- Fin perseguido
- II.- Amplitud normativa
- III.- Heteronomía
- IV.- Exterioridad
- V.- Bilateralidad
- VI.- Coercibilidad

13 GENARO MARIA GONZALEZ: Op. cit., Tema VII, "Derecho Natural", p. 2.

I.- El Derecho positivo tiene como fin el bien o perfeccionamiento de los demás individuos y de la sociedad en cuanto tal, mediante la realización de la justicia y la paz social, indispensables para el mínimo bienestar de los miembros de la sociedad, lo mismo que para la conservación de esta y la consecución de su fin esencial: el bien común. En otras palabras, el fin perseguido por el Derecho positivo es hacer a los hombres exteriormente justos y pacíficos.

II.- El Derecho positivo es de normatividad amplia, porque regula todas las conductas que directa o indirectamente se relacionan con la justicia, la paz social y el bien común, y que, por lo tanto, afectan el bienestar de la sociedad como un todo y de los individuos que la integran.

III.- Las normas de Derecho positivo son generalmente heterónomas, porque en su mayoría son creadas o reconocidas por un sujeto distinto del sujeto al que obligan.

Decimos que son generalmente heterónomas, porque es todo Estado de Derecho (en que la ley está por encima del mismo gobernante), las normas positivas también obligan a la autoridad que las crea o reconoce. Por ejemplo: el órgano de autoridad que crea las normas fiscales también debe pagar impuestos, si cae en los supuestos normativos. A esto se suele responder que la norma es creada o reconocida por el órgano de autoridad precisamente con su carácter de autoridad, pero le obliga únicamente en su carácter particular o subdito del Estado, con lo que se salva la heteronomía de la norma. Sin embargo, nos parece que esta distinción, además de bizantina, no siempre funciona, pues hay casos en que la norma, creada por el órgano de autoridad en cuanto tal, también le obliga en cuanto autoridad, por lo que dicha norma positiva debe ser calificada de autónoma. Esto sucede, por ejemplo, cuando el Poder Legislativo crea leyes en las que se establecen sus propios deberes y atribuciones. Se trata, sin embargo, de una autonomía relativa o limitada, porque el órgano de autoridad, al crear la norma, actúa en representación de la comunidad, ejerciendo en forma delegada la inalienable soberanía del pueblo. De aquí se sigue: a) que el órgano de autoridad que se obliga a sí mismo puede también liberarse de dicha obligación derogando la norma (porque es autónoma); y b) que mientras dura la vigencia de esa norma, el órgano de autoridad que la creó está obligado por ella (porque se trata, como ya dijimos, de una autonomía relativa o limitada, ya que el órgano de autoridad crea la citada norma en representación y con la autoridad de la colectividad que le delegó el ejercicio de su soberanía, y a ello se debe que el Derecho positivo, mientras dura su vigencia, esté por encima de todos, incluso de los gobernantes).

IV.- El Derecho positivo es predominantemente externo, porque la mayoría de sus normas concede una importancia preponderante o aun exclusiva a los aspectos externos de las conductas que regula. Así.

por ejemplo, las leyes fiscales se cumplen perfectamente pagando los impuestos debidos, independientemente de que el pago se haga con buena o mala intención, con gusto o con disgusto, por espíritu de solidaridad social o por evitar simplemente la sanción. Sin embargo, también es interno en cierta medida, porque no pocas de sus normas conceden, asimismo, importancia a los aspectos internos de la conducta que pueden tener repercusiones externas que afecten a la sociedad, tales como los motivos, los fines, la intencionalidad, el error, la buena o mala fe, el dolo, la ignorancia, el miedo, etc.. Piénsese, por ejemplo, en la anulabilidad de los actos jurídicos celebrados con una voluntad viciada por el error, en la nulidad absoluta de los actos jurídicos celebrados con un fin ilícito, en la distinta penalidad de los delitos intencionales e imprudenciales, etc.

En otras palabras, el Derecho positivo es predominantemente externo, pero no exclusivamente externo.

V.- El Derecho positivo es bilateral, porque todas sus normas imponen deberes a los que corresponden Derechos correlativos, es decir, toda norma de Derecho positivo impone a una persona (sujeto pasivo u obligado), un deber cuyo cumplimiento puede ser exigido por otra persona (sujeto activo, facultado o derechohabiente). Por lo tanto, toda norma de Derecho positivo (como toda genuina norma) es impero-atributiva. Además, el Derecho positivo es, por lo general, perfectamente bilateral porque la mayoría de sus normas impone deberes que son coactivamente exigibles por los titulares de los correlativos Derechos: es decir, el sujeto activo, facultado o derechohabiente, puede invocar la coacción estatal para exigir al sujeto pasivo u obligado el cumplimiento de su deber, o en su caso, exigir que se le sancione coactivamente por el incumplimiento del mismo.

VI.- El Derecho positivo es generalmente coercible, es decir, la mayoría de sus normas pueden ser hechas cumplir (aun contra la voluntad del obligado), por medio de la coacción o coerción (fuerza pública) legítima, o se puede utilizar dicha coacción para sancionar su violación (14).

1.2.6. DUALIDAD "DERECHO NATURAL - DERECHO POSITIVO"

En cuanto nos enfrentamos con la idea del Derecho, aparece la distinción tradicional entre el Derecho natural y el positivo. Problema es éste de los

14 SERVANDO LOERA MORENO: Características Diferenciales de los Ordenes Normativos de Imperio, Estrictamente Humano; en Apuntes de Filosofía del Derecho, Universidad Anahuac, México, 1966, pp. 1-9.

más arduos y debatidos entre los juristas, pues desde luego debemos decir, que no faltan quienes nieguen la existencia del Derecho natural, afirmando que no hay sino sólo un Derecho: el positivo. A la primera corriente se le conoce con el nombre de "positivismo jurídico", y a la segunda con el nombre de "jusnaturalismo".

Para los jusnaturalistas, el Derecho positivo se encuentra en una situación de subordinación frente al Derecho natural. Para los positivistas, el Derecho positivo es, en verdad, la manifestación única del Derecho.

Como antecedente, diremos que el Derecho natural atravesó por una profunda crisis, pero su renacimiento debe ser comprendido - según Kunz - en gran parte, como una protesta contra las terribles experiencias de nuestra época contra los imaginables excesos y deshumanización del Derecho positivo en los países totalitarios.

Ahora bien, en los países totalitarios, ¿se puede hablar exactamente de Derecho?

La divergencia aparece cuando se quiere saber, si además de la ley positiva debe admitirse la ley natural; en otros términos, cuando se trata de averiguar si al lado del Derecho positivo, creación del estado, debe admitirse un Derecho natural, como base indispensable en la cual tenga que fundarse el primero para sus diferentes actuaciones.

Ciertos autores - siguiendo a Hegel -, afirman como tesis cierta e indiscutible, que es la potestad política - en cuanto constituye la última etapa de la evolución panteística del ser-idea - la fuente única y suprema de toda ley, y por consiguiente, de todo Derecho. En dos palabras, no existe más ley que la positiva, más Derecho que el positivo, creado por los legisladores humanos.

Como se ve, el fundamento máximo de la teoría hegeliana y de cuantas a

ella se aproximan es la negación absoluta y radical de la ley natural. Sin embargo, dudemos de la existencia del Derecho natural y analicemos las posibles pruebas de su existencia. Esas pruebas son tres:

1.- "Sin la existencia del Derecho natural, resulta difícil la explicación de las normas positivas".

¿Cómo encontrar justificación al poder Constituyente para legislar? ¿Por qué el pueblo es titular de la soberanía? ¿En qué se finca la libertad de la persona humana? ¿Cómo se puede hablar de los Derechos humanos?

Todo Derecho positivo requiere un mínimo de verdades anteriores a él, y un conjunto de nociones que pertenecen al Derecho natural como son las ideas pueblo, familia, nación, libertad, justicia, etc.. El maestro Rafael Preciado Hernández al respecto nos señala:

En cada rama del Derecho es fácil describir cómo los principios del Derecho natural están presentes, ora en forma expresa, o bien implícitamente, pero constituyendo siempre los sillares en que descansan las instituciones comprendidas en ese sector de lo jurídico. No se puede prescindir de estos principios, porque la construcción viene abajo al faltarle los cimientos.

¿Qué sería del Derecho de las obligaciones si se desconocieran estos principios del Derecho natural: los que mandan a respetar los convenios, cumplir las promesas, pagar las deudas, asumir las consecuencias de nuestros actos, etc.? ¿Sería posible elaborar un Derecho positivo de las obligaciones fundándose en principios contrarios a los enunciados? Ni podría elaborarse, ni mucho menos practicarse. ¿Y cómo se puede estructurar un Derecho Constitucional, desconociendo el principio de la necesidad del Estado y de la autoridad política?, ¿o un Derecho procesal que no se apoye en los principios según los cuales nadie puede ser juez y parte en la misma causa, y nadie debe ser juzgado sin ser oído?

Estos ejemplos nos muestran que el Derecho natural no es un código ideal de normas, ni el mero sentimiento de justicia, ni un orden o sistema independiente del Derecho positivo, sino un conjunto de criterios racionales supremos que rigen la vida social y que constituyen los fines propios de toda ordenación jurídica de la sociedad, así como los principios y normas implicados en ellos o que se deducen lógicamente de tales criterios, y que representan la estructura permanente y necesaria de toda construcción jurídica positiva (15).

2.- Existen una serie de instituciones fuera del Estado y previas a él, que no fueron creadas ni por el Estado ni por el Derecho positivo".

No es necesario mucho esfuerzo para que el matrimonio y la nación se consideren instituciones anteriores al Estado y reconocidas por él.

El Registro Civil en México data de 1859. antes: ¿no existía la institución del matrimonio?

El artículo 27 constitucional, señala: "La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el Derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada...".

En el primer caso, sería ridículo que cualquier Estado afirmase que ha creado la institución matrimonial. En el segundo, nuestro Derecho constitucional está aceptando la existencia previa de la nación.

3.- "El Estado tutela esas instituciones, las reglamenta, pero reconoce, de hecho, su previa existencia".

Continuando con los dos ejemplos citados, el Estado puede señalar las solemnidades del matrimonio y las modalidades que en beneficio de la colectividad deben limitar el Derecho de propiedad, independientemente de que reconozca como anteriores a él, tanto la institución matrimonial como la propiedad privada.

Por otra parte, el jusnaturalismo tiene múltiples detractores y sus críticas pueden quedar resumidas a dos:

a) Si se admitiera un Derecho natural, habría dos sistemas, por un lado el Derecho natural, y por otro, el Derecho positivo, o sea, se observaría una dualidad de sistemas.

A esta primera objeción se puede responder diciendo que es posible atender a la forma y al fondo de la misma:

Atendiendo a la forma, si la objeción afirma la dualidad de sistemas, o lo que es lo mismo, la existencia del Derecho natural y del Derecho positivo, está palmariamente demostrado que acepta la existencia del Derecho natural.

Atendiendo al fondo, el Derecho natural es una forma que aspira convertirse en Derecho positivo, y que el Derecho positivo debe ser la expresión de aquél, de forma tal que no hay ninguna dualidad de sistemas, ninguna dicotomía, se trata de dos normas que se continúan: una es la norma aún no expresada y otra la ya expresada. El Derecho natural es potencialmente Derecho positivo, y éste debería ser la actualización de aquél.

La dualidad se produce cuando el Derecho positivo contradice al natural, y recordemos que la antítesis supone la tesis. Para imaginar una contradicción entre Derecho natural y Derecho positivo, hace falta presuponer la existencia previa del Derecho natural.

b) La segunda objeción crítica al Derecho natural su fundamentación metafísica.

Esta segunda objeción va inclusive más lejos, ya que detrás de la palabra metafísica trata de decir que el Derecho natural tiene sus raíces en la teología.

El Derecho natural no necesita fundamentación metafísica ni mucho menos teológica. "El Derecho natural no es un orden metafísico, sino un orden real de posibles verdades". Asimismo, de acuerdo con la definición de Gayo, el Derecho natural se funda en la razón natural y es atribuible a todo ser humano, al cristiano, al budista, al mahometano, al ateo, etc.. En general, a todo hombre.

Si se aceptara una fundamentación teológica, se estaría desvirtuando, totalmente, la definición del Derecho natural. Ya Pistón señalaba que "si no hay un Derecho general abstracto, no hay en general Derecho alguno".

En resumen, diremos que el Derecho natural, en cierta forma, no en sí mismo, se perfecciona al actualizarse, al transformarse en positivo. Es una continuidad. El Derecho positivo es perfeccionamiento del natural, y éste, es la meta para que se perfeccione el Derecho positivo. Es un círculo ideal, por supuesto, en el que la armonía es perfecta.

1.2.7. "DERECHO UNICO"

"El Derecho es el conjunto de condiciones necesarias para la realización integral del hombre, en su vinculación comunitaria...
... El Derecho es totalizador porque envuelve toda la vida del hombre; es immanente a la existencia del propio hombre; su plenitud sólo podrá ser alcanzada en la medida en la que el hombre vaya conociendo más su esencia; el Derecho es único, no puede hablarse válidamente de Derecho natural o de Derecho positivo (como si hubiera Derecho "artificial", o Derecho negativo), puesto que la verdad no puede oponerse a sí misma si se le quiere considerar como tal.

El fin del Derecho es la realización integral del hombre; no la justicia, no el bien común, no la seguridad, esas son consecuencias de la realización del Derecho, no su fin; son hechos sobrevinientes a la realización del Derecho, no son la motivación teleológica de la existencia del Derecho.

La positividad, la vigencia, la eficacia, la coercitividad, son elementos esenciales de la ley, no del Derecho.

El hombre, por el hecho evidente de serlo, por el hecho simple de existir, de vivir, tiene determinadas potencialidades que esencialmente condicionan su conducta. Si el hombre es un ser llamado a vivir (dicho sea como ejemplo), es esencial para él vivir, es esencial que el hombre viva; eso es Derecho, y ninguna ley puede ir más allá de esa evidencia. No se tiene que buscar si esto es artificial o natural, si es positivo o negativo, finalmente estos son sólo adjetivos, modos de ver la realidad subjetiva que es el Derecho" (16).

1.3. CONCEPTO DE COERCIBILIDAD Y COACCION

Necesario es distinguir cuidadosa y objetivamente estos conceptos en virtud de ser distintos; no obstante, hay autores que los asimilan. Así, con

16 ANTONIO NÚÑEZ OCHOA: "Distinción entre Derecho y Ley"; en Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Anáhuac, México, Año 1, Verano, 1982, p. 280.

frecuencia se emplean estas palabras como si fueran sinónimas, pero como lo ha señalado acertadamente Del Vecchio, son conceptos distintos, en efecto:

La coacción en general, sin distinguir entre la física y la psicológica, es la acción que se ejerce sobre una o varias personas, para constreñirlas a obrar de una manera determinada. Como es evidente, la coacción sólo aparece cuando no se cumple voluntariamente el Derecho. En cambio, la coercibilidad es la posibilidad jurídica de la coacción, es decir, la coacción virtual, en potencia y no en acto: es una sanción latente o posible que se actualizará en caso de violación a la norma (17).

El jurista García Maynez precisa que si se insiste en sostener que la coacción es esencial al Derecho, debe entonces distinguirse la coacción psicológica de la puramente física. Transcribe la siguiente explicación:

La coacción psicológica está representada por todos los motivos que pueden inducir a la voluntad a conformarse con una norma y a observarla, desde los elevados sentimientos de solidaridad humana y las razones de concordancia con el precepto por su utilidad y justicia, hasta el temor de las sanciones que serán aplicadas en caso de inobservancia. La coacción física consiste en el uso de la fuerza material para asegurar la ejecución del precepto, o para hacer sufrir al transgresor las consecuencias de su acto ilícito (18).

Es menester ahora, citar la concepción que de estos dos términos han formulado los autores, para estar en condiciones de mejor entender el cuestionamiento:

a) Concepto de coercibilidad

17 Cfr. ABELARDO TORRE: Introducción al Derecho: 3a. ed., Editorial Perrot, Argentina, 1955, pp. 106-107.

18 EDUARDO GARCÍA MAYNEZ: Introducción al Estudio del Derecho: 7a. ed., Porrúa, México, 1956, pp. 234-235.

García Maynez al respecto señala que:

"Por coercibilidad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma espontánea e incluso en contra de la voluntad del obligado. Ahora bien; esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción" (19).

Para Aftalión y García Olano:

"La coercibilidad es una posibilidad de Derecho, no de hecho, esto es, la licitud de reprimir la antifuricidad. El hecho de que la inobservancia del Derecho no se impida en algún caso mediante la coacción, no afecta la posibilidad jurídica de la coacción misma" (20).

Entendemos por coercibilidad, señala Rojina Villegas:

"La posibilidad técnico-jurídica de que dentro de un sistema de Derecho todo acto de incumplimiento del deber, pueda llegar a ser reprimido inexorablemente, y motivo de una coacción" (21).

Por último, Rafael Preciado Hernández indica que:

"La coercibilidad es, en el fondo, la exigencia de una posible coacción" (22).

b) Concepto de coacción

Coacción: empleo habitual de fuerza legítima que acompaña al Derecho para hacer exigibles sus obligaciones y eficaces sus preceptos" (23).

Coacción: en sentido propio - coacción física -, es la imposición de una acción exterior mediante el empleo de la violencia, acción enteramente sometida a la necesidad externa y que, por lo tanto, no es libre. Sin embargo, en orden a asegurar el bien común, la autoridad del Estado tiene la facultad para utilizar la fuerza física contra los transgresores contumaces del Derecho: coacción jurídica (24).

19 Ibid., 36a. ed., 1984, p. 22.

20 OLANO AFTALION Y GARCIA: Introducción al Derecho: 3a. ed., Editorial El Ateneo, Argentina, 1960, p. 214.

21 R. PRECIADO HERNANDEZ: op. cit., p. 345.

22 Ibid., p. 117.

23 JACKSON, M. W.: Diccionario Lexico Hispano: 11a. ed., Editorial Inc., México, Tomo I, 1983, p. 342.

24 WALTER BRUGGER: Diccionario de Filosofía (trad. por José María Vález Cantarelli): 9a. ed., Editorial Herder, España, 1978, pp. 102-103.

Max Ernst Mayer al respecto señala:

Hay que tener en cuenta que la sanción llamada abreviadamente "coacción" está constituida por el poder y la fuerza en su recíproca condicionalidad; porque la amenaza de coacción - vis compulsiva o coacción psíquica -, es el instrumento primario de protección, y su realización - vis impulsiva o coacción física -, el secundario" (25).

Luis Miraglia indica que la coacción:

"Es el medio para actuar el Derecho entre las voluntades recalcitrantes, es la manifestación victoriosa de la ley. Se representa a la justicia con la balanza y con la espada; la balanza sin espada, es impotencia, y la espada sin la balanza, es violencia" (26).

Genaro María González, por su parte, apunta:

"Que la coacción es el empleo racional de la fuerza para asegurar la inviolabilidad del Derecho" (27).

García Maynez, sostiene:

"Que la coacción es, la aplicación forzada de la sanción" (28).

Abelardo Torré, dice:

"Que la coacción en general, sin distinguir entre física y psíquica, es la acción que se ejerce sobre una o varias personas, para constringirlas a obrar de una manera determinada. Como es evidente, sólo aparece cuando no se cumple voluntariamente el Derecho" (29).

José Rafael Cabanillas, afirma:

"Que la coacción es la ejecución forzada de la sanción, respecto del realizador del acto antijurídico del autor del supuesto, cuando la misma no se cumple voluntariamente por éste" (30).

-
- 25 MAX MAYER ERNST: Filosofía del Derecho (trad. por Luis Legaz y Lacambra); 2a. ed., Editorial Labor, España, 1937, p. 121.
- 26 LUIS MIRAGLIA: Filosofía del Derecho; 1a. ed., Biblioteca Central de la U.N.A.M., México, 1967, p. 225.
- 27 GENARO MARIA GONZALEZ: "Derecho y Moral"; en Apuntes de Introducción al Derecho, Escuela Libre de Derecho, México, 1980, p. 3.
- 28 E. GARCIA MAYNEZ: op. cit., 36a. ed., p. 298.
- 29 A TORRE: op. cit., pp. 106-107.
- 30 JOSE RAFAEL CABANILLAS: "Monografía Presentada para optar por el Título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas"; en Apuntes de Filosofía del Derecho, Imprenta del Departamento del Cauca, Colombia, 1935, p. 130.

1.3.1. DISTINCION ESENCIAL

Podemos afirmar que la coercibilidad y la coacción son términos distintos que tienen su significado propio, por lo cual, no cabe confundirlos. Cada uno denota algo específico dentro de lo que respecta a la aplicación del Derecho. Por lo tanto, no estamos de acuerdo en la opinión que Enrique R. Aftalión hace al respecto, en afirmar que el ordenamiento jurídico se caracteriza por ser coercitivo o coercible. Aunque estas expresiones suelen y "pueden" emplearse indistintamente (31).

De lo anterior, estamos de acuerdo que estas expresiones suelen emplearse indistintamente - ejemplo de ello es la opinión de este autor -, pero no "deben" emplearse indistintamente, ya que cada término posee su significación propia y distintiva. La coercibilidad presupone siempre una posibilidad de coacción, en tanto la coacción es el acto mismo acto de constreñir.

1.4. CONCEPTO DE VALIDEZ, EFICACIA, FACTICIDAD Y SANCION

a) Validez

La expresión validez indica una técnica específica de producción normativa. Con el atributo "validez" aplicable a cualquier precepto jurídico, se quiere designar que el Derecho existe.

Para que una norma exista, tiene que pasar por un proceso de elaboración establecido en una ley suprema - Kelsen le llama norma fundamental -. Su validez la alcanza cuando es sometida al cumplimiento impecable de los requisitos externos que con liturgia jurídica consagra la norma suprema.

Desde que un proyecto de ley es aprobado por lo órganos legislativos, en

31 Cfr. ENRIQUE AFTALION R.: Introducción al Derecho: 6a. ed., Editorial El Ateneo, Argentina, 1960, p. 150.

ese momento nace la vida jurídica, formando parte de un orden jurídico total, representando en el futuro una formulación concreta de la voluntad estatal.

Una norma no sufre mengua en su validez porque su imperatividad sea desconocida o desacatada por los destinatarios a quienes se dirija: La validez es tan sólo un concepto funcional que sirve para explicar la existencia de las normas como partes integrantes de una realidad lógico-normativa que se produce en sí misma, dentro de los límites de su propia unidad.

b) Eficacia

La eficacia de las normas está en relación con los fines pretendidos por el legislador, las cuales deberán ajustarse a las condiciones reales de la sociedad; por ejemplo, el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe la esclavitud. Afortunadamente, en todo orden jurídico abunda este tipo de normas.

Por el contrario, existe lo que se considera el Derecho ineficaz: Son las normas que a pesar de cumplirse de hecho en la realidad, en la totalidad o mayoría de los casos no alcanza los fines pretendidos por el legislador; por ejemplo, las normas sancionadoras secundarias - que establecen sanciones secundarias a las fábricas que violen las normas - primarias - que las obligan a instalar sistemas anticontaminantes; dichas normas sancionadoras, aun cuando se apliquen de hecho, no logran el cumplimiento de la norma primaria porque resulta más costeable pagar las multas, que instalar los mencionados sistemas, en este caso, la norma es ineficaz por estar mal diseñadas y no ajustarse a las condiciones reales de la sociedad.

c) Facticidad

Esta es perteneciente o relativa a los hechos. La facticidad en las normas significa que: en su totalidad o mayoría de los casos se cumplen de hecho las normas, independientemente de si alcanzan o no los fines pretendidos

por el legislador; por ejemplo, las normas del Código Civil que regulan los contratos de compra-venta.

d) Sanción

Influenciados por Kant y por Kelsen, los autores modernos tienden a identificar la idea de sanción con la de castigo, como si sólo se dieran sanciones ante actos negativos. Hay que atribuir esta tendencia a residuos del pensamiento liberal del siglo XIX, que quería que el Estado gendarme sólo interviniera cuando se comportaban mal los individuos. Olvidan los autores que así piensan que la terminología jurídica sigue llamando "sanción" al acto por el cual el ejecutivo aprueba un proyecto de ley aprobado ya por las Cámaras.

La sanción es, por tanto, una declaración solemne, hecha generalmente por la autoridad, por lo que se protege y da validez a un acto aprobado, o se condena y castiga un acto desaprobado. Por ejemplo, en la fracción c) del artículo 72 Constitucional, se utiliza el verbo sancionar en el sentido de aprobar, confirmando así el sentido positivo de la palabra sanción.

La aceptación que los clásicos castellanos dan a la sanción es la de dar firmeza o aprobación a una ley, estableciendo castigos para sus infractores y premios para sus más fieles cumplidores, y no la de pena que modernamente se ha querido darle. En este sentido, se define a la sanción como el acto solemne por el que se autoriza o confirma cualquier ley o estatuto, y sólo en segundo lugar como la pena o recompensa, o sea, el bien o el mal que impone o establece la ley por la observancia o violación de sus preceptos y prohibiciones.

CAPITULO II: ANTECEDENTES FILOSOFICO-JURIDICOS

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Es preciso hacer una referencia de las corrientes fundamentales del pensamiento filosófico-jurídico:

- I. Iusnaturalismo:
 - a) biológico
 - b) escolástico
 - c) racionalista
- II. Historicismo
- III. Positivismo:
 - a) jurídico
 - b) sociológico
- IV. Axiologismo

Mediante este análisis nos será posible adoptar una actitud respecto a estas líneas directrices de la Filosofía del Derecho, y de esta manera justificar la posición que se defiende en este trabajo de tesis.

2.2. EL IUSNATURALISMO Y SUS TRES CATEGORIAS

En vista de la importancia básica que el iusnaturalismo ha tenido para el pensamiento jurídico, es oportuno hacer una exposición del mismo en sus tres distintas modalidades a saber:

2.2.1. IUSNATURALISMO BIOLÓGICO

Sabemos que la doctrina del Derecho natural del más fuerte se remonta al sofista Georgias; sostuvo este pensador que existe una ley de la naturaleza, según la cual "el fuerte no debe ser estorbado por el débil, sino que éste debe ser gobernado y dirigido por aquel", pues está en el orden de la naturaleza que "el fuerte marche delante del débil".

La doctrina fue posteriormente desenvuelta por su discípulo Calicles, cuyo

pensamiento nos fue conservado por Platón en el diálogo Gorgias. Calicles emprendió la crítica del "gobierno del pueblo", afirmando que ese sistema otorga el mismo tratamiento a todos los ciudadanos, no obstante que entre ellos existen numerosas diferencias. La igual participación en el gobierno de los fuertes y los débiles, los nobles y los plebeyos, los diligentes y los flojos, "contraria a la naturaleza". En estas condiciones, la igualdad de todos se traduce en la opresión de la minoría dirigente en beneficio de la masa amorfa. El gobierno del pueblo deforma las mentes de los mejores y de los más fuertes desde la niñez, aplicándoles las mismas magias y apaciguamientos que aplicamos a los leones para domesticarlos. Con la prédica de la igualdad como la base en que debe apoyarse lo justo, bello y honesto, les inculcamos un espíritu de esclavos. Pero como ocurre siempre en la historia que un día surge un hombre dotado de suficientes dotes, sacude las cadenas, las rompe, y liberándose de ellas y destruyendo con sus pies nuestras leyes escritas, nuestras prohibiciones y limitaciones y todas esas normas contrarias a la naturaleza, de esclavo que era, se convierte en nuestro rey.

Calicles valora y juzga que las "leyes escritas" del gobierno del pueblo con la medida del Derecho natural del más fuerte; en consecuencia, y puesto que el discípulo de Gorgias juzga al Derecho positivo con la medida "naturaleza".

Calicles, a despecho de todas las objeciones formuladas en contra de su teoría, debe ser colocado dentro de las corrientes iusnaturalistas. Pero su pensamiento es una deformación de la idea del Derecho natural, pues incurre en el error de considerar a los hombres como a seres puramente biológicos, dotados de distintas aptitudes de fuerza, ignorando o pasando por alto su naturaleza espiritual y social, que es, en esencia, una misma para todos.

La doctrina que comentamos no constituyó una simple especulación teórica, y resultó sumamente peligrosa desde un punto de vista práctico. Su pensamiento

resonó como una fanfarria para el régimen oligárquico del año 404, al extremo de que algunos escritores han llegado a suponer que detrás de la máscara de Calicles se ocultaba la figura del caudillo oligárquico Critias.

2.2.2. IUSNATURALISMO ESCOLASTICO

Es en Aristóteles el más directo antecedente pagano de la filosofía cristiana, donde se encuentra por primera vez una noción ya madura del Derecho natural. Distingue adecuadamente entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Este último puede variar en el espacio y en el tiempo, mientras que aquel es igual en todas partes, independientemente de las distintas opiniones.

La concepción aristotélica del Derecho natural fue abrazada por los estoicos, que la desarrollaron hasta producir la teoría iusnaturalista más acabada y admirable que conoció la antigüedad clásica. Según esta doctrina, existe un orden universal en el que los animales participan por medio del instinto, y los hombres por medio de la razón, siendo dicho orden de origen divino.

En realidad, es antes del inicio de la edad media cuando surge la primera filosofía cristiana. Fue ésta la filosofía Patrística, que tuvo su máximo representante, sin duda alguna, en San Agustín de Hipona - de 354 a 430 -, cuyas ideas consistieron en la fundamentación personalista de la doctrina platónica de las ideas, es decir, en la tesis de que las ideas deben ser concebidas como pensamientos de Dios. Como razones eternas e inmutables de todo lo que existe, las ideas "se encuentran en la inteligencia divina y no naciendo, ni muriendo ellas mismas; dicese que todo lo que puede nacer y morir, y todo lo que nace y muere, se forma según ellas".

San Agustín nos señala la transformación de la doctrina estoica del logos en la teoría cristiana de la lex aeterna. La ley eterna es, en la doctrina

agustiniana. "la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural o prohíbe perturbarlo".

A la ley eterna, o "razón existente en la mente de Dios que dirige todo lo creado hacia sus propios fines" corresponde, la *lex naturalis* que no es otra cosa que la misma ley eterna en cuanto se halla escrita en el corazón y en la conciencia de los hombres.

A pesar de que el individuo posee, a través de la ley natural, un *a priori* moral y jurídico, no por ello resultan superfluas las leyes positivas, los primeros hombres santos y justos - dice San Agustín - no necesitaron de legislaciones positivas que ejerciesen presión sobre sus conciencias, ellos imperaban solamente sobre los irracionales de la creación, y mirando a los demás hombres como hermanos, excluían toda posible violación de la ley natural. Más con el pecado del hombre se vició, perdió la justicia y la santidad originales, y se hizo necesario que una fuerza que le era extraña y superior actuase sobre su vida impidiendo, aún por el temor, que su voluntad viciada, su egoísmo y sus hábitos desordenados hiciesen peligrar la seguridad de los demás.

Las leyes positivas que encierran un contenido de justicia, son consideradas por San Agustín como "derivaciones" de la ley natural. Ante el problema de la relación entre *lex naturalis* y Derecho positivo, adopta el filósofo cristiano una actitud claramente objetivista y en su "Tratado del libre albedrío", categóricamente sostiene que "la que no es justa no es realmente ley". Afirma además que la ley temporal puede permitir ciertas acciones cuya ejecución es castigada por la eterna, pues la ley humana se propone castigar, no más en la medida de lo preciso, para mantener la paz entre los hombres, y sólo en aquellos casos que están al alcance del legislador. Más en cuanto a otras culpas, es indudable que tienen otras penas, de las que únicamente puede absolver la sabiduría divina. Mientras que la ley temporal

aún siendo justa, puede modificarse justamente según lo exigen las circunstancias de los tiempos, la eterna es por esencia inmutable.

El contenido de la ley natural debe buscarse según el filósofo cristiano en la idea de la justicia. La justicia consiste en dar a cada quien lo que es suyo, pero esta fórmula no resuelve el problema, ya que es necesario determinar previamente qué es lo suyo de cada quien. San Agustín resuelve la dificultad a la luz de su teoría del orden. Por ello define a la *lex aeterna* como la misma razón divina o voluntad de Dios que manda preservar el orden natural y prohíbe perturbarlo. Este orden óntico que permite dar un contenido a la definición de la justicia, y por ende, a la definición natural es para el obispo de hipona una escala ascendente de perfecciones que culmina en el *summum bonum*, *quo majus cogitare non potest*. Hay un orden jerárquico de los bienes que el hombre puede conocer y en cierta medida realizar, en cuanto participa de la ley eterna y se halla dotado de albedrío. Las virtudes por las cuales se vive rectamente, pertenecen a la categoría de los grandes bienes; las diversas especies de cuerpos, sin los cuales se puede vivir rectamente, cuentan entre los bienes mínimos, y las potencias del alma, sin las cuales se puede vivir rectamente, son los bienes intermedios.

En los grados inferiores de lo existente, el orden cósmico se manifiesta como legalidad necesaria, pero en lo que atañe a la conducta humana, tiene significación normativa, precisamente porque el hombre es capaz de apartarse de lo estatuido por la ley eterna.

Aun cuando las cosas no pueden suceder de distinto modo que como Dios las previó, la presencia divina no anula la libertad ni la responsabilidad del hombre, pues el que peca no lo hace necesariamente, sino en el ejercicio de su albedrío. "sin negar la presciencia divina de todas las cosas que han de suceder, es posible que nosotros queramos libremente lo que queremos. Dios

tiene presciencia de nuestra voluntad y tal será cual el prevé; y será una voluntad el acto libre, porque Dios así lo ha previsto, y por otra parte, no sería voluntad nuestra si no estuviera en nuestro poder. Luego también Dios tiene presciencia de nuestro poder. En fin, no queda anulada nuestra libertad por la presciencia divina; al contrario, es más cierta porque aquel cuya presciencia no se engaña previó que seríamos libres".

Al pensamiento agustiniano debemos la concepción de la ley eterna y la ley natural como un "plan de la razón divina, en el cual se insertan las leyes de los hombres". Es asimismo admirable la forma en que desarrolla el tema del libre albedrío y la presciencia divina, salvando la aparente contradicción entre ambas nociones.

Llegada a su fin la alta edad media - ss. V a XI -, y la recuperación de las obras de Aristóteles a finales del siglo XII fue un factor decisivo para el desarrollo y consolidación de lo que se conoce como primera escolástica. Este movimiento renovador de la filosofía cristiana alcanzó su clímax durante el siglo XIII y tuvo como figura cénica a Santo Tomás de Aquino.

Santo Tomás sigue y desenvuelve la teoría agustiniana de la ley eterna y la ley natural. Asimismo, no da una definición clara y precisa de la ley humana como "ordenamiento de la recta razón orientado al bien común, establecido y promulgado por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad"; si bien es verdad que tal definición se refiere sólo a la ley justa. Propiamente se trata de una cuestión terminológica, pues para Santo Tomás el sentido de la ley es más restringido; abarcando únicamente la ley justa; la ley injusta no es ley, sino más bien violencia o aberración del legislador.

Los siglos XIV y XV marcaron la decadencia de la filosofía escolástica, hasta llegar a la luminosa etapa de renovación de la filosofía católica que

comprende todo el siglo XVI y parte del siglo XVII, iniciándose en Italia, alcanzando su máximo esplendor con los grandes teóricos-juristas españoles. Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Francisco Suárez. A esta renovación se le conoce como escolástica renacentista o segunda escolástica.

El momento más maduro en esta doctrina lo hallamos en el pensamiento de Francisco Suárez, quien con formidable agudeza aborda el tema de considerar si la ley natural es o no inmutable; y aún cuando formula la primera tesis, la de la inmutabilidad, sin embargo, al explicarla y desenvolverla muestra que a pesar de que la raíz del Derecho natural es invariable, los preceptos que de él se derivan cambian a tenor de la diversidad de circunstancias y al ritmo del desarrollo histórico. Es decir, lo que hace es fundamentar un Derecho natural, de raíz perenne y absoluta, pero de contenido invariable.

Por desgracia, después del luminoso período de la segunda escolástica, la filosofía católica entró en una prolongada decadencia que duró buena parte del siglo XVII, todo el XVIII y parte del XIX. En la segunda mitad de este último, la propagación del "furor antifilosófico del positivismo" fue nefasta no sólo para la doctrina escolástica, sino para toda forma de pensamiento filosófico. El mundo jurídico vió en el positivismo el tipo ideal de conocimiento científico. La teoría jurídica sólo podía serlo del Derecho positivo.

No obstante los embates de la euforia positivista en todos los terrenos, la filosofía escolástica se vio reducida a la condición prácticamente de un sistema irrelevante. Fue en el último cuarto del siglo XIX que se inició en los medios no escolásticos un influyente movimiento de retorno a la filosofía en general y a la filosofía del Derecho en particular, que influyó decisivamente en la demolición del empirismo jurídico. Labor de pensadores como Rudolf Stammler, sin embargo, se necesitó el transcurso de varias décadas para que, ya bien entrado nuestro siglo la "neoescolástica" se consolidara como

un vigoroso movimiento de renovación al que se le conoce también como "neotomismo".

Fue tal el impulso alcanzado desde los inicios del siglo XX por la renovación escolástica general, que en la actualidad la neoescolástica ocupa un lugar destacado y con innumerables cultivadores en todo el mundo.

2.2.3. IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Se ha dicho del jurista holandés Hugo Grocio - 1583 a 1645 -, que es el padre del Derecho natural. Esta idea fue difundida por Samuel Puffendorf, quien puso en circulación la tesis de que Grocio había iniciado "una nueva era" en la historia del pensamiento iusnaturalista al establecer la independencia del Derecho natural frente a la religión y dar a tal Derecho como fundamento exclusivo el instinto social del hombre. Grocio no pretendió fundar el Derecho natural independientemente de la religión, ni creyó tampoco que la única fuente de tal Derecho fuese el *apetitus socialis*. Su propósito consistió más bien en proseguir con la influencia recibida de los teóricos españoles del Derecho natural, conexión que quedará corroborada más adelante.

El *apetitus socialis* no es la única fuente del Derecho natural, pues la sociabilidad humana se rige por la recta razón y tiene como fuente originaria al mismo Dios. "Entre las cosas que son propias del hombre, - dice Grocio -, está el deseo de sociedad, esto es, de comunidad; no de una comunidad cualquiera, sino tranquila y ordenada, según la condición de su entendimiento con los que pertenecen a su especie".

Así, la definición Grociana del Derecho natural es la siguiente: "El Derecho natural es un dictado de recta razón que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor

de la naturaleza".

En cuanto los principios del Derecho natural derivan de la sociabilidad humana y de la recta razón, y el hombre forma parte del orden natural, hay que considerar a Dios como la fuente última o suprema instancia de aquel Derecho, ya que la naturaleza es obra suya. En opinión de Grocio, los grandes principios del Derecho natural, derivados del apetito social y de los dictados de la recta razón pueden resumirse así: respetar lo que pertenece a otros; cumplir la palabra empeñada; reparar el daño culpablemente causado e imponer al delincuente un justo castigo.

La idea de la recta ratio, contenida en la definición del Derecho natural, la tomó Grocio de la filosofía escolástica, específicamente de Gabriel Vázquez. "Las leyes de la moral y del Derecho se fundan sobre la razón divina, independientemente de la divina voluntad". De acuerdo con esta teoría, la voluntad divina encuéntrase sometida a una ley inmutable, derivada de la razón de Dios, ley que ni Dios mismo puede cambiar. Los últimos discípulos de Santo Tomás llegaron incluso en el ardor de su polémica contra el nihilismo jurídico de los nominalistas, a la afirmación de que si los hombres nada supiesen de la divinidad, podrían sin embargo distinguir lo justo de lo injusto, guiados por las indicaciones de su recta ratio.

2.3. LA ESCUELA O CORRIENTE HISTORICA

Inspirador de la escuela o corriente histórica del Derecho, Federico Carlos Savigny - 1779 a 1861 -, se manifiesta firme opositor de toda codificación o ley en general, porque las leyes y por lo tanto los códigos, "son casi fosilizaciones del Derecho, constituyen algo muerto que detiene la evolución jurídica". El Derecho, dice, "vive prácticamente en la costumbre, que es la expresión inmediata de la conciencia jurídica popular".

Según la escuela histórica, todo pueblo tiene un espíritu, un alma propia que se refleja en una serie de manifestaciones: moral, Derecho, arte, lenguaje, los cuales son productos espontáneos e inmediatos de este espíritu popular". El Derecho no es una creación del legislador, sino una elaboración instintiva y casi inconsciente, que se manifiesta de hecho, y que sólo más tarde adquiere una elaboración refleja por obra de los técnicos, que son en este caso los juristas. A la labor de los juristas sigue después la legislación, que se funda sobre las costumbres preexistentes. Las leyes tienen pues, una función sólo secundaria que a veces hasta puede resultar dañosa. Las leyes no hacen más que fijar, casi inmovilizar, cristalizar, los principios elaborados ya por la larga gestación histórica. Así, la escuela histórica contribuyó a señalar que no hay que buscar solamente el Derecho en el dato formal, sino que hay que atender también al histórico, al dato factico. En conclusión: el Derecho es un hecho histórico.

2.4. POSITIVISMO

El positivismo en general se manifiesta como definida o firme expresión de una tendencia filosófica dirigida a fundar la ciencia en la realidad y en la experiencia, exenta de todo elemento teológico, histórico y metafísico.

En el dominio del Derecho, el concepto de esta dirección se expresa en el llamado positivismo jurídico.

2.4.1. POSITIVISMO JURIDICO

El positivismo jurídico tiene su expresión propia en una definición según la cual "Derecho positivo es el sancionado por la autoridad políticamente constituida, es decir, un conjunto de normas o reglas jurídicas con vigor de ley emanadas del Estado". El positivismo así concebido, excluye, y aún más,

enfrenta al Derecho natural.

El criterio exclusivista del positivismo jurídico obedece más a la ortodoxia doctrinal del Estado, que a la realidad, pues el Derecho histórico, el consuetudinario y de espíritu sociológico son el resultado de los hechos, de la experiencia, y es por eso Derecho dado, aunque no sancionado. Todo Derecho positivo está en el Estado, y no fuera de él.

El positivismo del siglo pasado, que no es propiamente una filosofía para muchos, se manifestó como una reacción general contra la filosofía, especialmente política del siglo anterior. En el dominio jurídico se advirtió cierto sincronismo también a ese respecto, porque el Derecho natural fue combatido y eclipsado por el historicismo, el positivismo nuevo, el utilitarismo. El positivismo llamó progreso a lo que era a veces cambio, y engendró no pocos males.

A fines del siglo XIX y comienzos del XX, prevaleció un clima de repulsa contra el Derecho natural y contra toda estimativa. El positivismo asumió otra forma y otro lenguaje, o sea, el realismo, ese realismo que engendró el aplastamiento del débil por el fuerte. El gobernante realista era el que con capa de progreso esquilma al débil, contrata con el fuerte de cualquier manera, porque el contrato con el fuerte se hace invulnerable, ya que detrás de él está la fuerza, aunque no esté el ideal de un Derecho justo, de una moral administrativa. Una tutela sospechosa y arbitraria del paternalismo con que se disfrazan los totalitarismos que invocan la justicia social, no es ciertamente el ideal político ni jurídico. Claro que aquel desdén por las elocubraciones valoradas constituyó un colosal error teórico. Sin embargo, esa tremenda equivocación no manifestó inmediatamente las funestas consecuencias prácticas que habría de engendrar más tarde, entre ellas nada menos que el clima propicio para el nacimiento y desarrollo del monstruo más espantoso en la historia

humana: el Estado totalitario. Pero sucedía que aquellos tiempos eran de apariencia tan feliz, que producían una impresión de seguridad y bienestar. En aquella "belle époque", el trato con el Derecho positivo de los países de civilización occidental, lejos de ser áspero o de incitar a la protesta, resultaba agradable. El Derecho positivo había plasmado los ideales políticos, había encarnado los principios capitales del Derecho natural. Ciertamente que las gentes no dejaban de advertir las deficiencias, fallas e injusticias que todavía existían; pero creían que aquellos desajustes iban y seguirían siendo aliviados más y más. Pero todo ello no era propugnado en nombre de un Derecho natural, sino que constituía más bien la expresión de convicciones sociales que se extendían e iban avanzando de modo progresivo.

Por otra parte, se ha concebido por muchos autores que en el dominio del Derecho, el positivismo se ha manifestado en diversas corrientes, algunas de las cuales se han considerado escuelas e inclusive en un mismo país. Así, en Francia el positivismo jurídico, del cual es cabeza de autoridad Carré de Malberg y el positivismo sociológico concebido y defendido por Duguit, el positivismo lógico o normativismo jurídico, en razón de su método, instaurado por Kelsen al frente de la escuela vienesa.

En la concepción positivista, el Derecho se funda en la autoridad del Estado, cualquiera sea el poder o el órgano del cual las normas jurídicas emanan, es decir, el Derecho es tal por fundarse en decisión de la autoridad del Estado. Eso basta para crear el deber jurídico respecto de aquellos a quienes la norma obliga.

El orden jurídico se mantiene por la seguridad jurídica, es decir, por el vigor o aplicación de un conjunto de principios de Derecho concretados en normas positivas, o sea, leyes. La autoridad es un presupuesto necesario de ese orden jurídico, que se expresa en el Estado jurídicamente organizado. El

Estado es el órgano del Derecho, detentador de la coacción social para establecer el Derecho y asegurar su imperio. Derecho es el que establece u ordena el legislador. Según estos pensadores, no existe ninguna norma obligatoria de conducta, ya sea de carácter moral o jurídico, que no provenga del Estado.

2.4.2. POSITIVISMO SOCIOLOGICO

Doctrinalmente existe un positivismo sociológico, que determina una importante distinción aunque no radical, en el aspecto formal y funcional del positivismo. El fundamento último del Derecho positivo es la sociedad en cuanto tal. Esta corriente presenta dos variantes principales.

a) Sociologistas deterministas: el fundamento último del Derecho positivo es la experiencia social histórica, la cual desarrolla en forma fatal o ineluctable. El Derecho positivo será válido cuando recoja en su contenido los hechos reales experimentados por una sociedad en un momento histórico determinado, sean cuales fueran esos hechos.

b) Sociologistas solidaristas: León Duguit, principal representante de esta corriente asevera que existen pautas y valores jurídicos supremos que no son de Derecho natural, y puesto que son anteriores y superiores a cualquier orden jurídico positivo y al mismo Estado, tampoco son de Derecho positivo, siendo válidos independientemente de que el Derecho positivo los desconozca, viole o se someta a ellos. Estas pautas supresas son las normas de la solidaridad social, a las cuales los hombres tienen que someterse porque no pueden vivir sin la sociedad y esta no puede subsistir sin solidaridad. En resumen, diremos que Duguit al considerar excluidas del campo del Derecho natural y del positivo las pautas o normas supresas, se declara por sí mismo en absurda contradicción.

2.5. LA AXIOLOGIA JURIDICA

Durante algunos decenios, el positivismo había negado el tema axiológico. Esa negación fue arruinada por la crítica de nuevos iusfilósofos que comenzaron a actuar desde fines del siglo XIX - entre ellos Gény, Petrazycki, Lask, Radbruch, Saleilles, Cohen -, gracias a las agudas y justificadas críticas que esos autores y otros desarrollaron contra el positivismo, se puso en evidencia la necesidad de restaurar el tema axiológico. Ahora bien, sucedía que la axiología jurídica característica del pensamiento del siglo XVIII - escuela clásica del Derecho natural y escuela del Derecho racional -, había sufrido un ocaso no sólo por la agresión del positivismo, sino también por las exageraciones, que los epigonos de esas escuelas habían perpetrado, las cuales habían determinado un descrédito del iusnaturalismo rígido y excesivo, y pesaban sobre la conciencia de los nuevos iusfilósofos y de sus discípulos que querían reconstruir la axiología jurídica. Por una parte, se comprendía no sólo la justificación, sino la urgencia de buscar nuevos cimientos, más sólidos, para la doctrina de los valores jurídicos. Por otra parte, sin embargo, comprensiblemente se sentía miedo a usar la añeja denominación "Derecho natural", la cual pudiese descalificar el propósito de una nueva estimativa, o pudiese frustrar el intento de auténtica renovación.

Es comprensible que los primeros ensayos nuevos de axiología se valiesen de los instrumentos que en aquella época tenían más prestigio: los enfoques neocriticistas y neo-idealistas, de raíz kantiana y fichteano principalmente. Al fin y al cabo, la filosofía había sido restaurada sobre las ruinas del positivismo precisamente gracias al pensamiento epistemológico de las escuelas neokantianas. Parecía sensato utilizar los mismos medios para reconstruir la filosofía jurídica.

Advino después una nueva generación de iusfilósofos que buscaron inspiración para una nueva axiología jurídica en la fenomenología de los valores de Max Scheler y Nicolai Hartmann. El criterio axiológico para el Derecho no podía reducirse exclusivamente a una idea formalista de justicia, ni a un único principio normativo, sino que debía comprender valores materiales con contenido, aunque dotados de intrínseca necesidad pero con alcance concreto.

Hay que destacar el hecho de que casi todos los pensadores empeñados en la reconstrucción de la axiología jurídica desde fines del siglo XIX hasta 1935 aproximadamente, se hallaban bajo la preocupación de tratar únicamente criterios generales, principios de orientación básica, sin enfocar problemas concretos.

Las cuestiones sobre una justificación de la axiología jurídica fueron articuladas en base a si tiene o no sentido una búsqueda o investigación de los valores jurídicos; si todo lo que se puede decir sobre los problemas de la vida social se halla contenido o no en las normas positivas históricas, o si por el contrario, se puede y se debe pronunciar un juicio sobre estos problemas desde un punto de vista superior y distinto del Derecho positivo.

El análisis del sentido esencial del Derecho demuestra que la negación positivista contiene un absurdo. El Derecho positivo es una pauta de conducta de carácter normativo. Ahora bien, una norma significa que entre las varias posibilidades fácticas de comportamiento hay algunas elegidas, y por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades de conducta elegidas lo son porque resultan referidas a otras. Esta referencia se funda sobre una valoración. Es decir, aunque las normas del Derecho positivo son elaboradas empírica y pragmáticamente por los hombres, y aunque desde el punto de vista formal emanan del mandato del poder político, ellas no pueden ser de ningún modo entendidas

simplemente como meros hechos. En todo caso, son hechos humanos, y en tanto que tales tienen esencialmente un sentido, una significación. Este sentido consiste fundamentalmente en la referencia a valores. La normatividad del Derecho positivo carecería de sentido si ella no estuviese referida a un juicio de valor que es lo que precisamente lo que la inspira. La conducta está regulada de determinada manera, porque se cree que esta manera es mejor que otras posibles regulaciones.

Claro que puede suceder que el Derecho positivo fracase en el cumplimiento de esa su intencionalidad de valor; pero, incluso cuando esto ocurra, tal propósito de realizar algunas exigencias de valores constituye una dimensión esencial de todo Derecho.

Para la axiología jurídica, si no hubiese algo por encima de la mera realidad empírico-histórica de las normas positivas, entonces esas mismas normas positivas no podrían ni existir ni ser entendidas; el Derecho positivo mismo no podría existir.

Este argumento para la justificación de la axiología jurídica tiene la ventaja de que no implica la previa admisión de otros supuestos filosóficos, y consiguientemente, tiene plena validez de convicción contra la actitud positivista.

**CAPITULO III: LA COACCION COMO ESENCIA DEL DERECHO
EN DIVERSOS AUTORES**

3.1. SPINOZA

El filósofo judío-holandés de origen hispánico-portugués, Spinoza - 1632 a 1677 -, sobre la índole del Derecho, contiene la anticipación de una idea que ha ejercido una influencia decisiva desde Kant hasta el presente: la concepción del Derecho como una forma de control dotada de coerción, es decir, como un ordenamiento coercitivo de algunas conductas humanas.

Según Spinoza, los medios para garantizar la seguridad de la vida y la buena salud radican principalmente en circunstancias externas (*): en gran parte dependen de factores externos, de causas que ignoramos hasta el punto de que nos sentimos inclinados a considerar esos factores como dones de la fortuna. Sin embargo, la previsión y la vigilancia humana constituyen una gran ayuda para conseguir la seguridad de la vida. La razón y la experiencia han demostrado que los medios más eficaces para lograr ese objetivo consisten en establecer en un cierto territorio una sociedad regida por leyes determinadas, que sean apoyadas por el poder de todos los miembros concentrados en un cuerpo en una corporación.

Spinoza afirma que la moralidad no es un asunto que pertenezca al Estado, pues el Estado se preocupa sólo de la seguridad. Para este autor, el Derecho es un mandato irresistible o una forma de imperio, ya que el legislador es el encargado de asegurar la obediencia del Derecho. Y así llega a la siguiente definición del Derecho: "Derecho es un ordenamiento de la vida que sirve sólo para dar seguridad a la vida y al Estado, prescrito por la comunidad bajo la presión de sanciones".

Esta caracterización del Derecho no excluye la convivencia de todos los

* Este filósofo señala que hay tres deseos básicos: conocer las cosas en cuanto a sus primeras causas; regular nuestras pasiones, o sea adquirir hábitos virtuosos; y desenvolver nuestra vida con salud y seguridad.

esfuerzos encaminados a que los hombres obedezcan al Derecho no sólo ni tanto por temor, sino también y principalmente por esperanza. Es decir, que esto es el Derecho positivo, pero no excluye la idea del Derecho natural, el cual considera una parte de la ética. A este respecto, Spinoza sigue la línea de Hobbes, ya que este autor consideraba las leyes del Derecho natural como preceptos que tienen como fin la conservación de la vida humana. Pero esas leyes no son propiamente Derecho, en el sentido propio de la palabra, pues no son otra cosa que dictados de la razón. Pues bien, Spinoza acepta estas ideas y llega a abandonar la denominación de Derecho natural y la substituye por las palabras "dictámenes de la razón" - *dictamina rationis* -, o "guías racionales" - *ductus rationis* -. Ahora bien, eso constituye, según Spinoza, propiamente una doctrina moral, de la que se ocupa en su ética, y no en sus obras políticas.

El Estado debe acomodarse al Derecho natural, de modo que el supremo poder estatal no exceda jamás los límites de los títulos por los cuales sea superior al súbdito según los dictados de la razón, es decir, según el Derecho natural. O sea, que el poder del Estado debe coincidir con lo prescrito por el Derecho natural. En otros términos, las leyes estatales deben estar fundadas en la razón y deben estar inspiradas en el bien común. El fin del Derecho positivo es la seguridad del individuo y a la vez la seguridad del Estado.

La función coercitiva del Derecho tiene como propósito armonizar las voluntades al servicio de la libertad. El Derecho es coercitivo, pero constituye el camino hacia la garantía de la libertad. La paz y la libertad pueden ser conseguidas sólo a base de que las leyes generales del Estado sean cumplidas (32).

32 Cfr. SPINOZA: Tratado Teleológico-político; Biblioteca Económica Filosófica, Madrid, 1949, Vol. VI, pp. 184, 193-195 y 210.

3.2. CHRISTIAN THOMASIUS

Christian Thomasius - 1655 a 1728 -, alemán, en su obra "Fundamenta iuris naturae et gentium" - 1705 - trata de la distinción entre Derecho y moral en los siguientes parámetros: en el orden normativo distingue la ética, la política y la jurisprudencia. La ética tiene por principio lo honestum; la política el decorum; el Derecho lo iustum. El precepto fundamental ético es quod vis ut alii sibi faciant, tute tibi facies (hazte a tí mismo aquello que querrías que los demás se hicieran a sí mismos). El precepto fundamental del decoro es: quod vis ut alii tibi faciant, tu ipsis facies (haz a los demás aquello que querrías que los demás te hicieran a tí). Lo justo lo expresa mediante la máxima de Confucio y el Evangelio: quod tibi non fieri, aletri non faceris (no hagas a los demás aquello que no querrías que te fuese hecho a tí). En el estado de naturaleza, las tendencias hostiles prevalecen sobre la paz. La utilidad y la convivencia es lo que impulsa al hombre a vivir en sociedad. La sociedad política surge de un contrato en virtud del cual se instituye un poder civil cuya misión es la formulación y aplicación de las normas jurídicas. Piensa que la coacción es un atributo esencial del Derecho, es decir, el Derecho regula las relaciones con los demás, establece y permite la coexistencia, le toca sólo regular la exterioridad, el fuero externo, de donde las obligaciones jurídicas se pueden hacer valer hasta por la fuerza. Llama deberes perfectos a los jurídicos e imperfectos a los morales, desprovistos de sanción coercitiva (33).

3.3. IMMANUEL KANT

33 Cfr. FRANCISCO XAVIER GONZALEZ DIAZ LOMBARDO: Compendio de Historia y del Estado: la. reimpr. de la la. ed., Libusa, México, 1979, pp. 198-199.

El filósofo alemán Immanuel Kant - 1724 a 1804 - depuró considerablemente la tesis coercitivista.

Kant establece una diferencia muy trájante entre moral y Derecho, que tiene que ver con la diferencia entre moralidad en sentido estricto y simple legalidad. La moralidad radica en la buena voluntad, en la buena intención, en el respeto al deber por el deber mismo. En cambio, la legalidad consiste en el ajuste externo del comportamiento a la ley.

Existe un principio universal, una ley general que comprende lo mismo la moral en sentido estricto que el Derecho racional - esto es lo que equivale a lo que tradicionalmente se denomina Derecho natural -. Este principio, que debe regir el reino de los fines, es el siguiente: "Obra de tal manera que nunca utilices a la humanidad lo mismo en tu persona que en la persona de cualquier otro, como simple medio, antes bien, siempre al mismo tiempo como fin". es decir, debes tratarte a tí mismo y tratar a la otra persona como fin en sí mismo como autofin, como un ser como un fin propio.

La filosofía kantiana de la moral en sentido estricto ha sido caracterizada por dos notas: rigorismo y formalismo;

a) Los calificativos morales no pueden aplicarse en sentido propio a las cosas, sino que pueden predicarse solamente del hombre, de la persona humana. Lo único que puede ser bueno o malo es la voluntad humana. Asimismo, las máximas de la conducta se presentan en forma de imperativos.

Ahora bien, hay dos clases de imperativos: los imperativos categóricos y los imperativos hipotéticos. Imperativo hipotético es aquel que sujeta el mandamiento a una condición, por ejemplo: "si quieres sanar de tu enfermedad toma tal medicina". El imperativo es "toma la medicina", pero este imperativo está limitado, no es absoluto, pues está bajo la condición de que quieras sanar. Por el contrario, son categóricos los imperativos en los cuales el

mandamiento no está puesto bajo ninguna condición, antes bien, es absoluto, por ejemplo, "no mates a otro hombre".

A la moralidad en sentido estricto, corresponden los imperativos categóricos. La moralidad no es lo mismo que la legalidad. La legalidad de un acto voluntario consiste en que la acción efectuada en él sea conforme y esté ajustada a la ley, pero no con ello basta para que sea formal.

Un acto tiene pleno mérito moral sólo cuando la persona que lo verifica ha sido determinada a verificarlo únicamente porque ése es el acto moral debido - por respeto al deber -, únicamente por puro respeto a la ley moral.

b) El Derecho se diferencia de la moral en que el Derecho se atiene a la legalidad, a la conformidad exterior, al ajuste externo de la conducta a la ley, a la coincidencia del comportamiento externo con el contenido del deber.

De estas acciones, conformes exteriormente al deber, deriva el concepto kantiano del Derecho. Las leyes prácticas, en tanto que no se refieren sino a actos exteriores y a su legitimidad, son llamados por Kant jurídicos, y en esto se distinguen de las leyes morales. Para que una acción sea lo que se llama legal, es suficiente que sea conforme a la ley, cualquiera que fuese por otra parte su móvil; pero para que ella sea moral, es necesario, además, que tenga por móvil la idea del deber por el deber mismo.

El Derecho, al igual que la moralidad, es una exigencia de la razón, cuya validez es, por lo tanto, universal (*).

La libertad en el sentido de independencia de las causas del mundo sensible, es el destino natural del hombre. Sin embargo, los hombres movidos por sus inclinaciones y pasiones se obstaculizan recíprocamente en su acción y

* Obra de tal manera que la máxima de tu conducta pueda convertirse en ley universal para todo ser racional, esto es, que el motivo que te ha llevado a obrar sea una ley universal. Esta es la fórmula del imperativo categórico de Kant.

se hallan así impedidos de cumplir con los deberes que los harán participar en el mundo de los fines racionales.

La tarea del Derecho será evitar ese estado de cosas y hacer que pueda conciliarse la libertad externa de cada uno con la libertad de todos.

En el Derecho lo único que se exige es que la acción sea conforme al deber, esto le permite a Kant fundamentar la legitimidad de la coacción en lo jurídico y caracterizar con precisión el Derecho puro o estricto. Si un cierto uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad, es decir, es injusta; la coacción, opuesta a este uso, se convierte en justa, según leyes generales. En consecuencia, el Derecho implica, siguiendo el principio de contradicción, la facultad de coacción contra aquel que lo ataque.

Como el Derecho no tiene por objeto sino aquello que hay de exterior en las acciones, el Derecho estricto, es decir, aquel en donde no entra ningún elemento tomado de la moralidad, es aquel que no exige otros principios de determinación que los principios exteriores: entonces, es puro y no está mezclado con ningún principio de virtud. No se puede llamar Derecho estricto sino conciencia que tiene cada uno de estar obligado a conformarse a la ley; pero, para determinar a la voluntad a obedecer esta ley, no tiene necesidad de invocar esta conciencia como móvil. Cuando se dice que un acreedor tiene el Derecho de exigir de su deudor el pago de la deuda, eso no significa que él pueda hacerle entender que su misma razón le obliga a pagarla; esto quiere decir solamente que una coacción que fuerce a cada uno a obrar así, puede muy bien conciliarse, siguiendo una ley exterior y general con la libertad de cada uno, y por consiguiente, también con la suya. El Derecho y la facultad de coacción son entonces, dos cosas idénticas (34).

34 Cfr. IMMANUEL KANT: Principios Metafísicos del Derecho, 85a. ed., Cajica, México, 1962, p. 51 y ss.

3.4. RUDOLF VON IHERING

Entiende al Derecho como "la política de la fuerza". El Derecho sin fuerza es un nombre vacío, porque es la fuerza la que realiza las normas jurídicas y la que funda el orden y organiza el Derecho. El Estado es el portador de la fuerza coactiva, organizadora y disciplinada. Es la institución que tiene el monopolio absoluto del Derecho a obligar. Derecho y Estado son inseparables. "El Derecho es la suma total de principios con arreglo a los cuales funciona el Estado como disciplina de coacción. El Estado es pues, la única fuente de Derecho". Las normas jurídicas son las que tienen coacción estatal. "Una norma legal sin coacción, es un fuego que no flamea, una luz que no brilla". Las normas internacionales son normas incompletas de Derecho. "Cuando el fuego es extinguido por el agua, es todavía fuego, sólo que ya no quema. Quemar es tan esencial para el fuego, como para el Derecho la obligación de su observancia por el juez".

No todos los imperativos de la fuerza del Estado son normas jurídicas. Hay imperativos concretos y abstractos, estos últimos son los únicos jurídicos, ya que el Derecho implica generalidad, uniformidad e igualdad, no pudiendo referirse a casos concretos. Para Ihering, la coacción caracteriza únicamente la forma del Derecho. No desconoce que al teórico del Derecho le importen también el contenido que está determinado por la finalidad de la norma. Sin embargo, señala que la escuela histórica se equivoca al considerar que el Derecho es un mero producto de fuerzas involuntarias, inconscientes, puramente históricas. Para él, el Derecho es una acción de poder estatal, dirigida intencionalmente a la seguridad de las condiciones de vida social, ese es el fin de la regulación jurídica. "Es el preajuste de los intereses individuales a los propósitos sociales del Estado, según el principio de utilidad social.

El Derecho ha de aspirar a producir un equilibrio entre el individuo y el principio social".

Define en síntesis el Derecho como "la suma de las condiciones de la vida social en el sentido más amplio de la palabra, aseguradas por el poder del Estado, mediante la coacción externa" (35).

3.5. LEO PETRAZYCKI

Iusfilósofo polaco - 1867 a 1931 -, Leo Petrazycki, cuyo pensamiento ha sido recogido por el maestro Recaséns Siches para ofrecernos un resumen de algunas de sus doctrinas, entre las cuales destacan sus ideas conectadas con la coercitividad.

Dice Petrazycki: "En ciertos casos de la conciencia ética, aquello a lo cual nos consideramos obligados parecemos como algo que pertenece a otro, como algo que le debemos, como algo que le debemos, como algo que él puede exigirnos. Este cumplimiento no parece consistir en proporcionar o hacer un especial bien, sino meramente en aportar aquello que se le debe a otro, en proporcionarle lo que es suyo. El no cumplir con esto. Parece implicar para él un daño, un agravio, un privarle de algo que él puede reclamar debido a él. En otros casos de la conciencia ética - como por ejemplo: si nos sentimos obligados a ayudar a una persona necesitada -, aquello a lo cual nos sentimos obligados no parece consistir en algo que debemos al otro sujeto como propio de él. Cualquier pretensión o demanda del otro sujeto nos parecería inadecuada y carente de fundamento. El hecho de proporcionarle el objeto correspondiente y de que él lo obtenga no parece en modo alguno suministrarle a él algo que se le deba, ni significa que él obtenga lo que es suyo, sino que consiste meramente en otorgarle un bien por virtud de una decisión que depende tan sólo de nuestra buena voluntad. Y el hecho de no darle tal bien no parece de ninguna manera una violación inadmisible, la producción de un daño, o la negación a satisfacer una reclamación suficientemente fundada" (36).

35 F. X. GONZALEZ DIAZ LOMBARDO: op. cit., pp. 270-271.

36 LUIS RECASENS SICHES: Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX: Porrúa, México, 1976. Vol. I, p. 92.

En los casos de la primera especie, sentimos tener la una obligación para con el otro. Nuestro deber se halla asegurado por consideración al otro, porque lo que debemos es un bien suyo, porque es algo que le pertenece, porque es algo que le está atribuido, porque es algo que él adquirió, algo a lo que tiene una fundada pretensión. En el otro grupo de casos no tenemos un deber exigible para con otras personas; y con referencia a tales casos, nos sentimos libres y no sujetos a una imposición, ya que nada pertenece ni se debe a la otra persona.

El primer tipo constituye el deber jurídico. El segundo representa la obligación puramente moral. Las normas jurídicas son bilaterales de cumplimiento exigible e impero-atributivas. El cumplimiento de las normas morales debe ser voluntario. La obligación jurídica, en cambio, puede ser satisfecha por cualquier actualización de la función atributiva, incluso mediante medidas represivas.

3.6. GIORGIO DEL VECCHIO

Del Vecchio afirma que el Derecho - en sentido objetivo - es esencialmente un imperativo, - como también, por lo demás es un imperativo lo moral -, pero de qué manera se manifiesta dicho imperativo, o expresado con otras palabras, cuál es la sanción característica del Derecho.

El Derecho es esencialmente coercible, esto es, en caso de inobservancia, es posible hacerlo valer mediante la fuerza; el carácter de la coercibilidad distingue las normas jurídicas de cualquier otra especie de normas. Esto efectivamente se deduce de la naturaleza lógica del Derecho.

El Derecho como norma bilateral procede contraponiendo sujetos a sujetos, atribuyendo una pretensión, de un lado, a la cual corresponde en el otro, un deber, estableciendo siempre una relación y un límite entre varias personas. Y

si el límite no es observado y se invade la esfera del poder jurídico que el Derecho asigna a cada uno, entonces entra necesariamente en esta esfera la posibilidad de repeler la transgresión. De ninguna manera resulta concebible una solución de continuidad. Por lo cual los conceptos de Derecho y coercibilidad se presentan unidos o coligados indisolublemente.

Esta propiedad lógica del Derecho que no había escapado a la percepción de anteriores pensadores, fue afirmada claramente por THOMASIUS, el cual fundó sobre ella la distinción entre Derecho y moral, e infirió equivocadamente de la misma un título de preferencia para los deberes jurídicos - los cuales por ser coercibles, resultan perfectos -, frente a los deberes morales - imperfectos, en cuanto incoercibles -. DEL VECCHIO observa que por el contrario, no se trata de una perfección mayor por parte del Derecho, sino de una sanción cuya qu le es específicamente propia, frente a las otras sanciones, igualmente perfectas en su especie, que son características de los demás deberes (37).

3.7. LUIS RECASENS SICHES

A esta característica esencial de lo jurídico de imponerse incondicionalmente, tanto si cuenta con la voluntad del sujeto, como si ésta le es adversa, se le ha llamado tradicionalmente coactividad o coercitividad, y también autarquía. El maestro Recasens Siches sostiene la tesis de denominar a esta nota "impositividad inexorable" o "inexorabilidad", porque estas palabras expresan más exactamente la característica de que se trata.

Recasens Siches se expresa sobre si esta nota es o no esencial al Derecho, y sobre cual sea la índole de dicha dimensión, se ha discutido largamente en la teoría jurídica casi durante un siglo. Pero a la luz de las reflexiones, el

37 Cfr. GIORGIO DEL VECCHIO: Filosofía del Derecho: 6a. ed., Bosch, Barcelona, 1953, pp. 371-372.

autor señala que este tema queda por entero aclarado, en sentido de afirmar que la característica de impositividad inexorable es esencial al Derecho hasta el punto de que el pensamiento de un Derecho que no fuese inexorable - coercitivo, autárquico - constituiría un absurdo, es decir, un pensamiento irrealizable como el de un cuadrado redondo, o el de cuchillo sin mango ni hoja.

La imposición inexorable es algo que se desprende esencialmente del sentido mismo de lo jurídico. Como el sentido esencial del Derecho consiste en establecer los límites recíprocos y los enlaces necesarios entre la conducta de varios sujetos, para ordenar de un modo objetivo y externo la vida social, lógicamente no puede estar condicionado al azar de cual sea la voluntad de los sujetos cuyo comportamiento se quiere sujetar en una estructura colectiva. Precisamente porque el Derecho es una organización de las relaciones externas entre los miembros de la sociedad, en aquellos puntos en que la conducta de unos es condición "imprescindible" para los demás, esta condición no puede depender de la voluntad fortuita e imprevisible de los llamados a cumplirla. Tal pensamiento sería absurdo, sencillamente contradictorio. El Derecho trata de que un sujeto ponga aquello que es reputado como necesario e imprescindible para otro; luego la realización de esto no puede depender del querer de quien debe cumplirlo, sino que tiene que ser impuesto de modo incondicionado, autárquico, es decir, a todo trance. Como el Derecho requiere sujetar necesariamente a una persona en interés o por motivo de otra u otras, no puede dejar aquella en libertad de cumplir o no los deberes que le impone. Como el sentido del Derecho - que radica en un propósito de seguridad -, consiste en establecer necesaria y eficazmente un mínimo de certidumbre y de firmeza en las relaciones sociales, por eso excluye ineludiblemente la fortuidad y la inseguridad que implicaría el confiar su observancia al albedrío subjetivo. Por eso, el Derecho es Derecho, porque y en tanto que puede imponerse de modo

inexorable a todos sus sujetos a cualquier precio, con, sin o en contra de la voluntad de éstos - venciendo en tal caso su resistencia violentamente, por la fuerza -. Y por ello, el cumplimiento de los deberes jurídicos es exigible por vías de hecho, por una imposición coercitiva que haga imposible la infracción o que la remedie en la misma forma impositiva cuando haya ocurrido ésta.

Esta dimensión de "imposición inexorable" consiste en que la norma jurídica - a diferencia de otras normas, entre ellas, la moral - no se detiene respetuosa ante el albedrío del sujeto, dejando a éste que libremente decida, sino que por el contrario, trata de anular la decisión adversa, trata de hacer imposible la realización de la rebeldía de la norma. Otras normas, por ejemplo la moral, se dirigen al sujeto obligándolo normativamente, pero sin pretender anular la decisión. Es decir, la moral expresa su imperativo, pero este imperativo debe ser cumplido libremente por el sujeto; es más, una realización de la conducta debida no constituye el cumplimiento de la norma moral, si esta es forzada. Esta quiere ser cumplida, pero cumplida por el querer libre al sujeto y no de otra manera. Por eso, la moral - y las reglas del trato social - liga normativamente la decisión pero no trata de cohibirla, antes bien, la deja en libertad, pues esta es la única situación en que la norma puede ser cumplida. Por el contrario, el Derecho se fija en el resultado externo del comportamiento, se dirige a lograr éste sea como sea - tanto mejor y más deseablemente si es por libre voluntad y por sincera adhesión, pero en caso contrario, lo hace por la fuerza - a toda costa, inexorablemente. Así pues, el Derecho no se detiene respetuoso ante la decisión del sujeto, sino que alienta el propósito de encadenarla, si esto fuere menester, para que el comportamiento debido se produzca. La inexorabilidad consiste en que la norma no se dirige sólo al querer del sujeto, sino que lo atraviesa para aplicarse sobre la realidad externa del comportamiento. El sentido esencial de la norma jurídica

consiste en emplear, si es necesario, todos los medios para evitar que se produzca el comportamiento contrario al que ella ordena y para imponer éste a todo trance.

Este carácter de imposición inexorable distingue al Derecho no sólo frente a la moral, sino también frente a otra clase de normas como las reglas del trato social - decoro, decencia, cortesía, etc. -, las cuales, aunque son diversas de las morales, tienen de común el dirigirse a la persona, pero dejándola en libertad para que ésta decida. Conviene subrayar que la forma primaria y plenaria de la imposición inexorable no es la pena como sanción contra determinadas conductas antijurídicas. Aparte de que la pena no la hallamos en todas las ramas del Derecho, sino tan sólo en la punitiva, en las correcciones administrativas y en las cláusulas penales de los contratos que las establezcan, hay, además, otra consideración de decisiva importancia para mostrar que la pena no es la manifestación perfecta ni primaria de la impositividad inexorable. El sentido primario y pleno de la impositividad inexorable se manifiesta en la imposición a todo trance de la conducta debida - o de una sucedánea, como la indemnización de daños y perjuicios -, y en el impedir también a todo trance la realización de la conducta prohibida, cuando lo uno o lo otro resulte posible en la práctica. Ejemplo de la evitación de una conducta prohibida es el empleo de la violencia necesaria por un gendarme en la calle para impedir la comisión de un delito, verbigracia, cuando al ver que un sujeto escala una casa para entrar por una ventana le da la voz de alto, y si ésta no es atendida, dispara un tiro contra el que iba a perpetrar el delito. El disparar el arma contra ese sujeto no constituye una sanción penal; es tan sólo un hecho de fuerza al servicio de impositividad jurídica, para impedir la comisión del delito. La pena supone el hecho de que prácticamente fracasó la forma normal y primaria de la coercitividad jurídica y constituye

una forma derivada y segunda de ésta. El supuesto de hecho del Derecho penal es el margen de ineficiencia de la policía, es decir, el fracaso de la acción preventiva.

En el pensamiento del siglo XVIII se había barruntado esta característica del Derecho: Thomasius llamó la atención sobre ella para distinguirlo de la moral. En el siglo XIX siguió elaborándose esta distinción sobre igual base; y se caracterizaba esencialmente a lo jurídico a diferencia de lo moral por la coacción - expresión algo tosca y confusa -, o de coercitividad - palabra más afortunada para denotar la dimensión de que se trata -. Pero aunque el problema fuese enfocado certeramente y se apuntase de modo correcto a su solución, sin embargo, el pensamiento del siglo XIX no llegó todavía a comprender plenariamente ni a acotar con entera precisión el sentido de esta nota. Y así resultó que a pesar de que se estaba en la vía correcta para la caracterización del Derecho, al subrayar en él la esencial dimensión de exigibilidad coercitiva, sin embargo, la defectuosa formulación de esta doctrina en el fondo acertada - dio ocasión a que se formulase una serie de objeciones anticoercitivistas -. Pero todas esas objeciones que se oponían a reconocer en el Derecho el carácter esencialmente coercitivo, partían de confusiones y de mal entendidos, y por tanto, ninguna de ellas podía tenerse en pie. Tanto es así, que en general, el pensamiento filosófico-jurídico del siglo XX se perfiló mejor como característica esencial del Derecho, su autarquía, su coercitividad - Stammler, Del Vecchio, Kelsen, etc. -, hasta el punto de que todas las objeciones que se habían formulado contra esta tesis fueron desvaneciéndose. Ahora bien, este tema queda más claro todavía - según Recasens Siches - y con perfiles ya definitivamente precisos en la reelaboración que del mismo, con esta tesis reexpuesta.

Los términos "coacción", "coactividad", todavía podían resultar algo

equivocos. En cambio, la expresion de esta doctrina como carácter de "impositividad inexorable", consigue claridad perfecta (38).

38 Cfr. LUIS RECASENS SICHES: Tratado General de Filosofía del Derecho: 7a. ed., Porrúa, Mexico, 1981. pp. 184-187.

**CAPITULO IV: LA COACCION COMO ESENCIA DEL DERECHO
EN HANS KELSEN**

4.1. DATOS BIOGRAFICOS DE HANS KELSEN

Hans Kelsen nació en Praga el 11 de octubre de 1881, perteneciente entonces al imperio austro-húngaro. Hizo sus estudios en la Universidades de Viena, Berlín y Heidelberg, forzando parte del profesorado de la primera en 1911. En 1915 la misma Universidad de Viena le otorgó el nombramiento de profesor adjunto y posteriormente en 1919, el de catedrático titular. En 1930 inició la impartición de una cátedra en la Universidad de Colonia, Alemania.

El gobierno de Austria, reconociendo en el maestro Kelsen una autoridad internacional, le confirió la elaboración del proyecto de la Constitución de ese país, al proclamarse republica. En 1920 se convirtió ese proyecto en Constitución Política, mediante la cual como autoridad judicial suprema, quedó establecido el tribunal de justicia constitucional de Austria, del que fue miembro y ponente desde 1920 hasta 1930. Fue miembro distinguido de la primera mesa directiva del "Institut International de Droit Public" al que acudió representando a Alemania. Fue miembro de la real academia de ciencias de Bruselas - Bélgica - y de la American Academy of Political Sciences, de Filadelfia - Estados Unidos de Norte-América -. Durante varios años, desempeñó el cargo de vice-presidente de la asociación de profesores alemanes de Derecho político, lo que revela la personalidad tan grande que se le reconoce en su país.

Desde 1933 estuvo refugiado en los Estados Unidos de Norte-América. En los años anteriores inmediatos a la guerra mundial de 1939, residía en Berna capital de Suiza, como exiliado político.

Al comienzo de su vida se distinguió como escritor, habiendo sido su primera obra "Una monografía sobre las ideas de Dante Alighieri", elaborada en 1905. Sus principales obras de Derecho son: "Problemas Capitales de la Teoría

del Derecho Político" - 1911 -; "Sobre la Teoría del Negocio Jurídico Público" - 1913 -; "El Problema de la Soberanía y la Teoría del Derecho Internacional" - 1920 -; "El Concepto Sociológico y el Concepto Jurídico del Estado" - 1922 -; "Teoría General del Estado" - 1925 -; "La Ejecución Federal" - 1927 -; "El Estado como superhombre" - 1927 -; "Compendio Esquemático de una Teoría General del Estado" - 1928 -; "La Teoría Pura del Derecho" (método y conceptos fundamentales) - 1933 -. Escribió además muchos artículos en revistas científicas, filosóficas y jurídicas de Europa y de Estados Unidos de Norte-América, así como innumerables conferencias en las principales Universidades del mundo. Hans Kelsen falleció el 19 de abril de 1973.

4.2. LA TEORIA PURA DEL DERECHO

Kelsen ha sentado como lema, como base y como bandera espiritual del pensamiento jurídico, lo que él llama "la pureza del método", entendiendo por tal, el sólo empleo de conceptos normativos formulados con exclusión de todo concepto sociológico - sociología - de toda idea finalista - ética - y con independencia de toda intención política - política -.

4.2.1. INTRODUCCION

La teoría pura del Derecho, creación de Hans Kelsen, lleva a sus extremas consecuencias racionales la tesis de que no existe otro Derecho que el que emana de la autoridad estatal. Asimismo, se mantiene en un plano formalista que elimina cualquier discusión filosófica.

Uno de los principales fines de Kelsen, es eliminar del Derecho todos los elementos que le son extraños, en especial, la política. Para ello toma como objeto de la ciencia jurídica al Derecho positivo, tal cual es; se limita a preguntarse cómo es y cómo se forma el Derecho, sin interesarse en cómo debería

ser o como debiera formarse.

Niega que le corresponda al Derecho dar la solución "justa" a los conflictos, pues la justicia es una idea moral que está más allá de toda experiencia y su contenido varía al infinito.

Conceptúa al Derecho como un orden coactivo constituido a base de normas que reglamenta el empleo de la fuerza en las relaciones sociales y se reserva el monopolio de ésta. Este orden normativo establece una relación de imputación entre el acto ilícito y la sanción, relación que es de "deber ser", por lo que no constituye una secuencia fatal o necesaria. Solo hay norma jurídica si se establece una sanción como consecuencia del incumplimiento de la prescripción de la norma. Hecho ilícito es la conducta contraria a la norma; está dentro del sistema jurídico, por ser la condición de la sanción.

El Derecho es, además, una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada manera, técnica que puede ser empleada para cualquier fin social, pues el Derecho no es un fin sino solamente un medio. Para lograr esa inducción, sanciona toda conducta no deseada según el orden social que debe mantener.

La norma jurídica, desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado, origina los deberes jurídicos, los cuales no tienen ningún significado moral. Son los deberes jurídicos, y no los Derechos subjetivos, el elemento primario del orden normativo.

El orden jurídico tiene una estructura jerárquica, lo que significa que existen normas de diversos niveles, en las que las inferiores están subordinadas a las superiores. Así, la ley se subordina a la Constitución, y las normas administrativa - reglamentos -, se subordinan a la ley. La Constitución se regla por la Constitución anterior, y así sucesivamente, hasta que se llega a una primera Constitución, la que debe ser considerada con valor

normativo. Pero más allá de esta solamente se encuentra lo que Kelsen llama la "norma fundamenta", una hipótesis básica que es solamente supuesta, porque la ciencia jurídica no afirma su validez.

Una norma es válida si es creada de acuerdo con las prescripciones de las normas de grado superior; pero solamente la autoridad competente puede verificar su falta de validez y mientras no la declare, la norma ha de tenerse por válida. Esto es que la función jurisdiccional, al igual que la aplicación de la ley por la administración, crea Derecho. También los simples particulares crean Derecho cuando mediante sus actos jurídicos originan obligaciones. En todos estos casos se trata de normas individualizadas.

El Estado no es anterior ni distinto al Derecho, ni crea a éste, pues hay una unidad entre Estado y Derecho. Asimismo, Kelsen se opone absolutamente a todo intento dualista de colocar junto o por encima del Derecho otro criterio destinado a resolver el problema de la justicia de las normas. Rechaza el Derecho natural porque son meros juicios subjetivos de valor. Los únicos juicios de valor que acepta la ciencia jurídica del Derecho son los que comprueban la conformidad u oposición de un hecho con la norma, pero ellos tienen título para ser tenidos como científicos, porque son juicios de hecho, ya que la norma positiva es un hecho.

Así como rechaza los valores metafísicos y todo análisis de contenido de las normas, trata de dejar fuera del Derecho los conceptos ideales, entre ellos, el de persona y el de Derechos subjetivos. La persona es un simple soporte imaginario para un haz de deberes, responsabilidades y Derechos subjetivos; pero lo que al Derecho le interesa, no son estos artificios, sino las conductas. Los Derechos subjetivos no son necesarios al Derecho objetivo. Las normas jurídicas se basan en su forma especial de coacción.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

4.2.2 LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES

a) LA NATURALEZA DE LA EXPLICACION KELSENIANA

Kelsen da a su teoría el título de teoría pura del Derecho, nombre que sirve para describir algunas de las características esenciales de su explicación del Derecho. Su objetivo al pretender la "pureza" en su análisis jurídico es eliminar elementos ajenos que no son materia propia de una teoría que se confina a sí misma estrictamente a los fenómenos jurídicos específicos en la estructura de un sistema de Derecho.

b) LA PUREZA DEL METODO

La pureza del método, es un principio fundamental en la teoría kelseniana. En el Derecho - opina - como en todo fenómeno social, influyen las demás ciencias. Pero si el Derecho merece el carácter de autónomo, urge una separación inmediata de las demás disciplinas, una pulcra y exacta separación. A ello tiende la pureza del método.

En el Derecho intervienen ingredientes jurídicos e ingredientes no jurídicos - sociológicos, éticos, políticos, etc. -. Estudiar los ingredientes jurídicos del fenómeno jurídico, es la misión esencial de la teoría pura del Derecho. Kelsen reconoce que muchas disciplinas del conocimiento influyen en la ciencia jurídica, pero él, sin dejar de estimar su importancia, lo único que hace es no tratar esas cuestiones, que denomina "metajurídicas", es decir, que están fuera del ámbito jurídico.

La confusión metódica con otras disciplinas hace peligrar la autonomía del Derecho. Por eso urge su fundamentación particular de ciencia autónoma dentro de la teoría del conocimiento, librándola de elementos extraños. La depuración debe realizarse frente a estas dos tendencias: ético-política y sociológica.

La teoría jurídica pura es una teoría del Derecho positivo. En cuanto a teoría, quiere limitarse a conocer única y exclusivamente su propio objeto. Se propone contestar a esta pregunta: ¿Qué es el Derecho?, más no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido.

c) MISION ESENCIAL DE LA TEORIA DEL DERECHO

La teoría del Derecho tiene una misión con respecto a los fenómenos jurídicos, comparable en cierto modo con la que corresponde a la geometría en relación con los cuerpos: El estudio exclusivo de las formas posibles y de las conexiones esenciales entre las mismas. Y, así, como la geometría no explica el origen, ni la materia, ni el método de formación de los cuerpos, tampoco la teoría pura del Derecho puede ni debe ocuparse de la naturaleza de los fenómenos sociales, ni del arte de elaborar normas conducentes a fines determinados.

d) CARACTER NORMATIVO DE LA CIENCIA JURIDICA

La ciencia jurídica versa sobre normas que pertenecen al reino del "deber ser", - sollen -, frente a la naturaleza que se rige por la ley de la causalidad perteneciente al reino del "ser", - sein -. Esto es, que hay dos categorías primarias, irreductibles, irreconciliables de la inteligencia: el "ser" y el "deber ser". No es posible definir las porque son géneros supremos - sumus genus - como se dice en lógica. Son categorías últimas, infranqueables: no es posible pasar del mundo del "ser" al del "deber ser" y, a la inversa.

La naturaleza es el dominio del "ser", donde todo ocurre con ritmo fatal: no puede existir una sola violación a los principios naturales, a no ser que

éstos hayan sido formulados erróneamente, en cuyo caso habrá que investigar de nuevo para encontrar la ley correcta, el principio exacto. Estas son las ciencias fácticas. (*)

Hay otras disciplinas que estatuyen un "deber ser", que postulan la exigencia de obrar, que erigen una pretensión normativa, un "tú debes"; reglas preceptivas de conducta determinada: son las ciencias normativas, entre las cuales se encuentra el Derecho.

El carácter normativo de la ciencia jurídica del Derecho, se manifiesta:

1. Positivamente; porque su objeto está constituido por normas pertenecientes al reino del "deber ser", mediante las cuales ha de formular sus conceptos jurídicos.

2. Negativamente: porque su finalidad no consiste en explicar cómo se producen y acontecen los hechos y los fenómenos sociales que pertenecen al reino del "ser".

Frente a la jurisprudencia, cuyas normas están influidas e integradas por elementos empíricos de tipo sociológico y psicológico y elaboradas de un modo dogmático, la teoría pura del Derecho debe ser elaborada de un modo estrictamente normativo.

Frente a la política y a la ética, que consideran la finalidad o momento teológico (*), la teoría pura del Derecho debe prescindir de toda consideración finalista. Porque el fin - que subjetivamente es la intención del creador de la institución y objetivamente es el efecto que esta debe realizar -, en ningún caso es un momento integrante de la institución.

* Del latín FACIUM, que significa hecho.

* Teología: Atributo de ciertos hechos, de hallarse dirigidos hacia un determinado fin. Aristoteles dio gran importancia a este concepto en el ámbito del mundo físico. Posteriormente, fue uno de los elementos fundamentales de la ciencia experimental, recuperado posteriormente por la metafísica moderna: Leibniz, Ruyér, Hartmann.

e) EL "DEBER SER" COMO CATEGORIA QUE INCLUYE AL DERECHO

Ya se expresó que la ciencia del Derecho es una ciencia normativa; pertenece a la categoría del "deber ser". Y que es normativa desde dos puntos de vista: positivo y negativo. Positivo, porque esta disciplina está constituida por normas, por disposiciones legales de carácter preceptivo; y, negativo, porque su misión no es explicar la conducta humana, sino regirla, que es cosa completamente distinta.

La ley natural se enuncia así: si "A" es, tiene que ser "B"; la ley jurídica postula un "deber ser" y, se enuncia así: si "A" es, debe ser "B". La ley natural enlaza un hecho determinado - causa - con otro hecho distinto y que es consecuente del anterior - efecto -; del mismo modo, la ley jurídica enlaza la condición con la consecuencia. En el primer caso, se llama "causalidad", y en el segundo "imputación". La causalidad es la legalidad, conjunto de principios o leyes - aplicable a las ciencias naturales; en cambio, la imputación es la legalidad específica sui generis del Derecho.

La categoría del "deber ser", es un principio gnoseológico, no metafísico. La pena no sigue al delito en la misma forma invariable y forzosa que el efecto a la causa, pero desde el punto de vista del deber, es tan inviolable como aquella, aún cuando en la naturaleza, en la realidad de las cosas, deje de aplicarse por algún motivo. Este "deber ser" no es otra cosa que el sentido específico en el que la condición y las consecuencias jurídicas hallanse enlazados en la norma del Derecho. Es una categoría formal, lógica, epistemológica, no metafísica.

f) MORAL Y DERECHO

La teoría pura del Derecho se empeña en afirmar lógicamente la autonomía

del Derecho frente a la moral. Considera que si el Derecho es una disciplina distinta, debe separarse radicalmente el concepto de norma jurídica, del de norma ética. Para ello, este jurista con la concepción clásica y tradicional que considera a la norma de Derecho un imperativo, a imagen y semejanza de la moral, afirmándola, en cambio, como un juicio hipotético en el cual se enlaza de modo específico un hecho condicionante con una consecuencia condicionada imputación.

Para Kelsen la moral es autónoma y el Derecho heterónimo. Esto significa que la moral pertenece al campo de la conciencia, es interior y subjetiva; para que yo esté obligado a hacer algo, se necesita la previa aceptación en mi conciencia del acto moral de que se trate; una norma moral no es obligatoria, sino en tanto el sujeto que la va a cumplir le reconozca su plena validez. El Derecho, en cambio, es heterónimo, porque es una consideración objetiva de la conducta humana, porque no tiene necesidad de la aceptación previa en nuestra conciencia del contenido que postula la norma jurídica, sino que es impuesto a todo trance y aniquilando toda rebeldía.

La coactividad y la heteronomía son los conceptos diferenciales entre Derecho y moral, de los cuales carece esta.

g) EL SENTIDO NORMATIVO DEL DERECHO

El Derecho tiene un sentido normativo porque no trata de explicar los hechos sociales, sino de regirlos. El Derecho no constituye sino un medio específico, un aparato coactivo, que en sí mismo carece de valor ético o político, porque estas cuestiones son "metajurídicas".

La teoría pura del Derecho es la teoría del positivismo jurídico. Limitase al Derecho positivo, que es el orden jurídico vigente, el Derecho "real" es decir, "existente". La teoría jurídica pura asegura su tendencia

antiideológica al aislar el estudio del Derecho de toda relación con la ideología del Derecho natural en torno a la justicia. Para ella está fuera de discusión la posibilidad de la validez de un orden superior al Derecho positivo. No admite la posibilidad de existencia de ese orden superior y menos trata de derivar de ese orden supremo la justificación de las normas jurídicas.

h) EL CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA

La persona física no es el hombre, como afirma la doctrina tradicional. El hombre no es un concepto jurídico sino bio-psicológico. La persona física es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de un hombre, así como la persona jurídica o colectiva - empresa, sociedad - es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de una pluralidad de hombres.

El sujeto de Derecho o "persona" no es otra cosa que una construcción artificial normativa, el término final de una imputación - enlace entre una norma y un hecho y entre este y un ser humano que normativamente está ligado al mismo -. La persona no es más que una expresión unitaria, personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, un complejo normativo.

La persona jurídica tiene un carácter ficticio, artificial, como creación humana que es, en muchos casos desconoce hasta la propia realidad, pasando intencionalmente sobre ella, porque la voluntad jurídica y la psicológica, son cosas muy distintas.

La persona jurídica es la personificación de un conjunto de normas que cuando se refieren a un individuo constituyen o integran la persona "individual" y por último el Estado, que no es más que un centro común y total de imputación de todas las normas jurídicas, que es la personificación del orden normativo

considerado en su totalidad.

i) LA IMPUTACION

El concepto de imputación es propio de la teoría jurídica y constituye el enlace normativo de hecho y consecuencia, distinguiéndose así de la "causalidad", que es el enlace de elementos dentro del sistema de la naturaleza. Si se pregunta ¿qué debe ser imputado? y, ¿a quién, esta cuestión de Derecho positivo no puede contestarse sin hacer referencia al acto coactivo como consecuencia jurídica.

En el concepto jurídico de la imputación se expresa esencialmente una relación entre el hecho condicionante - que es imputado - y la consecuencia condicionada, el acto coactivo, pues, no puede determinarse que un hecho cualquiera debe ser imputado si el mismo no constituye la condición de un acto coactivo. Nuestro sentimiento jurídico exige que un hombre sólo sea castigado en virtud de hecho por el cometido o no impedido - si bien hubiera podido omitir su comisión o evitar que el hecho se realizase -. Nuestro sentimiento jurídico exige, además, que en la comisión o la no oposición al hecho socialmente dañoso hay culpa, es decir, intención, previsión o negligencia, que es lo único que justifica la realización de un actor contra un hombre.

j) LA NORMA FUNDAMENTAL Y LAS NORMAS PARTICULARES

La plenitud hermetica del orden jurídico tiene por fundamento la posibilidad de referir los preceptos jurídicos vigentes - sentencias, ordenes, decretos, leyes, reglamentos, etc. - a una norma fundamental: la Constitución.

La validez de una sentencia se funda en una ley; esta es valida porque se ha dictado de acuerdo con un precepto constitucional; esta Constitución se funda en otra y, así sucesivamente, hasta llegar a la primera Constitución, que

será la establecida por el poder revolucionario triunfante. He aquí la llamada "pirámide jurídica" y la teoría de formación del Derecho por grados: "Stufenbautheorie".

No hay conducta humana que no pueda ser contenido de una norma jurídica. Pero una norma jurídica a diferencia de una moral, no vale por su contenido intrínseco, sino porque nacio de cierta manera, porque fué creada según una regla determinada, porque fué establecida o producida con arreglo a un método específico previamente autorizado por el Derecho.

Kelsen le llama a la norma constitucional "norma fundamental", porque sirve de base para crear todas las normas derivadas que constituyen el orden jurídico. Normas particulares, en cambio, son aquellas cuyo nacimiento es referido en última instancia a una norma fundamental o constitucional como le llamamos en nuestro país, es decir, que han sido creadas con arreglo al método establecido y autorizado en la norma fundamental.

El orden jurídico tiene una estructura escalonada: una norma descansa en otra, y esta a su vez en una anterior, y así, sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental.

El fundamento gnoseológico del Derecho, radica en la posibilidad de referir las leyes a un único centro jurídico: la Constitución. Los preceptos jurídicos singulares - dice Kelsen -, se agrupan en círculos concéntricos alrededor de la norma fundamental: la Constitución. El orden jurídico está constituido por todos los preceptos legales, fundamentales o secundarios, tales estos últimos, como leyes, reglamentos, sentencias, cláusulas de un contrato, etc..

K) FUNDAMENTO HIPOTÉTICO DE LA NORMA FUNDAMENTAL

La norma fundamental como norma primaria que es, y que sirve de base a la

creación del orden jurídico. tiene una justificación hipotética; hay que suponerla jurídicamente válida. si no, cae por su base todo el orden jurídico que en ella se apoya. No puede tener ninguna fundamentación jurídica, porque se trata precisamente de la norma fundamental. Suponiéndola válida, vale el orden jurídico que de ella se deriva. Claro que esa norma primaria y así lo reconoce Kelsen - obedece su origen a motivos sociológicos, éticos o políticos: procesos de opinión pública, discusiones parlamentarias, triunfos en la realidad social de regímenes o partidos políticos, orientaciones o tendencias de gobierno, circunstancias históricas, etc., pero éstas son cuestiones metajurídicas que están fuera del ámbito y dominio de la teoría pura del Derecho.

Para esta disciplina cognoscitiva la norma fundamental, es una norma supuesta, hipotética, que no tiene ulterior justificación, por su carácter de norma primaria.

1) EL DEBER JURIDICO

El maestro de Viena considera que todo orden normativo establece la vinculación de los obligados y que esto no puede designarse sino mediante la palabra "deber", puesto que el mismo deber moral no significa otra cosa que la vinculación que experimenta un individuo por la validez del orden ético.

El deber jurídico es la norma puesta en relación con un hombre determinado - imputación -, en tanto que le obliga a un comportamiento, cuya oposición constituye la condición del orden coactivo - castigo o ejecución - establecido en la norma.

Fuera del campo immanente del Derecho y en un plano teleológico el deber jurídico, postula aquella conducta que la sociedad se propone realizar mediante el precepto legal del que se trate.

m) EL DERECHO SUBJETIVO Y EL DERECHO OBJETIVO

Según Kelsen, la teoría general del Derecho, tal como fué desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, "se caracteriza por un dualismo de conceptos: Estado y Derecho, Derecho público y privado, Derecho subjetivo y objetivo, etc."

Esta teoría tradicional considera que el Derecho objetivo es la norma y el orden o sistema que integra el conjunto de normas, y el Derecho subjetivo es el interés protegido por la norma, las facultades que esta le concede a los hombres. Se sostiene por los partidarios de esta doctrina que hay una gran relación entre ambas naturalezas del Derecho, puesto que no es posible concebir que los hombres tengan facultades o intereses protegidos - Derecho subjetivo -, si no hay norma que los establezca - Derecho objetivo -.

Kelsen rechaza denodadamente esta distinción tradicional y considera que el Derecho subjetivo no es distinto del objetivo, sino el Derecho objetivo mismo, en tanto que se dirige contra un sujeto concreto - deber - o en tanto que se pone a disposición del mismo - facultad -.

Para este filósofo del Derecho, el Derecho subjetivo, es la norma misma - Derecho objetivo - puesta en relación con un sujeto concreto a cuya disposición se confía que se realice o no el acto coactivo - sanción - esencial en todo precepto jurídico. No existe identidad absoluta entre ambos, porque el Derecho objetivo es permanente y general, y el subjetivo, es una relación concreta, particular y transitoria, cuyo titular, mediante la acción puede poner o no en movimiento la maquinaria administrativa del Estado.

n) EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO

La distinción clásica, que se remonta al Derecho romano, entre Derecho

público y privado juega un papel fundamental en la sistemática de la moderna ciencia jurídica. sin embargo - afirma Kelsen -, hasta ahora no se ha llegado a formular una determinación plenamente satisfactoria de esta antítesis.

Según la opinión más generalizada de los tratadistas, el Derecho privado es una relación entre sujetos jurídicamente equivalentes y el Derecho público, es decir, que uno de ellos está en mejor o preferente situación que el otro ante el Derecho.

Kelsen combate duramente las ideas anteriores, considerando que tanto los llamados actos públicos del Estado - Derecho público - como los del negocio jurídico privado, - Derecho privado - son actos jurídicos, no habiendo distinción absoluta precisa y decisiva entre ambos, siendo únicamente distintos métodos de creación jurídica: tanto en el negocio jurídico como la orden estatal, no son más que la actualización, la particularización, la individualización de una norma general. La unidad del orden jurídico abarca y comprende por igual, el Derecho público y privado; el primero representa una creación autocrática de normas en las que no participa el sujeto obligado - una disposición administrativa -, y el segundo representa un método marcadamente democrático de creación jurídica.

o) ESTRUCTURA LÓGICA DEL PRECEPTO JURÍDICO

Así como Kant enunció "lógicamente" su imperativo moral, es decir, el principio moral, formal, universal que el encuentro aplicable de manera absoluta a todos los nombres, épocas y pueblos: "Obra de tal suerte que tu acción particular pueda ser elevada a regla universal de conducta para todo ser de razón", de la misma manera Kelsen, logista en el campo jurídico, ha enunciado lógicamente al precepto jurídico en la siguiente forma: "Bajo determinadas circunstancias - un obrar humano ajustado o no a la conducta estatuida en la

norma - el Estado ejerce o no determinadas acciones coactivas - ejecución o castigo -".

Kelsen afirma que es cierto que el Estado y el Derecho tienen en la sociedad una influencia justiciera y pacificadora, pero Estado y Derecho no son sujetos de ese fin, sino únicamente medios para lograrlo.

p) ESTADO Y DERECHO

Kelsen define al Estado como la personificación metafórica de la totalidad del ordenamiento jurídico positivo. Considera que es un absurdo pretender distinguir el Estado jurídico del sociológico, como lo hace la teoría tradicional. Afirma esta doctrina que el Estado nación como mero hecho de poder o de fuerza - Estado sociológico - y que luego crea el orden jurídico al cual se somete, convirtiéndose en Estado jurídico. Comentado este pensamiento tradicional, expresa Kelsen que esta teoría desconoce la contradicción fundamental que encierra: convierte al Estado en objeto del conocimiento jurídico al afirmarlo como persona jurídica, y, al mismo tiempo, afirma con la mayor insistencia que no es posible concebir jurídicamente al Estado, puesto que, como poder, constituye una entidad esencialmente distinta del Derecho. Y luego agrega: la teoría jurídica pura considera que el Estado es un orden coactivo de la conducta humana y este orden coactivo no puede ser un orden diferente del jurídico, "porque en una comunidad no hay ni puede haber sino un solo orden coactivo constitutivo de la misma". Para Kelsen, toda manifestación vital del Estado, todo acto estatal tiene que ser un acto jurídico, pues ninguna acción humana puede ser calificada de acto estatal sino sobre la base de una norma jurídica, en virtud de la cual se imputa dicha acción del Estado, esto es, a la unidad del orden jurídico.

Asimismo, supera el dualismo de Estado y Derecho, que estima una

duplicación inútil y superflua del mismo objeto de conocimiento. "El Estado como persona no es más que la personificación del orden jurídico, y el Estado como poder no es sino la eficacia de dicho orden".

La persona física - hombre - y la persona jurídica - sociedad - no son más que puntos intermedios, provisionales, de imputación. El punto último y definitivo de imputación normativa es la persona del Estado; una voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra, ni puede haberla, mientras los Estados no formen una comunidad jurídica universal. La soberanía de un Estado no es una expresión de su fuerza o poder, sino una cualidad de Derecho, que consiste en que el orden jurídico de un país no está sometido al de otro, esto es, un orden jurídico supremo y autónomo.

q) EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

Kelsen concede la supremacía al orden jurídico internacional porque la idea eminentemente moral de igual valor jurídicos de los Estados - o igualdad de los Estados ante el Derecho -, implica la hipótesis de la existencia de un orden jurídico que, por encima de los Estados, delimite su soberanía prohibiéndoles toda intervención en la soberanía de los demás Estados. Establece condiciones iguales para todos y los agrupa en una sociedad o comunidad jurídica.

El orden jurídico internacional está regulado por el Derecho internacional y debe gozar de la supremacía, porque así lo exige la equiparación fundamental de los Estados.

4.3. LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVISMO JURIDICO

La doctrina del Derecho natural es una metafísica del Derecho, en cuanto está caracterizada - como la metafísica idealista de Platon - por un dualismo

fundamental: así como en la doctrina platónica de las ideas del mundo empírico se contraponen y se subordinan al mundo trascendente, cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél; en la doctrina del Derecho natural, el Derecho positivo, creado por los hombres, se contraponen y se subordinan a un Derecho que no es creado por los hombres, sino que proviene de una instancia suprahumana y cuya función consiste en explicar y sobre todo justificar a aquél.

Por lo tanto, la doctrina del Derecho natural es idealista en contraposición al positivismo jurídico como doctrina realista. Este es creado por el arbitrio humano, y por lo tanto variable, el otro es ideal e invariable.

Para Kelsen, las teorías del Derecho natural se reducen a teorías de la justicia, y cualquiera que sea la forma en que son descritas, las considera como integradas en su mayor parte de fórmulas vacías. Con los métodos de la doctrina del Derecho natural - señala Kelsen -, se pueden mantener e incluso aparentemente probar, postulados opuestos. Una teoría iusnaturalista puede ser tan conservadora o revolucionaria como el escritor en turno se cuida de hacerla; todas ellas consisten en aserciones que no están probadas. Tales teorías se refieren a objetos poéticos e ideológicos, no a objetos científicos y es de esos criterios externos, no jurídicos, de los que Kelsen busca mantener limpio su propio análisis.

Las teorías que consideran que la coacción o que la coercibilidad son notas esenciales del Derecho, tienen como substratum filosófico al positivismo jurídico, o por lo menos se encuentran influenciadas por él. El positivismo como actitud científica, rechaza las especulaciones apriorísticas y metafísicas, y tiende a limitar el campo de la investigación científica al mundo empírico. Se limita a conocer a través de los datos que suministra la experiencia. De acuerdo a tal postura, el Derecho no es otra cosa sino un

producto de la voluntad. Considérese Derecho todo lo que el Estado establezca como tal sea cual sea el contenido desde el punto de vista axiológico o ético.

El Derecho aparece a los ojos de los positivistas como un conjunto de normas que la autoridad crea y que impone en caso de rebeldía por medio de la fuerza.

4.4. Kelsen Y EL DERECHO POSITIVO

Para Kelsen, las normas del Derecho positivo son normas coactivas, toda vez que expresan una relación entre una conducta determinada y ciertas consecuencias coactivas; dicha relación, llamada por Kelsen "imputación", no es una imputación moral, sino la relación derivada de un orden jurídico determinado y ajeno por completo a la moral, entre una conducta y una o varias consecuencias de Derecho.

La doctrina de Kelsen, sin embargo, puede subsistir al lado del Derecho natural según se deduce de las siguientes consideraciones: Su propósito ha sido hacer un análisis del Derecho positivo, libre de valoraciones; desde este punto de vista, la teoría pura del Derecho se distingue de la doctrina del Derecho natural, porque ésta pretende resolver, precisamente, el problema de la justificación o injustificación del Derecho, cuestión que está más allá de los límites fijados por Kelsen.

El profesor de la Universidad de Viena se limita a sostener que un orden jurídico positivo vale tal como ha sido formulado, independientemente del juicio de valor que pudiera hacerse respecto a su justificación, pero a condición de que presupongamos una norma fundamental que prescriba que debemos conducirnos tal como lo ordena la Constitución que le sirve de base; la finalidad de esta norma hipotética es, exclusivamente, servir de punto de apoyo al análisis positivo del Derecho.

La teoría pura del Derecho, la cual no se propone más que dar cuenta de la esencia del Derecho positivo - que es el único existente -, conceptúa al Derecho como un orden coactivo constituido a base de normas que reglamenta el empleo de la fuerza en las relaciones sociales y se reserva el monopolio de ésta.

4.5. LA COACCION JURIDICA Y LA ESENCIA DEL DERECHO

En nuestros días, Hans Kelsen ha llevado a sus últimas conclusiones los postulados que sostienen que la coacción es una nota esencial del Derecho, al sostener que: "Si el Derecho es un orden jurídico, cada norma es coactiva, su esencia es ser coactiva".

Asimismo, - señala - que el Derecho regula la conducta humana y por ello ha de ser de naturaleza psíquica, pues radica en la coacción. Por lo mismo, las normas jurídicas se refieren al único Derecho existente, que es el positivo, tomando en consideración que la positividad del Derecho radica en la eficacia de su representación psíquica, puesto que, en la coacción, como hecho psíquico, es en donde reside la eficacia de las normas jurídicas.

El Derecho es un orden coactivo y cada una de las normas que lo integran prescribe y regula el ejercicio de la coacción. Al Derecho sólo le incumbe regular el ejercicio de la coacción, únicamente le corresponde tipificar las conductas para la debida ordenación de la convivencia humana.

Argumenta Kelsen: que si la coacción no fuera un elemento esencial del Derecho, en primer lugar, no habría manera de distinguir entre el Derecho y los demás órdenes sociales. Por otra parte, tendrían que distinguirse dos tipos de obligaciones jurídicas: aquellas cuyo incumplimiento es sancionado con un acto coactivo y aquellas que no tendrían ese carácter. "Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso de que su violación no fuera

sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que lo viola".

Sostiene - además - que el frecuente intento de suprimir la coacción como no esencial al concepto del Derecho, incorpora una tendencia hacia una ideología política, cuyo propósito es dotar al Derecho de una justificación moral que a priori no puede poseer. El resultado sería introducir cualidades de valor en la éticamente indiferente fuente del Derecho positivo y en su validez y destruir la distinción entre Derecho positivo y natural: el Derecho positivo aparecería no sólo como válido, sino también como bueno - la coacción, por lo tanto, sería completamente innecesaria -. Esto ya no es ciencia jurídica, sino ideología.

Si el Derecho es un orden coactivo, la regla individual del Derecho es una norma que instituye la coacción y se expresa mejor con esta fórmula: "bajo condiciones dadas tendrá lugar un determinado acto de coacción". Kelsen no ve en las normas jurídicas más que reglas que imponen por medio de la coacción una cierta actitud al hombre colocado bajo ciertas condiciones.

Así, para Kelsen, las normas del Derecho positivo son normas coactivas, toda vez que expresan una relación entre una conducta determinada y ciertas consecuencias coactivas.

El Derecho es Derecho, y no otra cosa, no por virtud de una u otra finalidad concreta, por su mejor adecuación a una idea ético-política, sino solamente por su especial forma normativa - basada en la coacción -. Esta forma normativa es lo esencial del Derecho y consiguientemente, el objeto propio de su teoría.

**CAPITULO V: JUICIO CRITICO SOBRE EL COERCITIVISMO
JURIDICO KELSENIANO**

5.1. OBJECIONES COMUNENTE FORMULADAS AL COERCITIVISMO

Aunque este sea uno de los temas de filosofía del Derecho más controvertidos, convendrá informar al lector - siquiera sea brevemente -, sobre las objeciones más comunes y de mayor significación que han servido para suscitar la polémica a la doctrina coercitivista:

PRIMERA: Esta objeción se fundamenta en que el Derecho es observado, por lo general, "espontáneamente" y no por medio de la fuerza.

Debe haber y hay otros motivos psicológicos, totalmente independientes de la fuerza física, que determinan la observancia de las normas jurídicas. Si esta observancia espontánea no constituyera la regla, sería algo completamente imposible la existencia de un ordenamiento jurídico fundado constantemente en la coacción. Luego, la coacción es una anomalía, un caso excepcional y por ello el Derecho debe poderse concebir independientemente de la coacción.

SEGUNDA: Se fundamenta en lo siguiente: si el Derecho no es observado espontáneamente, es difícil obligar materialmente a su cumplimiento. La coacción llega casi siempre demasiado tarde para hacer frente a quien ha deliberado y resuelto violar el Derecho - y es en cierto sentido irreparable -. A este propósito se indican varios casos de impotencia del aparato jurídico para impedir al entuerto; y en verdad tales casos abundan no sólo por lo antedicho, sino también por aquella razón que los romanos expresaron con otras palabras: "nemo praecise ad factum cogi potest" - no se puede obligar a nadie a realizar un acto determinado si no lo quiere -. Si alguno, por ejemplo, está obligado a hacer una obra de arte y después se niega a ello: ¿cómo constrefirle? Si un testigo al cual le incumbe la obligación de decir la verdad se calla; ¿cómo se podrá obtener por la fuerza que cumpla su deber jurídico? De todo lo cual se concluye que no puede sostenerse la tesis de que

el Derecho sea esencialmente coercible.

TERCERA: Otra de las objeciones que se han formulado, la cual envuelve un problema de Derecho público, es la siguiente: Se ha dicho, que si en el Estado existe un poder coercitivo, el Estado mismo es quien lo ejercita y es por consiguiente, el supremo poder; no podrá estar sujeto a coacción. Debe llegar un punto en el cual, el estar constreñido cese y quede sólo el constreñir; porque nadie puede ejercer una coacción contra sí mismo "nullus prope cogitur a se ipse". Hay, pues, en todo sistema, un punto al cual la coacción no llega, de lo que se infiere, que hay por lo menos una excepción a la regla de la coactividad del Derecho, lo cual basta para que ésta no pueda ser afirmada como esencial.

CUARTA: Se objeta también; que con independencia de la coacción del Estado, los hombres tienen en conciencia el deber de cumplir las normas jurídicas.

QUINTA: Se ha dicho que lo deseable es que los hombres cumplan el Derecho no por virtud de ser constreñidos o por medio de la coacción, sino en gracia a los imperativos de su propia conciencia.

SEXTA: Se objeta que hay relaciones jurídicas cuyo cumplimiento no puede obtenerse mediante procedimientos de imposición coercitiva, ni cabe tampoco sustituirlo por una conducta sucedánea; cuando ocurre, cuando leemos por ejemplo, cuando una norma expresa que los hijos deben profesar amor a sus padres.

SEPTIMA: Para arguir contra la tesis de la coercitividad, se ha tomado como base al Derecho internacional.

5.1.1. TESIS DEL "REGRESUS AD INFINITUM"

Otro argumento contra la doctrina que hace de la coacción un elemento

esencial al Derecho y declara que las sanciones forman un elemento necesario dentro de la estructura jurídica. es el siguiente: Si es necesario garantizar la eficacia de una norma prescribiendo en otra una sanción para el caso de que la primera no sea obedecida, resulta inevitable una serie infinita de sanciones, un "regresus ad infinitum". Pues a fin de asegurar la eficacia de una norma de grado "n", es necesaria una norma de grado "n más uno". Como el orden jurídico sólo puede hallarse compuesto por un número limitado de normas, las que establecen sanciones presuponen otras que no las establezcan. La coacción no es un elemento necesario, sino solamente posible del Derecho.

Esta tesis ha sido sostenida magistralmente por el jurista ruso Leo Petrazycki: en la cumbre de cada cadena ascendente de coercibilidad - y por lo tanto en la cumbre del orden jurídico positivo - tiene que haber forzosamente una norma suprema "incoercible" y, a pesar de ello, eminentemente jurídico-positiva. En efecto, la violación de la norma "A" - la primera norma de abajo hacia arriba; por ejemplo, la que manda pagar impuestos - debe tener una sanción prevista por la norma "B" - sanción que "debe" ser impuesta por determinado órgano estatal -, pero como la norma "B" también puede ser violada, debe a su vez tener una sanción prevista por la norma "C" y así sucesivamente, hasta llegar necesariamente a una norma suprema cuya violación ya no tiene una sanción prevista por otra norma jurídico-positiva, - esto es así porque no se puede proceder hasta el infinito, ya que el número de normas que integran un orden jurídico positivo es ciertamente limitado o finito -.

5.1.2. TESIS DE LA "ADHESION ESPONTANEA"

Ha quedado de manifiesto que la teoría pura del Derecho está sujeta a innumerables críticas que de ella se han formulado, entre las cuales hemos hecho referencia; por ejemplo, a los autores que rechazan en pensar que la

coacción sea un componente esencial de la noción del Derecho. Los que rechazan tal noción, ponen de manifiesto que, en la inmensa mayoría de los casos, las normas jurídicas son respetadas por sus destinatarios "espontáneamente" y no por temor de incurrir en las sanciones previstas para los desobedientes. Este argumento ha sido llamado de la "adhesión espontánea".

5.1.3. TESIS REFERENTE A LAS "LAGUNAS DEL DERECHO"

El positivismo jurídico solamente concibe el Derecho establecido por el Estado, en sentido lato, y con él, se preterde cubrir toda el área de la actividad jurídica, o sea, todo un campo en el que no hay lagunas ni zonas reglamentadas, pretensión que postula el positivismo jurídico al presuponer un ordenamiento general en el que todo está expresa o implícitamente previsto en la actividad jurídica.

La cuestión de las lagunas del Derecho hace penetrar en lo más íntimo del campo jurídico: relaciones entre coacción y libertad. Derecho positivo y Derecho natural. Derecho y ley, etc.. "Donde no se quiere legislar, no hay lagunas, pero donde se legisla sin cubrir enteramente el área de legislación, ahí hay lagunas. Si el juez debe suprimir una laguna, es evidente que donde debe colmarla es en la ley, y no en el Derecho, pues el Derecho es un todo sin lagunas". El Derecho no tiene lagunas, los juristas confunden a la ley - como ordenamiento positivo - con el Derecho - como conjunto de principios y normas que dominan en la vida política de todo país civilizado -. Ciertamente es, que el Derecho se perfecciona y que el legislador no puede preverlo todo, o siendo previsible el hecho, no lo considera por motivos diversos. Así, para muchos juristas, el Derecho no presenta lagunas, sino es en la ley donde se encuentran.

5.1.4. TESIS SOBRE LAS "LEGES IMPERFECTAE"

Otro argumento contra del pensamiento kelseniano. lo encontramos en aquellos juristas que sostienen que; si el Derecho reclama la sanción, muchas normas jurídicas están de hecho desprovistas de sanción. En el Derecho público y en Derecho internacional - al que por esta característica algunos autores no lo consideran como verdadero Derecho - se encuentran numerosas normas no sancionadas. Esto es, que no hallamos ante una "ley imperfecta" o "leges imperfectae".

5.1.5. EL PROBLEMA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Se ha formulado para rebatir al coercitivismo el hecho de que dentro del orden jurídico de un Estado, existen legislaciones como la constitucional, cuyas normas carecen de sanción y no son coactivas, lo cual útil es para afirmar que la coacción no es elemento esencial del Derecho.

5.1.6. KELSEN: "POSITIVISTA O FORMALISTA"

A fines del siglo pasado y principios del presente, las diversas direcciones del formalismo jurídico, sin traspasar del todo la etapa del positivismo en el Derecho, marcan el ocaso de la misma, y significan sobre todo, un gran paso de avance en la ruta de rectificación y superación del legalismo.

Entre los representantes del formalismo lógico se encuentra Roguin en Francia, Austin en Inglaterra - por ejemplo -: adquiriendo gran relieve principalmente la teoría pura del Derecho de la escuela vienesa, que ha tenido una especial resonancia, y a la cabeza de la cual figura Hans Kelsen. Es así, que podemos considerar que el máximo esfuerzo de la metodología jurídica

lógico-formal está representada por la teoría pura.

Kelsen elaboró una teoría del Derecho positivo, determinando su esencia y contenido mediante la pureza del método; es decir, empleando un método estrictamente nomológico, que elimina toda observación psicológica y sociológica, y de toda consideración teleológica característica y peculiar de la ética y de la política. Por lo tanto, tales elementos, en cuanto son de carácter metajurídico, deben ser estudiados por otras disciplinas, no por la teoría pura del Derecho. Según se desprende de lo anterior, Kelsen, aunque considera al Derecho positivo como el único existente, para algunos autores es "predominantemente formalista".

5.1.7. JUICIO CRÍTICO A LA TEORÍA KELSENIANA

En la historia del pensamiento jurídico de las últimas décadas, aparece la producción de Kelsen como uno de los ejes a cuyo alrededor ha girado el desarrollo de la teoría fundamental del Derecho. Su influjo, enorme, no lo ha ejercido por vía de progresiva adhesión a sus ideas, sino más bien suscitando vivas polémicas. Sin embargo, debemos considerar que la obra de Kelsen no constituye un sistema completo de filosofía del Derecho. No se ha propuesto hacer filosofía - propiamente tal - del Derecho; no pretende abarcar todos los supuestos y cuestiones fundamentales que el jurídico puede plantear en absoluto, ni mucho menos llegar a su problema radical. En este sentido, reconocemos que la pureza metodológica es un "método riguroso", pero los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica van más allá del pensamiento kelseniano.

En cuanto al contenido de la teoría pura del Derecho, solamente se ha citado como referencia del pensamiento kelseniano, ya que no es menester del objetivo de esta tesis el analizarlo con mayor profundidad en cada uno de sus puntos a saber. Si equiparamos a la teoría pura del Derecho en un edificio,

basta probar que los cimientos en los que descansa son inadecuados, sin necesidad de analizar el edificio en su totalidad; lo mismo sucede con el estudio de la teoría pura del Derecho en lo que se refiere al objetivo de esta tesis. Basta probar que la coacción - cimiento - como elemento esencial del Derecho, en la cual descansa la teoría kelseniana, es un equívoco, para que venga abajo la totalidad de la teoría en la cual descansa como fundamento.

La teoría pura del Derecho, formulada por Kelsen, ha nacido en una situación, en la que la atención de los juristas se trasladó al examen del carácter de las normas hechas por los hombres o Derecho positivo. El pensamiento de Kelsen ofrece pruebas suficientes para afirmar que se halla fuertemente influenciado por la filosofía de Kant, que inspira su concepción formalista del - deber ser - y de la - norma -. Además, se pueden observar en Kelsen su fuerte e irreductible oposición a la metafísica, su panteísmo - al concebir al Estado como personificación de un sistema normativo -, y su relativismo - al negar la existencia de principios y valores absolutos en el Derecho -. Desde luego, debe rebatirse la teoría que postula Kelsen y conforme la cual expresa que "el Derecho es un sistema cerrado, lógicamente autárquico, que no necesita de ulterior fundamentación ante una instancia situada fuera de ese orden, en virtud de que el Derecho es simplemente un orden coactivo, al ser la coacción la esencia del Derecho y donde radica su eficacia".

El Derecho - Según Kelsen -, regula la conducta humana, y eso es indudable, pero lo que no toma en cuenta el formalismo jurídico, es que la conducta humana siempre tiene un sentido, perennemente persigue un fin, continuamente trata de alcanzar un objetivo; por esa razón, las normas jurídicas, esencialmente, deben perseguir un fin, deben tratar de alcanzar un propósito y sólo deben ordenar el empleo de la coacción cuando los sujetos no cumplan con lo preceptuado por dichas normas. Debe tomarse en cuenta que las

normas jurídicas indefectiblemente prescriben, por ser de su esencia, lo que se debe hacer para alcanzar un determinado fin; no debe olvidarse que la norma es una regla y que ésta estriba en una ordenación de medios a fines.

La coacción no es de la esencia del Derecho y por eso es un grave error considerar que éste es un orden coactivo, máxime que la función coercitiva no es más que una consecuencia de la función directiva del Derecho, al cual sí es de su esencia, dado que prescribe lo que es necesario hacer para alcanzar un fin que permita la tranquila y justa convivencia humana. Por tanto, el uso de la fuerza sin ningún sentido, es algo absurdo y opuesto a la naturaleza del hombre, cuyo espíritu se niega a concebir al Derecho como un mero orden coactivo.

El Derecho - señala Kelsen -, se encontraba muy mezclado con otras ciencias, de ahí la urgencia de su fundamentación como ciencia autónoma. Y es que, irrealmente peligra el Derecho como ciencia que es, con su objeto y método propio, al mezclarse - interrelacionarse - con las demás ciencias?; por supuesto que no. Asimismo, la teoría kelseniana considera que el estudio del Derecho se debe hacer exclusivamente a la luz de la lógica, sin tomar en cuenta que el Derecho posee un contenido que nos obliga a estudiarlo también a la luz de la sociología y de la ética; de la sociología, porque el Derecho se presenta siempre como forma y estructura de lo social; y de la ética, porque es la disciplina filosófica que nos permite determinar los criterios racionales axiológicos de la conducta humana, a los cuales nunca puede ser ajeno el Derecho, en cuanto estos criterios racionales son los que determinan su contenido y su sentido. Por lo antedicho, no cabe duda que la pureza metódica no puede aplicarse a una ciencia de fenómeno social como es el Derecho. Por ello, el positivismo está sujeto a todas las críticas que de él se han formulado.

El Derecho no puede ser una mera estructura lógica, en virtud de que no puede poseer solamente elementos formales - como expresa Kelsen -; el Derecho, al tener un contenido u objeto material que está estructurado por las acciones humanas - las cuales en su conjunto integran la actividad social -, siempre tiene un sentido: mismo que está establecido en relación con los criterios racionales o fines supremos de la conducta, los cuales deben estar ordenados conforme a las exigencias de la naturaleza del hombre; por ese motivo, el Derecho perennemente tiene un sentido, no pudiendo ser, por tanto, anti-ideológico. Kelsen se concreta a presuponer que el Derecho constituye exclusivamente una estructura lógica y que sólo la investigación sobre las estructuras lógicas del Derecho tienen validez científica.

Para los sostenedores de la tesis que afirma a la coacción como elemento esencial del Derecho, éste, o sea, el derecho se diferencia de otros órdenes sociales precisamente por al característica de la coacción de la cual carecen los otros. Conforme a la teoría kelseniana, se afirma, que el Derecho no es el único orden social. La moral también es un orden social y normativo, y a su vez, existen normas sociales aceptadas dentro de grupos sociales que regulan formas específicas de comportamiento - reglas del trato social - sin tener un carácter moral o legal. Así, surge la cuestión relativa a la diferencia específica entre el Derecho y otros órdenes sociales. La diferencia consiste en que el Derecho es un orden coercitivo. En este sentido, el término coacción no debe confundirse con la coacción en el sentido psicológico de la palabra, es decir, con el hecho de que la idea que los hombres tienen del Derecho, es un motivo suficiente o efectivo para obligar a comportarse de acuerdo con la ley. En lo que se refiere a esta coacción, el Derecho no difiere de otros órdenes sociales. El orden moral también puede, y en verdad ejerce coacción en el sentido psicológico de la palabra sobre aquellos cuyo comportamiento regula. El

Derecho - indica Kelsen - es un "orden coactivo", convirtiéndose en un método o instrumento social cuyo aspecto característico es sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. La coacción es, pues, para Kelsen, el ingrediente esencial del orden jurídico positivo.

Surgen entonces otra objeción al maestro de Viena, y es en cuanto a que él considera el Derecho, el único Derecho existente, al Derecho positivo. Esta teoría se limita a considerar el Derecho positivo tal como es, negándose a valorarlo. El ordenamiento jurídico, siempre según la misma teoría, debe concebirse como constituido por una serie de grados "stufenbau"; y en esta serie, sobre el Derecho de los distintos Estados, hay el de la comunidad internacional entendido igualmente como Derecho positivo. Así, cuando Kelsen habla de Derecho, se refiere al Derecho positivo: "el único Derecho existente es el positivo", y no al Derecho en su generalidad - en sentido amplio - como nosotros lo consideramos.

Para la tesis de la teoría pura del Derecho, afirmar que la norma jurídica positiva es una norma coactiva, equivale a afirmar que toda norma de Derecho positivo, para ser tal, tiene que ser coactiva. Es decir, si el Derecho es, en esencia, un orden coactivo, o sea, si su contenido lo es sólo la mera organización de la coacción, necesariamente sus normas integrantes, todas ellas sin excepción, tienen que presentar la cualidad de ser coactivas. Y, en efecto, - según el pensamiento kelseniano -, para que una norma pertenezca a la esfera del Derecho, es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción. Por tanto, podemos considerar que una norma de Derecho positivo individualmente considerada que carezca de coactividad no es genuina norma de Derecho positivo. Asimismo, el Derecho, si es por esencia un orden coactivo, no puede conjugar en su contenido "normas coactivas" y "normas no coactivas", éstas están fuera del ámbito de lo

jurídico.

Se ha dicho también, que para Kelsen las normas del Derecho positivo son normas coactivas, toda vez que expresan una relación entre una conducta determinada y ciertas consecuencias coactivas; dicha relación - llamada por Kelsen "imputación" - no es una imputación moral, sino la relación derivada de un orden jurídico determinado y ajeno por completo a la moral, entre una conducta y una o varias consecuencias de Derecho. Su propósito ha sido hacer un análisis del Derecho positivo, libre de valoraciones; desde este punto de vista - dice la teoría pura del Derecho, se distingue de la doctrina del Derecho natural, porque ésta pretende resolver, precisamente, el problema de la justificación o injustificación del Derecho; cuestión que está más allá de los límites fijados por Kelsen. El profesor de Viena se limita a sostener que un orden jurídico positivo vale tal como ha sido formulado, independientemente del juicio de valor que pudiera hacerse respecto a su justificación, pero a condición de que presupongamos una norma fundamental que prescriba que debemos conducirnos tal como lo ordena la Constitución que le sirve de base; la finalidad de esta norma hipotética es, exclusivamente, servir de punto de apoyo al análisis positivo del Derecho. Es decir, si se admite como lo hace la teoría pura del Derecho, lisa y llanamente que hay una separación tajante entre Derecho y moral; lo lógico es concluir que un deber moral no puede servir de fundamento o base uno jurídico. Los morales son deberes incoercibles, razón esta que los hace esencialmente distintos a los jurídicos, y por tanto, no son susceptibles de formar parte con éstos, del contenido de un Derecho positivo, y mucho menos de servirles de fundamento. Por tanto, dentro del marco de la teoría kelseniana, no procede sostener que un deber moral pueda ser base o fundamento de un deber jurídico, pues para tal doctrina, los morales son deberes metajurídicos, es decir, datos o elementos extraños a la ciencia

jurídica.

Kelsen sostiene que la ciencia jurídica debe fundarse en el orden jurídico positivo y no en la filosofía de la justicia, en virtud de que sólo así se logra la pureza del método; empero, sobre este aspecto, es necesario aclarar que si bien es cierto que la teoría kelseniana la debemos analizar desde el punto de vista de una pureza metódica - Kelsen al dar respuesta a las objeciones que de su teoría se han formulado, pone de manifiesto que esas críticas son injustificadas porque no son formuladas, en su mayoría, atendiendo a la pureza metódica, la cual él ha empleado -, y lo que ella implica. No podemos justificar que el pensamiento kelseniano haya abstraído conceptos fundamentales al Derecho como la concepción del Derecho mismo, afirmando que el único Derecho existente es el Derecho positivo, que es el creado por la voluntad humana; ó el concepto de justicia - "que son conceptos racionalmente incomprensibles" -; ó excluir del Derecho a las demás ciencias con las que está invariablemente interrelacionado; ó afirmar que las normas de Derecho individualmente consideradas deben ser coactivas para ser verdaderas normas de Derecho, etc., es decir, Kelsen creó una teoría que por sí sola se derrumba, "no podemos admitir una teoría por más pura que se pretenda construir, ya que la misma parte de conceptos equívocos y de poco sustento jurídico, que de ninguna manera debemos contemplar". En este sentido, reconocemos que la pureza metódica es un método riguroso, pero los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica van más allá del pensamiento kelseniano.

Por último, es menester recordar al lector, que las críticas al pensamiento kelseniano abarcan otros aspectos a considerar, por ejemplo: la crítica a su concepción de Estado y Derecho; a su concepción de la justicia; al Derecho objetivo y subjetivo; al concepto de persona, etc., pero para el estudio y objeto de esta tesis, debemos enfocarnos básicamente en lo que se

refiere a sus ideas sobre la coacción como esencia del Derecho, aclarando que no por ello se deja de reconocer la importancia que los demás lineamientos tienen para el pensamiento kelseniano, y su posible relación con el tema que nos ocupa.

5.2. RESPUESTAS COERCITIVAS A LAS OBJECIONES FORMULADAS

Para los coercitivistas, las objeciones planteadas no revisten más significación que la de servir para suscitar la depuración de la doctrina que defienden, dando las siguientes respuestas:

PRIMERA: Esta objeción se rebate observando que si bien es verdad el hecho del cual parte el razonamiento, nada prueba en contrario de la tesis que se quiere combatir.

Es indudable que en la mayor parte de los casos, el Derecho es observado espontáneamente. Esto se confirma si atendemos a la génesis del Derecho, pues se ve que éste surge en forma consuetudinaria, o sea, mediante la repetición voluntaria de un cierto acto o comportamiento todavía no impuesto por un verdadero aparato coactivo. Y parejamente, está fuera de duda que mientras el Derecho es respetado, no hay lugar para recurrir a la coacción. Así, si suponemos un Estado en el cual la justicia sea cumplida espontáneamente por todos, no habrá lugar para que la amenaza de la coacción llegue a actualizarse. Pero cuando se dice que el Derecho es coercible, se entiende por esto, que en cualquier momento en que fuera violado, es posible una oposición coactiva: se parte de la hipótesis de que sobrevenga una violación. En cambio, en el razonamiento que se critica, se prescinde de tal hipótesis, y por ello la objeción carece de valor contra la tesis coercitivista.

SEGUNDA: Para mostrar la inconsistencia de esta objeción, la tesis coercitivista no alude al hecho de impedir el entuerto, debe, por así decirlo,

contentarse con una compensación, con una equivalencia, con un remedio supletivo.

Una falla en el terreno de la aplicación práctica nada dice en contra de esta dimensión esencial. Y en cuanto al segundo ejemplo, el del caso en que no es hacedero forzar a la realización de un servicio personalísimo, se manifiesta que tampoco constituye objeción, pues, de una parte, claro es que no se puede luchar contra la imposibilidad material de imponer una conducta personalísima - que sólo es posible con el consentimiento de quien debe ejecutarla -; y, por otro lado, cuando se produce tal situación, entonces se substituye el primitivo contenido de la obligación con una conducta sucedánea prevista subsidiariamente por la misma norma - pago de daños y perjuicios -, conducta que ya es posible imponer mediante la fuerza; mediante un procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio. Y en caso de insolvencia, pasará siempre sobre el patrimonio futuro del deudor la condena ejecutiva.

TERCERA: La argumentación es ingeniosa, pero no convincente, como es fácil demostrar. No basta advertir que existe en todo sistema jurídico un punto al cual no pueda alcanzar la coacción; haría falta, además, demostrar también que aquel mismo punto puede ir a parar, como al sujeto pasivo, un verdadero y propio Derecho de alguien. Ahora bien, un Derecho tal contra el órgano de coacción, esto es, en contra del Estado como soberano, no existe cuando nos referimos a un sistema positivo determinado. En este caso, cuando hablamos de un Derecho, entendemos un Derecho reconocido por el Estado y previsto de los medios que este ofrece para hacerlo valer si fuere lesionado. Y también, cuando hablamos de Derechos frente al estado, presuponemos su reconocimiento por parte de éste, sin el cual, tales Derechos no existirían como Derechos positivos. Cabalmente, es una característica de los modernos sistemas constitucionales, el hacer posible ciertas acciones judiciales de los

ciudadanos contra el Estado. Pero en estos casos, el Estado que de un lado aparece como ente soberano, frente a todo Derecho como órgano de coacción; de otro lado, se presenta como sometido, en virtud de una "autolimitación" suya al imperio del Derecho, que emana de él como soberano; y de aquí que sea susceptible de coacción

CUARTA: Bien, eso es verdad, pero se hace notar que lo relativo al deber moral que la persona tengan que cumplir las normas jurídicas es un tema que pertenece a la filosofía moral, y no estrictamente a la filosofía del Derecho ni a la esencia del precepto jurídico. Los deberes morales entre los cuales puede figurar el deber de conciencia de cumplir las obligaciones jurídicas, son algo independientemente de la especial vinculación que crean los preceptos jurídicos.

Independientemente que exista o no el deber moral de cumplir una norma, se tiene un deber jurídico, específicamente jurídico, esto es, una norma de impositividad inexorable - como señalaría Recaséns Siches -, porque en caso de no hacerlo se desencadenará un procedimiento de imposición.

QUINTA: Para la validez de la norma jurídica, su imperio no depende formalmente de que el sujeto singular sobre el cual se vaya a aplicar en un caso, esté o no, íntimamente conforme con ella.

SEXTA: Pues bien, en estos casos la solución es clara; debemos reconocer que tales normas, aunque insertadas en cuerpos legales, no constituyen normas jurídicas, ya que su cumplimiento no es exigible. Se trata de buenos propósitos del legislador que éste no acertó a convertirlos en auténticos preceptos jurídicos. Se trata de otra clase de reglas - morales o del trato social - que el legislador quiso convertir en Derecho, pero sino lograrlo.

SEPTIMA: A esto debe contestarse que el Derecho internacional tiene la internacionalidad de constituir auténtico Derecho, es decir, de imponer sus

normas; pero en la medida en que no cuente con la posibilidad de hacerlo resultará que estaremos ante un propósito de Derecho que todavía no ha podido lograrse efectivamente en la realidad.

5.2.1. OPINION KELSENIANA DEL "REGRESUS AD INFINITUM"

Kelsen plantea esta objeción de la siguiente manera: La afirmación de que para asegurar la eficacia de una norma de grado "n", es necesaria otra de grado "n más uno", por lo cual es imposible asegurar la eficacia de todas las normas jurídicas por medio de otras que establezcan sanciones, es correcta; pero la jurídica no es una norma cuya eficacia esté asegurada por otra que establezca una relación, aún cuando la eficacia de ésta no esté asegurada por otra norma. Una norma es jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra que establece una sanción; es jurídica en cuanto establece ella misma una sanción.

El problema de la coacción - compulsión sanción -, no es un problema de aseguramiento de la eficacia de las normas, sino un problema sobre el contenido de las mismas. El hecho de que sea imposible asegurar la eficacia de todas las normas de un orden jurídico mediante normas que establezcan sanciones, no excluye la posibilidad de considerar únicamente como jurídicas a las que establezcan las sanciones. Todas las de un orden jurídico son coactivas, esto es, normas que establecen sanciones; pero entre éstas, hay algunas cuya eficacia no esté asegurada por otras normas coactivas. La norma "n", por ejemplo, dice así: si un individuo roba, otro individuo - órgano de la comunidad -, deberá castigar al primero. La eficacia de esta norma está asegurada por la norma "n más uno", si el órgano no castiga al ladrón, otro órgano debe castigar a aquel que ha violado su deber de castigar al ladrón. No hay otra "n más dos" que asegure la eficacia de la norma "n más uno". La coactiva "n más uno" si el órgano no castiga al ladrón, otro órgano debe

castigar a aquel que ha violado la ley, no está garantizada por una norma de grado "n más dos". Pero todas las de este orden jurídico son normas coactivas.

5.2.2. Kelsen y su posición ante el Derecho Constitucional

Si suponemos - señala Kelsen - la existencia de una Constitución de acuerdo con la cual las normas jurídicas generales sólo puedan ser creadas mediante decisiones de un parlamento electo en cierta forma, entonces el precepto que castiga el delito de robo tendría que formularse así: Si el parlamento ha resuelto que los que roben deberán ser castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo cometió el delito de robo, entonces Las normas de la Constitución que regulan la creación de los preceptos generales que habrán de aplicar los tribunales y otros órganos de aplicación del Derecho, no son por consiguiente, normas jurídicas independientes y completas. Son partes integrantes de la totalidad de las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos tienen que aplicar. Por esta razón, no puede citarse el Derecho Constitucional como un ejemplo de normas jurídicas que no establecen sanciones. Las normas de la Constitución material únicamente son Derecho en su conexión orgánica con aquellos preceptos sancionadores creados de acuerdo con ellas. Lo que, desde un punto de vista dinámico, es creación de una norma general determinada por otra superior. La Constitución, desde un punto de vista estático, representa una de las condiciones a las que la sanción es enlazada como consecuencia en la norma general, la cual, desde el punto de vista dinámico, está subordinada a la Constitución. En una exposición estática del Derecho, las normas superiores que integran la Constitución se hallan, por decirlo así, proyectadas como partes en las inferiores.

**CAPITULO VI: TESIS QUE AFIRMAN O RECHAZAN LA ESENCIALIDAD
DE LA COACCION EN EL DERECHO**

6.1. CRITERIOS ADOPTADOS PARA INDIVIDUALIZAR AL DERECHO DE LOS DEMÁS ORDENES NORMATIVOS

Como criterio para individualizar al Derecho respecto de los demás órdenes normativos: como la moral y las reglas sociales, se han adoptado como base las siguientes teorías:

- a) La teoría de la imperatividad
- b) La teoría de la socialidad
- c) La teoría de la finalidad
- d) La teoría de la soberanía
- e) La teoría de la sanción

6.1.1. LA TEORÍA DE LA IMPERATIVIDAD

Esta teoría se ve en la imperatividad del Derecho su característica peculiar: los preceptos jurídicos son imperativos - es decir, mandatos -, mientras los morales y sociales no lo son. Esta distinción es útil, sobre todo, para distinguir el Derecho de los usos y costumbres, mientras que, en cambio, hace difícil trazar la línea de demarcación entre Derecho y moral. Los preceptos de esta última son a veces considerados imperativos y a veces consejos; en Kant, se llega al vuelco de la distinción, considerando que sólo son imperativos los morales, mientras las normas jurídicas se ven solamente como juicios hipotéticos - si ocurre "A", entonces ocurre "B" -. Pero la variedad de posibles mandatos hipotetizables en concreto y la dificultad de determinar uno que sea específicamente jurídico, ha inducido a buscar en otro el elemento característico del Derecho.

6.1.2. LA TEORÍA DE LA SOCIALIDAD

Desde los orígenes de la filosofía del Derecho, se ha dicho que la

socialidad es la característica de las normas jurídicas: esta concepción fue considerada particularmente útil para distinguir al Derecho que regula relaciones internas subjetivas, de la moral, en la que las acciones se dirigen o a uno mismo, o a Dios. Desde la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles, hasta Kant a través del iusnaturalismo cristiano y racionalista, el criterio de la socialidad, aún cuando vago, ha ayudado a trazar un confín entre Derecho y moral. Considera la revolución de las relaciones entre individuos concurrentes dentro de la sociedad como elemento característico del Derecho.

6.1.3. LA TEORÍA DE LA FINALIDAD

Para esta teoría no se puede llamar jurídica a cualquier acción intersubjetiva: La atención de los filósofos del Derecho se traslada de la socialidad a la finalidad de la acción y considera jurídica solamente a aquella que persigue el bien común. Con esto, el problema queda solamente trasladado, puesto que hace falta ver qué es y por quién viene determinado el bien común. Toda la polémica se centra aquí en presentar como dato objetivo ese bien común, que, en cambio, es un juicio de valor impuesto a toda la sociedad, a través del ordenamiento jurídico, por quien tiene el poder. Según esta teoría, el Derecho es aquel sistema normativo que realiza un determinado ideal de bien común.

6.1.4. LA TEORÍA DE LA SOBERANÍA

Al definir al Derecho en función del sujeto del que deriva, la teoría estatalista, directamente ligada al Estado, afirma que sólo son Derecho las normas emanadas del poder soberano. Una variante todavía más pragmática de esta corriente la formula la escuela realista americana y la escuela alemana del Derecho libre: Es Derecho aquel mandato del soberano hecho valer por los tribunales, dejando a los jueces la libertad para encontrar la norma a aplicar

incluso fuera de las normas jurídicas vigentes.

La definición del Derecho como emanación del poder soberano fue pensada en función del Estado laico y centralizado de tipo europeo. Pero actualmente, esta teoría no responde ya ni siquiera a la realidad europea.

6.1.5. LA TEORÍA DE LA SANCION

La teoría que define al Derecho en términos que describen claramente su función en el mundo actual - para muchos autores -, es aquella que ve en la sanción externa y organizada el elemento característico de la norma jurídica. La sanción a la que se refiere esta teoría no es, pues, una reacción cualquiera contra un comportamiento desviante, sino un múltiple conjunto de coacciones. El Derecho queda así delimitado tanto respecto de la moral, cuyas normas tienen solamente una sanción interna.

Definir al Derecho en función a la sanción externa y organizada, sólo capta de lleno la esencia omnívota y represiva que en algún momento tuvo el Estado contemporáneo.

6.2. PRINCIPALES TENDENCIAS A SABER

Puede decirse, que en general, algunos autores niegan que tanto la coercibilidad como la coacción tengan la calidad de elementos esenciales del Derecho. Estas tendencias se caracterizan principalmente por las siguientes tesis:

a) La coacción no es esencial al Derecho porque es un medio para efectivizar la sanción, y como ésta - la sanción - no es esencial para que la norma sea jurídica, resulta que la coacción no es esencial a la normatividad jurídica;

b) Lo esencial al Derecho son los fines valiosos que con él se persiguen.

La coacción es uno entre otros medios para conseguir el cumplimiento de las normas y, por ende, de los fines que con ellas se tratan de lograr. Cuando no hay resistencia en el cumplimiento, no hay razón para emplear la coacción.

c) En ocasiones, el Derecho renuncia al ejercicio de la coacción. luego, no todas las normas son coactivas, es decir, existen excepciones, y de ahí que no sea esencial.

Reviste particular importancia el análisis de las tesis referidas, de manera que precisemos sus lineamientos:

a.- Los juristas que adopten esta postura, empiezan por determinar que es lo que debe entenderse cuando se afirma que el Derecho es coactivo. Nos indican que ello significa que el poder legítimo del Estado, está al mismo tiempo que autorizado, obligado a sancionar con penas las violaciones a la ley y a hacerla cumplir en tales casos de violación. La coacción no es más que un medio del que la autoridad se vale para lograr la observancia exterior de las leyes. Es decir, la coacción es el medio idóneo para lograr la efectivización de la sanción. Ahora bien, "...la sanción es la consecuencia adversa al infractor nacida de su incumplimiento...", y si la coacción es un medio que tiene como función hacer efectiva la sanción, resulta entonces que cuando ésta no existe, no es posible hablar de la existencia de la coacción, de ahí que esta no sea esencial a todas las normas jurídicas, pues no todas las normas jurídicas tienen sanción.

En resumen: las normas jurídicas para el caso de su inobservancia señalan diversas consecuencias jurídicas, entre las que destaca la sanción, por lo que entendiéndose ésta como una de las consecuencias que la norma establece para salvaguardar su observancia, pero no la única. Es de notarse, desde luego, que cuando el Derecho es obedecido no hay tal consecuencia, no hay sanción. "coacción es, por tanto, la aplicación forzada de la sanción", de tal manera

resulta que cuando no hay desobediencia al precepto jurídico, no hay sanción, y por ende, no puede haber coacción jurídica.

b.- En este sentido, se señala que en atención al fin específico y fundamental del Derecho de conservar la paz en sociedad, es necesaria la obediencia, que de no obtenerse voluntariamente, debe hacerse valer si es preciso empleando la coacción. Lo importante en la norma jurídica es el fin que con la misma se persigue, eso es lo esencial del ordenamiento jurídico, las metas a alcanzar, y, después subsidiariamente vienen a establecerse los medios conducentes a lograr el cumplimiento del Derecho. De tal suerte, que el actuar del individuo con desarreglo a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico, no significa otra cosa más que dicha actividad es antisocial y contraria a los intereses de la comunidad, puesto que disloca el normal curso de las relaciones entre los hombres, y si el orden jurídico prevé lo conducente para su resguardo y cumplimiento, por medios adecuados al efecto, uno de los cuales y más significativos es sin duda la coacción.

c.- Atendiendo a esta tesis, los autores señalan que: si se responde afirmativamente, - como hacen Kelsen, Recaséns Siches, etc. - se tiene que concluir que cualquier norma que no pueda ser hecha cumplir por medio de la fuerza física pública, ni tenga prevista una sanción de la misma índole para el caso de su violación, no es genuina norma de Derecho, puesto que le falta la nota esencial de la coacción.

6.2.1. AUTORES QUE CONSIDERAN ESENCIAL LA COACCION AL DERECHO

Correspondió a Christian Thomasius, teólogo protestante, establecer en su obra: "Fundamenta juris naturae et gentium", la tesis de separar irreductiblemente el orden jurídico y el orden moral.

La actitud de Thomasius se justifica parcialmente, si se toma en cuenta su

actitud de teólogo reformista que vive la preocupación de fundar la libertad de libre examen y la libertad interpretativa de la Sagrada Biblia lo que lo conduce, a su vez, a la conclusión de que la moral es absolutamente individual, incoercible, mientras que el Derecho es por esencia, coercible.

La tesis de Thomasius, lanzada a principios del siglo XVIII, la hace suya, con un gran aparato científico, Immanuel Kant, y apoyándose en ella empieza a hablar de las notas diferenciales que caracterizan al Derecho y a la moral... heteronomía y autonomía, exterioridad e interioridad, bilateralidad y unilateralidad, coercibilidad e incoercibilidad. Sin embargo, la idea preponderante en Thomasius se puede formular muy lacónicamente: la coacción es parte esencial del Derecho.

En épocas mucho más recientes, Von Ihering acentúa aun más el carácter esencial de la coacción en el Derecho señalando que "el Derecho es el conjunto de normas coercitivas y coactivas vigentes en un Estado". El dogma se afianzaba y muchos juristas del mundo durante largas décadas creyeron a pie juntillas la afirmación sostenida por la escuela clásica.

En época más reciente, Hans Kelsen ha llevado a sus últimas conclusiones los postulados de Kant y de Thomasius al sostener que "si el Derecho es un orden jurídico, cada norma es coactiva, su esencia es coactiva". Los sostenedores de esta postura se han manifestado en diversidad de formas, veamos:

Stahl: "La necesidad del cumplimiento de la ley es esencial al Derecho. La coacción es el elemento diferencial entre la moral y el Derecho" (39).

Ihering: "Un precepto jurídico sin sanción es una contradicción en sí misma; sería como una luz que no alumbrá. Por consiguiente, la

coacción jurídica es el elemento integrante y esencial del Derecho" (40).

Heltendorff: "Donde no exista la garantía de la coacción nunca puede hablarse de Derecho" (41).

Lasson: "El Derecho está formado por la ley armada de la coacción" (42).

Stammler: "El Derecho pretende mantenerse sobre los individuos formalmente como precepto coactivo y válido, con el querer de los súbditos, sin el querer o contra el querer de los mismos" (43).

Edward Jenks: "La idea o concepto del Derecho siempre incluye la unión de dos ideas o conceptos simples, el de orden y el de coacción" (44).

Kant: "El Derecho y la capacidad de obligar significan la misma cosa" (45).

Walter Bruckhardt: "La coacción no es meramente un elemento fortuito que puede ser añadido al Derecho perfecto; es un elemento lógicamente inseparable de la norma jurídica" (46).

Henry Levy-Ullman: "El Derecho no es la única idea que se expresa en términos de preceptos y reglas de conducta. Están la moral, la religión, la costumbre, etc.. El criterio más estable, el único soberano entre todos, es el que deriva de sanciones. Entre todas las ideas precedentes el Derecho es la única que incluye la fuerza como sanción; esta es la verdadera característica específica que distingue la idea del Derecho" (47).

José Manuel Terán: "Se define la ciencia del Derecho cuando se establece la coacción. En consecuencia, el Derecho es definible como aquel contenido normativo que tiene como dato esencial la coacción" (48).

En resumen: ha quedado demostrado cómo la ciencia jurídica cuenta figuras

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Ibid.

43 Ibid.

44 L. RECASENS SICHES: Tratado General.... p. 101.

45 J. R. CABANILLAS: op. cit., p. 131.

46 Ibid., p. 102.

47 Ibid.

48 JUAN MANUEL TERAN: Filosofía del Derecho: 8a. ed., Porrúa, México, 1980, p.

preeminentes en torno a esta postura, pero no menos cierto es que grandes pensadores no hayan sido citados en este apartado - Francois Geny, Baudry-Lacantinerie, Zacharias, Aubry y Rau, Julien Bonnecase, Julis Binder, etc. - sea, porque ocuparán su lugar mas adelante - o hayan sido citados -, o sea porque enumerar a todos ellos sería un trabajo interminable, pero no con ello se deja de considerar su importancia en la investigación del tema que nos ocupa.

6.2.2. AUTORES QUE NO CONSIDERAN ESENCIAL LA COACCION DEL DERECHO.

Acercas de la negación de la esencialidad de la coacción a las normas jurídicas se han manifestado diversos autores. Abordaremos el estudio de esas opiniones:

Santi Romano: "Es evidente como la teoría exclusivamente normativa de la ciencia jurídica está en decadencia" (49).

Oscar Morineau: "No se deriva la afirmación de que la sanción dote al Derecho de validez; por el contrario, la validez del deber hace que su incumplimiento implique necesariamente el nacimiento de la sanción" (50).

Fritz Schereir: "La coacción es siempre una fuerza, es decir, un hecho que se manifiesta en forma causal y no puede, por ende, encontrar un sitio en el ámbito del Derecho" (51).

Trendelenburg: "Sería erróneo considerar el elemento coactivo como parte esencial del concepto del Derecho. El carácter coactivo del Derecho no puede ser parte constitutivo de su definición" (52).

Bierling: "Los factores coactivos del Derecho se pueden manifestar en la ley por medio de la conminación de la pena, por medio de la amenaza del castigo; pero aun en estos casos es insostenible que la coacción represente una nota esencial del Derecho" (53).

49 SANTI ROMANO: El Ordenamiento jurídico (trad. por Sebastian Martín-Retortillo y Lorenza Martín-Retortillo); Editorial Instituto de estudios Políticos, España, 1963, p. 198.

50 E. GARCIA MAYNEZ: op. cit., 7a. ed., p. 208.

51 Ibid.

52 J. R. CABANILLAS: op. cit., p. 130.

53 Ibid.

Thon: "Que la coacción jurídica no forma parte integral ni esencial del concepto del Derecho" (54).

Lisaker: "La doctrina que sostiene que la coacción sea elemento esencial del concepto del Derecho, es una difícil de sostener. La doctrina dominante es precisamente la contraria. La coacción no es esencial al Derecho" (55).

Victor Cathrein: "Que no entra la coacción en la definición del Derecho, no es algo esencial a él, no es un elemento constitutivo, sino, a lo más, una propiedad concomitante en conexión con la naturaleza y misión del Derecho" (56).

Jorge Hüner Gallo: "Parece evidente que la coacción o compulsión física que constringe al cumplimiento de la ley, no es una nota esencial, intrínseca, de lo jurídico, sino un elemento externo requerido habitualmente sólo para asegurar su eficacia, no en razón de la ley misma - que de suyo ya es completa sin aquel -sino de la imperfección de los sujetos regidos" (57).

6.2.3. TESIS QUE NIEGA LA ESENCIALIDAD DE LA COACCION AL DERECHO

Un estudio detallado acerca de la tesis que nos ocupa, por una parte, se nos ofrece en el sentido de considerar de que si el Derecho tiene como fin y como objeto a la coacción, ésta sera algo que se le asocia desde fuera y viene en su ayuda, pero nunca su elemento esencial; ya que debemos atender al fin del Derecho - inspirada en la teoría de la finalidad -, ya que la coacción es una propiedad concomitante que presupone ya el Derecho, por lo que no es de la esencia del mismo. Asimismo, es infundada la idea de algunos autores al considerar que separando la coacción del Derecho, ya no se distinguiría este de otros órdenes normativos - moral y reglas del trato social -, puesto que la diferencia se halla en el fin al que orienta cada tipo de regla o norma. Por otra parte, se sostiene que la coacción no es un elemento "constitutivo", sino

54 Ibid.

55 Ibid.

56 VICTOR CATHREIN: Filosofía del Derecho; 6a. ed., Editorial Reus, España, 1950, p. 82.

57 JORGE HÜNER GALLO: Introducción a la Teoría de la Norma y la Teoría de la Institución; editorial Jurídica de Chile, Chile, 1951, pp. 107-108.

"consecutivo" del Derecho. "Por ello cabe la existencia de un Derecho válido que no sea efectivamente coactivo, por no existir poder alguno que pueda ejercer la coacción, por ejemplo; el Derecho internacional". Además, que el hecho de la coacción no suprime en momento alguno el carácter esencialmente moral del Derecho -aunque el Derecho no prescribe la intención, sin embargo, prescribe el acto externo a que se contrae en su regulación, como obligatorio en conciencia. La norma jurídica sigue siendo moralmente obligatoria, aún cuando sea cumplida por la fuerza, constituye un deber moral incluso la aceptación de la coacción -.

También se sostiene que la coacción - tomando su significado en sentido amplio -, es un elemento común a todos los instrumentos de control social. No observar una "regla" de la cortesía, puede tener como consecuencia la reprobación, la crítica o la interrupción de las relaciones sociales. Las violaciones de las normas morales pueden comportar sanciones para el individuo. En el caso de una violación del Derecho pueden seguirse pérdida de Derechos, imposición de compensaciones pecuniarias, penas u otras consecuencias. El miedo a esas consecuencias desagradables ejerce una fuerte influencia en la observancia de los ordenamientos de conducta social, y cabe afirmar que en ese sentido la "coacción", es un factor poderoso en la aplicación de todas las normas o reglas sociales, aunque la especie y los grados de coacción puedan ser muy variados.

Por último, se afirma que la coacción, aunque generalmente se encuentra en las normas jurídicas no es absolutamente necesaria para la existencia de estas; y, aún cuando la coacción pueda considerarse como el medio más práctico para imponer el cumplimiento del Derecho es imposible ver en ella la esencia de las relaciones jurídicas; tendríamos que arribar a las siguientes absurdas afirmaciones:

- 1.- Que el Derecho sólo obliga a los súbditos y a los subordinados, en tanto que las personas más elevadas del Estado están fuera y por encima de él;
- 2.- Que el Derecho internacional carece de carácter jurídico;
- 3.- Que una norma deja de ser jurídica cuando es de imposible ejecución forzosa.

6.2.4. TESIS QUE NIEGA LA ESENCIALIDAD DE LA COERCIBILIDAD AL DERECHO

Por lo que se refiere a la coercibilidad, gran número de juristas sostienen que tal característica de las normas de Derecho, no es una cualidad de índole esencial. El orden jurídico, es jurídico, sin necesidad de que para entenderlo como tal, sea necesario pensar o incluir en su definición la idea de la coercibilidad. La coercibilidad se entiende en función del orden jurídico, no a la inversa.

Radbruch, afirma que la coercibilidad es una consecuencia normal del orden jurídico, más no una nota consubstancial del Derecho (58).

Por su parte, el maestro Rafael Preciado Hernández sostiene que la coercibilidad es una nota "propia" del Derecho, o sea, una cualidad que deriva de su esencia. Y que en cuanto que "propiedad" del Derecho, la coercibilidad es una nota que conviene a todas las normas jurídicas y que les conviene siempre.

Se define lo propio: "como idea de una cualidad que deriva necesariamente de la esencia de un ser. Conviene a una especie entera, a esta especie solamente y le conviene siempre". De manera que la ausencia de un elemento propio, no ocasiona que el ser pierda su individualidad, pero de presentarse le

58 Cfr. GUSTAV RADBRUCH: Introducción a la Filosofía del Derecho (trad. por Wenceslao Roces); 3a. ed., Fondo de cultura Económica, México, 1965, p. 57.

conviene siempre, y a su especie solamente, aplicando estas ideas al Derecho, diremos que la sanción coercitiva, de presentarse, le conviene siempre y solamente a las normas jurídicas; pero su falta no priva a esas normas de su carácter jurídico. Así, la coercibilidad es una propiedad de lo jurídico, es decir, no atribuye la nota de propiedad a la sanción coactiva, sino a la coercibilidad, que consiste en la posibilidad de ejercer la coacción.

Asimismo señala que: "Es fácil distinguir en la norma jurídica su función directiva y su función coercitiva. La norma prescribe, ante todo, lo que es preciso hacer para alcanzar un determinado fin - no se olvida que toda norma es una regla y que la esencia de la regla estriba en una ordenación de medios a fines - así podemos decir que la norma jurídica tiene una función directiva. Dirección - que dada la naturaleza del fin a que atienden es indispensable imponer - en caso necesario - por medio de la fuerza. La función coercitiva es consecuencia de la función directiva y no a la inversa, de manera que una norma jurídica puede carecer de sanción coercitiva y no por esto pierde su carácter de norma; en cambio resulta un absurdo algo impensable, una norma jurídica que no implique una dirección para alcanzar un fin determinado. En otras palabras; de la naturaleza del fin deriva como una propiedad el carácter de coercibilidad dado que: "el orden que postula un ordenamiento jurídico es de carácter externo, social, real, no puramente teórico o ideal; tampoco puede quedar supeditado su cumplimiento a la espontánea voluntad de los particulares", de donde se concluye que debe existir un órgano que asegure el cumplimiento de la conducta prescrita por las normas, a través de medidas inclusive coercitivas, para así cumplir con el logro del propio fin. Sin embargo - explica -, que las normas que carecen de coerción son coercibles, es decir, la coercibilidad es, en el fondo, la exigencia racional de una posible coerción; de manera que, aún en el supuesto de que no haya coerción actual o ésta resulte ineficaz, no por

eso la norma correspondiente carece de coercibilidad y puede una norma no tener sanción coercitiva, y contar sin embargo con otro tipo de sanción -nulidad o rescisión-.

La tesis de Preciado Hernández parte del fin del orden jurídico que requiere ser realizado, considerando que de este fin deriva como propiedad el carácter coercible en las normas jurídicas. Esta tesis ha sido encuadrada por algunos autores, dentro de aquellas elaboraciones doctrinarias que atribuyen al Derecho la "tendencia a la coerción", considerando que se quiere significar lo anterior al proponer a la coercibilidad como una nota propia del Derecho (59).

6.2.5. TESIS QUE AFIRMA LA ESENCIALIDAD DE LA COACCION A LA LEY, NO AL DERECHO

El enunciado de esta tesis nos sugiere considerar esta temática a una dimensión diferente entre las proposiciones enumeradas. Aunque se perciba la diferencia esencial entre ellas, nos da la pauta hacia un nuevo horizonte. Esta teoría no está construida en los anteriores términos de considerar a la esencial o no la coacción al Derecho, sino a la ley.

Esta distinción no significa solamente un contenido de especulaciones relativas, sino importantes matizaciones plasmadas mediante un lenguaje sucinto y claro. Así esta tesis por demás interesante es presentada por el catedrático de nuestra alma mater, licenciado Antonio Múñez Ochoa, la cual resumiré en base al tema que nos ocupa en los siguientes términos:

En el curso de las diversas corrientes filosóficas, estas, directa o indirectamente han tratado de llegar a la esencia del Derecho y de la ley, pero en busca de su explicación han tratado de forma indistinta al Derecho y a la

59 R. PRECIADO HERNANDEZ: op. cit., pp. 123-125.

ley, dando testimonio de que no existe consenso entre los diferentes autores y corrientes filosóficas a este respecto.

Sin embargo, el problema se puede resolver si se establece con precisión, -la diferencia existente - y se afirma que existe-, entre Derecho y ley.

El Derecho es el conjunto de condiciones necesarias para la realización del hombre en su vinculación comunitaria.

La ley es el ordenamiento que obliga en virtud del poder de quien la emite (60).

En virtud de estas dos definiciones, este autor evoca la idea de un Derecho totalizador, único, que no admite distinciones - Derecho natural o Derecho positivo - e inmanente a la existencia del propio hombre. La justicia, el bien común, la seguridad, son consecuencia de la realización del Derecho, no su fin; éste consiste en la realización integral del hombre, por tanto, la positividad, la vigencia, la coercitividad son elementos esenciales de la ley, no del Derecho.

En la medida en la que una ley ayude a la realización de esa vida, en esa medida tendrá una razón de ser paralela a la del Derecho; en la medida en la que obstaculice la realización de esa vida, en esa medida, su existencia será cada vez más divergente del Derecho.

El hombre es un ser capaz de conocer la verdad (dicho sea también como ejemplo), y a quienes le niegan esa calidad, sólo hay que preguntarle que si conocen que el hombre no es capaz de conocer... Entonces, todo lo que ayude al hombre a conocer la verdad, a vivir la verdad, es Derecho; lo que induzca al hombre a vivir en el error y en el engaño, jamás podrá ser Derecho, por muy legislado y promulgado que esté.

El Derecho se está descubriendo continuamente, con el conocimiento cada vez mayor que el hombre tiene de sí mismo. El Derecho es como una recta asíntota, a la cual se le puede acercar o alejar indefinidamente una curva, que sería la ley, pero que nunca llegará a tocar a la recta. Así, la ley puede acercarse o alejarse

60 A. MUNEZ OCHOA: op. cit., pp. 279-280.

infinitamente del Derecho, pero nunca llegarán a confundirse, puesto que nunca se tendrá un conocimiento pleno del hombre.

El fin del Derecho siempre es el mismo, y se desprende de la definición dada; por el contrario, el fin de la ley no siempre es realizar el Derecho o acercarse a él. A pesar de que continuamente se diga que las leyes se crean para vivir en el Derecho, y se ha dicho tanto que el positivismo jurídico llega a confundir el Derecho con la ley, la historia, vieja maestra de la vida, ha enseñado al mundo lo absurdo de esta confusión, como el ya célebre ejemplo de "Incitatus", el caballo nombrado "cónsul" por el emperador "Calígula" (61).

La historia ha enseñado que la ley obedece en ocasiones a otros aspectos y no al fin del Derecho, que es la realización integral del hombre, aunque haya cumplido perfectamente todo el proceso previsto para su creación. Pero el choque de egoísmos del hombre hace necesaria la ley.

El hombre no posee una racionalidad completa o pura, sino que está ligada a su animalidad, porque de lo contrario, viviría en el Derecho y saldría sobrando la ley. En cuanto a la coacción, ésta es la fuerza o violencia que se hace a una persona para que diga o haga alguna cosa. De manera que ésta es un elemento esencial de la ley, no del Derecho, siendo perfectamente aplicables las afirmaciones en favor de que la coacción es parte esencial, lo mismo a la ley como al Derecho. Porque para que exista una coacción, ésta debe estar prevista en una ley; sólo son perfectas las leyes que contienen una sanción para la conducta contraria, ya sea en forma individual cada una de ellas, o todo el sistema en general.

Contempla además, que el Derecho es indiscutiblemente racional, el cual permite la realización de un ser también racional, por ende, por esencia, no puede ser coercitivo, puesto que la coacción llega hasta el punto de la fuerza para la obtención de una conducta deseada, y esto no es compatible con la

61 Ibid., pp. 280-281.

racionalidad del hombre; pero sí es esencial a la ley, porque ésta se nutre no sólo de la racionalidad del hombre, sino también de sus egoísmos, ambiciones, de su animalidad (62).

6.2.6. TESIS PROPUESTA A LA SOLUCION DEL PROBLEMA

El que fuera ilustre catedrático de la Escuela Libre de Derecho, Don Genaro María González, presenta dos tesis que para refutar a la teoría kelseniana ha elaborado en los siguientes términos:

Tesis Primera: "Todo Derecho es coactivo, pero sólo en sentido potencial".

En esta tesis pretendemos probar que la noción del Derecho produce necesariamente el concepto de coacción jurídica, pero no en sentido esencial, sino en sentido potencial.

Para prevenir malas interpretaciones, conviene advertir ya desde ahora que la cantidad o extensión del sujeto de la tesis -todo Derecho - es universal, sólo con la universalidad de los dialectos acostumbran llamar de orden moral. Hemos creído hacer necesaria esta salvedad, porque existen Derechos que a pesar de ser verdaderos y estrictos Derechos, no se puede afirmar que sean coactivos, en la significación que acabamos de dar a tal término. Nos referimos, por ejemplo, al Derecho que tiene todo hombre para que nadie juzgue de él temerariamente, sin fundamento sólido y bastante para ello.

Hecha esta salvedad, pasemos a demostrar la tesis:

El Derecho se encamina, por razón de su naturaleza, a asegurar la obtención de la justicia, y dentro de ella, el ejercicio legítimo de la libertad e independencia de los individuos, de las familias y de las varias asociaciones infraestatales que actúan en el seno de la comunidad política.

Ahora bien, considerando el modo de obrar de los hombres, especialmente de aquellos que tienen cifrada su confianza en la superioridad de los medios materiales y físicos, el respeto de los Derechos ajenos no se vería suficientemente garantizado sin el poder para emplear razonable y suficientemente la fuerza física para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones.

Luego de la noción del Derecho fluye necesariamente el concepto de coacción jurídica, pero no en forma esencial.

¿Puede sostenerse que la coacción jurídica es parte esencial del Derecho, a la manera como el cuerpo y el alma son partes esenciales del ser humano?

La filosofía del Derecho ha buscado ya nueva respuesta a la cuestión. Puede decirse que se inició, con tal replanteamiento, una rebelión de los juristas, contra el dogmatismo jurídico que señalaba a la coacción como elemento esencial del Derecho.

Tesis Segunda: "La coacción jurídica en sentido activo no constituye parte esencial del Derecho".

Para exponer esta tesis es conveniente desenvolverla en dos argumentos:

Primer argumento.- El Derecho implica un poder esencialmente moral, no meramente físico. En virtud de su misma esencia el Derecho se distingue del poder físico y material.

Ahora bien, si la inviolabilidad, elemento esencial del Derecho, se hiciera consistir en la potencia física y material actual - *hit et nunc* - para hacer conocer y respetar el Derecho, la misión del Derecho vendría a confundirse lastimosamente con la noción de un poder meramente físico y material.

Es necesario sostener que el Derecho es verdadero y estricto Derecho aun cuando eventualmente no se halle respaldado por ninguna coacción que pueda ser ejercida, aquí y ahora por los poderes públicos o por los particulares.

El poder, la coacción, cuyo ejercicio y esencia dependen de algo físico y material, puede y debe llamarse, con toda razón, poder puramente físico y material.

Aceptar que la coacción es elemento esencial del Derecho equivale a introducir conceptos físicos y materiales en algo que - como el Derecho - por esencia no es ni físico ni material. El Derecho se nos transformaría de poder moral en un poder de fuerza.

Segundo argumento.- Dos ejemplos serán suficientes para ver el absurdo que implica la tesis kantiana-kelseniana:

Supongamos que un transeúnte pacífico es sorprendido por unos asaltantes, quienes lo despojan de todas sus pertenencias porque no le es posible - aquí y ahora - defenderse por medio del recurso de la fuerza, ni mucho menos aplicar sanción alguna.

Supongamos también que una nación no puede, por determinadas circunstancias defender su soberanía e independencia y expular a un invasor, si la coacción fuera elemento esencial del Derecho, tal nación no tendría en estricto sentido, Derecho a su libertad.

Tanto en el primer caso, como en el segundo, llegaríamos a monstruosas y antijurídicas conclusiones.

A este absurdo, desembocaríamos en caso de adoptar la tesis que impugnamos.

No hace falta ser estudiante de Derecho para resistirnos a proclamar el principio bárbaro, inverosímil y retardatario de que el Derecho requiere esencialmente la coacción (63).

**CAPITULO VII: TESIS PERSONAL QUE NIEGA LA ESENCIALIDAD
DE LA COACCION EN EL DERECHO**

7.1. INTRODUCCION

La investigación del presente estudio, tiene como referencia un punto muy concreto relacionado íntimamente con el pensamiento kelseniano como ya se ha observado: la coacción como elemento esencial del Derecho y sus normas jurídicas. Sin embargo, creemos conveniente establecer, por lo menos, que la coacción es tan sólo un requisito, más no un elemento esencial del Derecho y de sus normas jurídicas, pues de lo contrario podría acusárenos de estar trabajando esta tesis personal con un entequeia o sobre una suposición gratuita.

He elegido para este capítulo en mi intento de demostración, apogándome a un método expositivo, que adopta la forma de un "tesis" o proposición cuyo alcance se aclara debidamente y cuyo contenido se demuestra en forma silogística.

Las partes esenciales de esta "tesis" son cuatro:

a) El enunciado, proposición o tesis en sentido estricto (donde se expresa la afirmación o negación que se pretende demostrar);

b) La aclaración de términos (que tiene por objeto evitar de antemano las vanas disputas terminológicas o cuestiones de voce);

c) La exposición de "sentencias" o adversarios (donde se refieren brevemente las teorías u opiniones contrarias - en este caso exclusivamente la teoría kelseniana - a lo que se sostiene en la tesis);

d) La parte más importante de la tesis: la demostración.

Hechas estas breves aclaraciones, pasemos al desarrollo de esta "tesis" personal sobre la negación de la coacción como elemento esencial del Derecho.

7.2. PROPOSICION

"La coacción no es un elemento esencial para la

existencia del Derecho y de sus normas jurídicas tan sólo es un requisito deseable, en ciertos casos, que pide o requiere el propio Derecho y sus normas jurídicas para la realización del hombre en su vinculación comunitaria".

7.2.1. ACLARACION DE TERMINOS

1. Esencia: por elementos esenciales entendemos aquellos que integran un ser, faltando uno de los cuales, no sería precisamente lo que es, sino otra cosa.

2. Coacción: en sentido propio - coacción física -, es la imposición de una acción exterior mediante el empleo de la violencia, acción enteramente sometida a la necesidad externa y que, por lo tanto, no es libre. Sin embargo, en orden de asegurar el bien común, la autoridad del Estado tiene facultad para utilizar la fuerza física contra los transgresores contumaces del Derecho: coacción jurídica.

3. Derecho: es la disciplina del saber que se avoca al conocimiento del sistema de normas, las cuales pueden ser violadas o cumplidas por el hombre, estando encaminadas por la vía de la justicia aceptada por los mismos, para su realización en su vinculación comunitaria.

4. Derecho Positivo: es el conjunto de normas emanadas formalmente de la voluntad del legislador, que regulan la vida social del hombre para la obtención de los fines esenciales de la sociedad. En cuanto a las principales características de las normas de Derecho positivo - entre otras -, la coercibilidad se presenta en ellas dentro del mismo orden de Derecho positivo, pues generalmente están provistas de sanción coactiva, es decir, la autoridad

competente puede hacer uso de la coacción física para imponer su cumplimiento o sancionar su violación.

5. Normas jurídicas: su existencia deriva necesariamente de un proceso de elaboración preestablecido en la ley suprema. Técnica específica de creación que las distingue de otras normas o reglas, y que se manifiestan no sólo en forma imperativa, sino también enunciativa (ya ordenando, prohibiendo, regulando, o simplemente facultando).

6. Requisito: mucho se usa esta palabra con cierta impropiedad no siempre es requisito lo que toca a una cosa o acto, o a sus elementos esenciales o constitutivos; es requisito lo que se pide, o se requiere (de ahí también requerimiento). Por eso suele haber requisitos absurdos o ilógicos, que ni la razón ni la justicia justifican.

7.2.2. ADVERSARIO

Hans Kelsen, máximo exponente y representante de esta tendencia afirma que la esencia del Derecho la constituye únicamente su especial forma normativa: "si el Derecho es un orden jurídico, cada norma es coactiva, su esencia es ser coactiva".

En el pensamiento kelseniano todas las normas de un orden jurídico son normas coactivas, es decir, normas que estipulan sancione. El Derecho se define como un orden creado por hombres con el objeto de regular la conducta humana dentro de una sociedad por medio de sanciones coactivas. La existencia de dichas sanciones permite distinguir el Derecho de la moral cuyas normas no contienen sanciones del tipo mencionado, sino sólo las consecuencias e reproche o desestimación para los casos de inobservancia de las normas que establece la moral. Así, las normas jurídicas se refieren al único Derecho existente, que es el positivo, tocando en consideración que la positividad del Derecho radica

en la eficacia de su representación psíquica, lo que hace que el orden jurídico no necesite de ulterior fundamentación. Al Derecho sólo le incumbe regular el ejercicio de la coacción, únicamente le corresponde tipificar las conductas para la debida ordenación de la convivencia humana.

7.2.3. DEMOSTRACION

- Existe el Derecho y sus normas jurídicas sin la necesidad de la coacción para la realización del hombre en su vinculación comunitaria.

- La coacción es tan sólo un requisito que pide o requiere, en ciertos casos, el Derecho y sus normas jurídicas sin la necesidad de la coacción.

A la mayor: es evidente en sí misma, por la definición que dimos del Derecho.

A la menor:

1. Si la coacción se presentara indubitablemente como elemento esencial para la existencia del Derecho y sus normas jurídicas, bastaría tan sólo que faltar esa condición o remitirnos a la fundamentación de la primera norma - jurídico-positiva-hipotética -, para entender la completa carencia de valor como todas las hipótesis que no se comprueban en algún grado.

2. La coacción es tan sólo un requisito y no necesariamente es requisito lo que toca a una cosa en sus elementos esenciales: el Derecho pide o requiere en sus normas jurídicas a la coacción, pero sólo en los casos o situaciones en que éste lo determina. El Derecho no puede estar subordinado a la coacción, al contrario, la coacción está subordinada al Derecho y a sus normas jurídicas. Por ejemplo: en el campo del Derecho penal es sumamente deseable que sus normas jurídicas establezcan una coacción, en caso de incumplimiento, es un requisito que pide el propio Derecho, pero aún faltando ésta seguirá siendo Derecho sin perder tal carácter y sus normas seguirán perteneciendo al orden jurídico: en

cambio, en el campo del Derecho constitucional, el Derecho y sus normas no requieren de pedir la intervención de la coacción para poseer tal carácter ante los ojos del mundo jurídico.

3. Kelsen preconiza una teoría del Derecho constituida únicamente por su especial forma normativa, como único y exclusivo conocimiento jurídico. Si bien es cierto que Hans Kelsen pertenece a un momento histórico social que determina su pensamiento jurídico, no por ello, se justifica su criterio el cual permite distinguir al Derecho de los demás ordenamientos normativos de dimensión eminentemente humana.

4. Refutamos categóricamente el pensamiento kelseniano al considerar al Derecho positivo como el único existente y a sus normas jurídicas con la implícita característica de la coacción como elemento esencial de existencia, ya que el reducir a la ciencia del Derecho a esos conceptos equivale a mutilarla, deshumanizarla, a deshonrar al Derecho cuyo contenido y panorama es más amplio y excelso que la limitativa de la teoría kelseniana.

5. No podemos afirmar - como lo hace Kelsen - que la ciencia del Derecho sea puramente normativa, ya que ésta estudia todas las formas que pueda revestir el Derecho: normativas y extranormativas.

6. Por lo tanto, el Derecho y sus normas jurídicas, existen sin la necesidad de la coacción que, en tanto, sólo es un requisito deseable para el Derecho sus normas jurídicas y únicamente cuando éste la requiera pero nunca su razón de ser, su elemento esencial que le da existencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA

Entendemos por esencia del Derecho, el conjunto de caracteres que hacen ser el Derecho y que lo diferencian de otros ordenamientos normativos:

SEGUNDA

Si la coacción no es esencial al Derecho. El Derecho es Derecho sin la necesidad de este elemento:

TERCERA

El Derecho tiene tan alta calidad ontológica que no requiere de la coacción ni de la coercibilidad como elemento esencial, al suprimirlas no menguamos ni un ápice, la calidad ontológica del Derecho, a la inversa, lo concebimos y sabemos más vigoroso que como lo supuso Thomasius, más humano de lo que lo supuso Kant e inclusive más puro que como lo exige Kelsen:

CUARTA

La coercibilidad presupone siempre una posibilidad de coacción, en tanto la coacción es el acto mismo de constreñir:

QUINTA

Los conceptos de validez, eficacia, facticidad y sanción, son términos distintos que tienen su significado propio, por lo cual, no cabe confundirlos. Cada uno de ellos denota algo específico dentro de lo que respecta a la aplicación del Derecho:

SEXTA

Definimos al Derecho de la siguiente manera: "Derecho es la disciplina del saber que se avoca al conocimiento del sistema de normas, las cuales pueden ser violadas o cumplidas por el hombre, estando encaminadas por la vía de la justicia aceptada por los mismos, para su realización en su vinculación comunitaria";

SEPTIMA

Aceptamos al concepto del Derecho natural clásico, dado por Gayo, quien lo definió como: "El que la razón natural ha establecido en todos los hombres";

OCTAVA

Por su parte, definimos al Derecho positivo como: "El sistema de normas sociales formalmente creadas o reconocidas por la autoridad pública competente que se ordenan esencialmente a la realización de la justicia y paz social, condiciones indispensables para la consecución del bien común, fin esencial de la sociedad";

NOVENA

Nos oponemos rotundamente a la separación tajante entre Derecho natural y Derecho positivo, ya que forman un círculo ideal, por supuesto, en el que la armonía es perfecta:

DECIMA

En cuanto a las corrientes jurídicas que afirman la esencialidad de la coacción y las que niegan dicha característica, cierto es, que la ciencia jurídica cuenta figuras preeminentes en torno a las dos posturas. Afirmamos que estas tesis en nada resuelven la cuestión de fondo, ya que únicamente hacen alusión a una terminología distinta de conceptos que han sido erróneamente utilizados. A tal respecto, nos adherimos a la opinión que señala que la discusión suscitada alrededor de este carácter del Derecho da origen a equívocos, que se hacen posibles en virtud de la superficialidad de las determinaciones que han sido dadas del concepto de coacción jurídica. Es así como los términos más usuales son, los de coercitividad - Keisen -, coercibilidad - Del Vecchio -, imposición inexorable - Recasens Siches -, autarquía - Stammier -, coacción - Dabin -, etc.;

DECIMA PRIMERA

Reafirmamos que la coacción, coercibilidad, imposición inexorable, coercitividad, etc. - o cualesquiera que sea la sutileza terminológica que se haya dado -, no resuelven de fondo el problema en cuestión. La discusión sólo procede de una falsa inteligencia de los términos:

DECIMA SEGUNDA

Estamos de acuerdo con los autores que niegan que tanto la coercibilidad como la coacción tengan la calidad de elementos esenciales del Derecho, ya que no representan sino medios tendientes a asegurar en la medida de lo posible y en los casos de rebeldía, el cumplimiento de los deberes y de las sanciones jurídicas:

DECIMA TERCERA

No compartimos la tesis sostenida por Kelsen, la cual sostiene que la sanción coercitiva es el único criterio que permite distinguir al Derecho de los demás ordenamientos normativos. En efecto, hay otros criterios de distinción de las ordenes que regulan la vida social humana, el consistente en el fin a cuya consecución tales ordenes tienen, o su especial forma de creación, etc.:

DECIMA CUARTA

Negamos la concepción kelseniana que considera que el Derecho es Derecho y no otra cosa, no por virtud de una u otra finalidad concreta, por su mejor adecuación a una idea ético-política, sino solamente por su especial forma normativa que está basada en la coacción:

DECIMA QUINTA

La teoría kelseniana, a semejanza de los imperativos categóricos de Kant, considera que si no se cumple la hipótesis inmediata, se cae en un absurdo, por ejemplo: no mataras, hipótesis: que exista vida. Derecho coercitivo, hipótesis:

la coacción. Es decir, si no hay coacción, no hay Derecho:

DECIMA SEXTA

Por lo tanto, podemos afirmar que el Derecho positivo de Kelsen, se reduce a un conjunto de normas jurídicas de coacción siempre escritas en sentido negativo, por ejemplo: el que priva de la vida a otro será sancionado con "x" años, o el que incumpla un contrato de compra-venta tendrá "x" sanción. Esto es debido a que las normas jurídicas para Kelsen tienen que llevar implícitas una sanción para que sean verdaderas normas de Derecho:

DECIMA SEPTIMA

La inconsistencia del sistema de Kelsen radica principalmente en las exigencias de superación de su teoría antimetafísica, de su negación de la metafísica con las secuelas de su formalismo, de su relativismo y de su panteísmo, incapaces de ofrecer una doctrina suficiente y completa en su triple aspecto: moral, jurídico y político:

DECIMA OCTAVA

Afirmamos que las normas de Derecho positivo individualmente consideradas, no tienen como nota esencial a la coacción, ésta es solamente una cualidad normal y sumamente deseable, pero no siempre posible; y respecto del Derecho positivo considerado en su conjunto, como un todo unitario y sistemático, la coacción es una característica que, sin formar parte de la esencia, se deriva necesariamente de ella:

DECIMA NOVENA

Por último, consideramos: "Que la coacción no es un elemento esencial para la existencia de Derecho y de sus normas jurídicas, tan sólo es un requisito deseable, en ciertos casos, que pide o requiere el propio Derecho y sus normas jurídicas para la realización del hombre en su vinculación comunitaria".

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION CONSULTADA:

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal: 57a. ed., Miguel Ángel Porrúa, Editor, México, 1989.
 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: 77a. ed., Porrúa, México, 1986.

PUBLICACIONES PERIODICAS CONSULTADAS:

Revista de la Escuela de Derecho: Universidad Anáhuac, México, Año 1, No. 1, Verano 1982.

OBRAS CONSULTADAS:

- AFTALION R., ENRIQUE: Introducción al Derecho; 6a. ed., El Ateneo, Argentina, 1960.
 BADENES GASSET, RAMON: Metodología del Derecho; Bosch, España, 1959.
 BIELSA, RAFAEL: Metodología Jurídica; Castellvi, Argentina, 1961.
 BRUGGER, WALTER: Diccionario de Filosofía (trad. por José María Cantarell); 9a. ed., Herder, España, 1978.
 BODENHEIMER, EDGAR: Jurisprudencia (trad. por Vicente Herrero); 7a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1981.
 CABANILLAS, JOSE RAFAEL: Apuntes de Filosofía del Derecho; Imprenta del Departamento del Cauca, Colombia, 1935.
 CASTAN TOBERAS, JOSE: Las Diversas Escuelas Jurídicas y El Concepto del Derecho; Reus, España, 1947.
 CATHREIN, VICTOR: Filosofía del Derecho (trad. por Alberto Jardón y César Borja); 6a. ed., Reus, España, 1950.
 COING, HELMUT: El sentido del Derecho (trad. por Robert S. Hartman y José Luis González); 1a. ed., Centro de Estudios Filosóficos, México, 1959.
 DABIN, JEAN: Teoría General del Derecho; 1a. ed., España, 1955.
 DEL VECCHIO, GIORGIO: Filosofía del Derecho; 6a. ed., Bosch, España, 1953.
 Supuestos, Conceptos, Principios del Derecho (trad. por Cristóbal Masso Escofet); Bosch, España, 1962.
 DIAZ ARCINIEGA, ESTHER: La Coercitividad Jurídica; 1a. ed., Porrúa, México, 1964.
 DU PASQUIER, CLAUDE: Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica (trad. por Juan Bautista de Lavalley y Julio Ayasta); 1a. ed., Gil, Perú, 1944.
 EBENSTEIN, WILLIAM: La Teoría Pura del Derecho; 1a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1947.
 FELLEMEIER, JAKOB: Compendio de Sociología Católica; 2a. ed., Herder, España, 1962.
 GARCIA MAYNEZ, EDUARDO: La Definición del Derecho; 2a. ed., Stylo, México, 1948.
 Introducción al Estudio del Derecho; 36a. ed., Porrúa, México, 1984.

- GENTILE, GIOVANNI:** Los Fundamentos de la Filosofía del Derecho (trad. por Ernesto Campolongo); Losada, Argentina, 1944.
- GOLDSCHMIDT, WEBER:** Introducción al Derecho; 2a. ed., Aguilar, Argentina, 1962.
- GONZALEZ MARIA, GENARO:** Apuntes de Introducción al Derecho; Escuela Libre de Derecho, México, 1980.
- GUTIERREZ, JOSE CARLOS:** Lecciones de Filosofía del Derecho; 1a. ed., Tridente, España, 1972.
- HAMJE MEDINA, JAVIER EMILIO:** Questiones Acerca de la Coerción Jurídica; U.N.A.M., México, 1967.
- HANS, Kelsen:** Teoría General del Derecho y el Estado; 2a. ed., Stylo, México, 1945.
Introducción a la Teoría Pura del Derecho (trad. por Dr. Emilio O. Rabasa); Impresiones Modernas, México, 1960.
- HART, H.L.A.:** El Concepto de Derecho (trad. por Genaro R. Carrió); 2a. ed., Nacional, México, 1980.
- HUBER, EUGEN:** El Derecho y su Realización (trad. por Herta Grima); Imprenta Clásica Española, España, 1927.
- HUBNER GALLO, JORGE:** Introducción a la Teoría de la Norma Jurídica y la Teoría de la Institución; Editorial Jurídica, Chile, 1951.
- JACKSON M., W.:** Diccionario Lexico Hispano; 11a. ed., Editorial Inc., México, 1983.
- KANT, IMMANUEL:** Principios Metafísicos del Derecho; Cajica, México, 1962.
- LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS:** Introducción a la Ciencia del Derecho; 1a. ed., Bosch, España, 1943.
Filosofía del Derecho; 2a. ed., Bosch, España, 1961.
- LOERA MORENO, SERVANDO:** Apuntes de Filosofía del Derecho; Universidad Anshuac, México, 1986.
- LOSANO G., MARIO:** Los Grandes Sistemas Jurídicos (trad. por Alfonso Ruiz Miguel); Editorial Debate, España, 1982.
- LUNO PENA, ENRIQUE:** Historia de la Filosofía del Derecho; 2a. ed., La Hormiga de Oro, España, 1955.
- MAYER ERNST, MAX:** Filosofía del Derecho (trad. por Luis Legaz y Lacambra) 2a. ed., Labor, España, 1937.
- MIRAGLIA, LUIS:** Filosofía del Derecho; Biblioteca Central de la U.N.A.M., México, 1967.
- OLIVERONA, KARL:** El Derecho como Hecho; 1a. ed., Editorial Roque De Palma, Argentina, 1959.
- PATTARO, ENRICO:** Elementos para una Teoría del Derecho (trad. por Ignacio Ara Pinilla); 1a. ed., Editorial Debate, España, 1986.
- PETIT, EUGENE:** Tratado Elemental de Derecho romano; 9a. ed., Editorial Nacional, México, 1980.
- PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL:** Lecciones de Filosofía del Derecho; 2a. ed., Textos Universitarios U.N.A.M., México, 1984.
- RECASENS SICHES, LUIS:** Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX; 1a. ed., Porrúa, México, 1963.
Tratado General de Filosofía del Derecho; 7a. ed., Porrúa, México, 1981.
- ROQUIN, ERNESTO:** Las Reglas Jurídicas (trad. por José María Navarro de Palencia); 1a. ed., Editorial La España Moderna, España, 1978.
- RUIZ-GIMENEZ CORTES, JOAQUIN:** Introducción a la Filosofía Jurídica; 2a. ed., Ediciones y Publicaciones Españolas, España, 1960.
- SALINAS QUIROGA, GENARO:** La Nuevas Rutas del Derecho; Editorial Consejo de Cultura, Mexico, 1942.

- SANTI ROMANO:** El Ordenamiento Jurídico (trad. por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martínez-Retortillo); Editorial Instituto de Estudios Políticos, España, 1953.
- SERRANO MIGALLON, FRANCISCO:** La Determinación de la Justicia: Impresiones Modernas, México, 1969.
- SPINOZA:** Tratado Teleológico-Político; Biblioteca Económica Filosófica, España, 1969.
- STAMMLER, RUDOLF:** Modernas Teorías del Derecho y del Estado (trad. por Dr. Faustino Bailue); 2a. ed., Ediciones Botas, México, 1955.
- TERAN, JUAN MANUEL:** Filosofía del Derecho; 8a. ed., Porrúa, México, 1980.
- TORRE, ABELARDO:** Introducción al Derecho; 3a. ed., Perrot, Argentina, 1956.
- TORRES MORALES, GUADALUPE:** La Coacción Jurídica; Biblioteca Central de la U.N.A.M., México, 1960.
- URRUTI DE LOS RIOS, FERNANDO:** Estudios Jurídicos; 1a. ed., Editorial Jurídica Europa-América, Argentina, 1959.
- VALLADO BERRON, FAUSTO:** Teoría General del Derecho; 1a. ed., Textos Universitarios U.N.A.M., México, 1972.
- VASCONCELOS AGUILAR, MARIO:** El Fin Específico del Derecho; Biblioteca Central de la U.N.A.M., México, 1959.
- VERDROSS, ALFRED:** La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental (trad. por Mario de la Cueva); 1a. ed., Dirección General de Publicaciones U.N.A.M., México, 1962.
- VILLAGOMEZ YEPEZ, JORGE:** Introducción a la Filosofía del Derecho; 1a. ed., Impreso por la Universidad de Quito, Ecuador, 1946.
- VILLORO TORANZO, MIGUEL:** Lecciones de Filosofía del Derecho; 1a. ed., Porrúa, México, 1973.
- VINOGRADOFF, PAUL:** Introducción al Derecho; 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1957.
- VON IHERING, RUDOLF:** El Fin del Derecho (trad. por Diego Abad de Santillán); 1a. ed., Cajica, México, 1961.