

j) *El derecho — limitación del mismo por la coacción*

La definición viable del derecho dice: derecho es el conjunto de las normas de coacción que tienen validez en un Estado, y en mi opinión acierta perfectamente. Los dos elementos que incluye son el de la norma y el de la realización de la misma por la coacción. Sólo aquellas normas establecidas por la sociedad que tienen tras sí la coacción estatal, merecen el nombre de derecho, pues, como hemos visto, sólo el Estado posee el monopolio de la coacción, con lo cual se ha dicho *implicite*, que sólo son normas de derecho las investidas por el Estado con ese efecto o que *el Estado es la única fuente del derecho*.

El derecho de autolegislación (autonomía) en los propios asuntos, que efectivamente han ejercido algunas

otras asociaciones fuera del Estado, no está por ello en contradicción, pues tiene su razón jurídica en la autorización expresa o en la tolerancia implícita por parte del Estado, no existe por sí mismo, sino por derivación del Estado. Esto se aplica también a la iglesia cristiana. Si su propia constitución es otra, y si el Estado medieval la ha reconocido, si a través de un milenio el *jus canonicus* fue fuente independiente del derecho, para la ciencia actual, si se persuade de que esa constitución es inconciliable con la esencia del Estado y del derecho, puede ser tan poco decisiva como la doctrina de la iglesia sobre el movimiento del sol en torno a la tierra para la astronomía actual.

Pero en tanto que la iglesia sin auxilio del poder exterior del Estado, mediante la palanca moral del sentimiento religioso, puede realizar los mandamientos que dirige a sus miembros, se puede decir que esas normas, aunque carentes de la coacción externa y por eso sin el carácter de normas de derecho, sin embargo prácticamente ejercen la función de principios jurídicos. Pero si luego se quiere llamar derecho a esas normas, se puede hacer lo mismo también en cualquier otra asociación, incluso en una asociación prohibida por el Estado; se podría entonces hablar incluso de un derecho dentro de una banda de bandoleros. El jurista que no quiere perder todo terreno firme bajo los pies, en tales casos no puede hablar de derecho, para él no hay otro criterio del derecho que el reconocimiento y la realización del mismo por la violencia del Estado. El buen pedagogo puede ser capaz de suplantar el látigo por el efecto moral, por el elogio y la censura, pero no se transforma por eso, sin embargo, en un látigo. Si el reconocimiento general y la observancia efectiva de ciertas normas de la acción humana bastasen para imprimirles el sello del derecho, con cuyo punto de vista se ha intentado recientemente acudir en ayuda del derecho de la iglesia, la moral y las costumbres merecerían también ese nombre, pues no les falta tampoco el reconocimiento general ni la observancia, y toda la diferencia entre derecho, moral, costumbre sería abolida así. La coacción aplicada por el Estado en la

ejecución constituye el criterio absoluto del derecho, una norma jurídica sin coacción jurídica es una contradicción en sí, un fuego que no arde, una luz que no ilumina (*). Si esa coacción es ejecutada por el juez (juez en lo civil o en lo penal) o por la autoridad administrativa, es indiferente. Todas las normas que son realizadas de ese modo, son derecho, todas las otras, incluso si son observadas rigurosamente en la vida práctica, no son derecho; derecho son tan solo cuando se agrega al elemento externo la coacción estatal.

Contra la interpretación aquí expuesta, sin embargo, hay una objeción, hecha a menudo, y que parece encajar en sí su plena inconsistencia. El criterio de la organización de la coacción para el fin de la realización del derecho fracasa ciertamente en el derecho internacional y en otra parte: el derecho público, al menos en la medida en que dentro de la monarquía absoluta o constitucional se trata de los deberes del monarca — la observación de los límites que la constitución aplica al soberano, y el cumplimiento de los deberes que le impone, no son asegurados por la coacción.

¿Cómo se comporta la teoría del derecho frente a esos hechos?

Puede proceder por un triple camino.

(*) Sin embargo, uno de nuestros juristas más afamados no ha retrocedido ante esa idea monstruosa de un principio de derecho sin coacción jurídica. Puchta (*Pandekten* § 11, nota g) opina: si la legislación eleva el derecho consuetudinario como fuente de derecho, esto sólo tiene el resultado de "privar al mismo de su efecto sobre el juez"; continúa existiendo, según su opinión, el derecho, sólo que el juez no lo aplica. Igualmente se podría decir: si el fuego es apagado por el agua, sigue sin embargo siendo fuego, sólo que no quema. Para el fuego el quemar no es menos esencial que para el derecho la imposición de su observancia por el juez. Lo que indujo a Puchta a error fue la posibilidad discutida más arriba de la observancia voluntaria de normas dentro de un cierto círculo; si bastase eso para investir la norma con el carácter de un principio de derecho, tendrían que ser principios de derecho también las normas de una asociación prohibida.

El primero consiste en rehusar enteramente, en el derecho internacional y en aquellas prescripciones del derecho público, justamente a causa de esa falta de obligatoriedad asegurada, el carácter de principios de derecho y en reconocerles sólo el de mandamientos y compromisos morales. Este camino ha sido seguido en realidad por algunos, pero en mi opinión esa manera de ver es enteramente errónea. No sólo está en contradicción con el uso del lenguaje, que adscribe aquellas normas coincidentemente en todos los pueblos al derecho, sino que desconoce también su esencia, que el uso del lenguaje ha señalado aquí de modo perfectamente justo. Todas aquellas normas promueven la misma exigencia de observancia ineludible que las otras normas de derecho, y su desprecio es considerado, como el de las últimas, *lesión del derecho*, no sólo como acción *inmoral*. Esta interpretación se mantiene en la reacción efectiva contra ella por medio de la guerra y de la insurrección — las formas de la acción directa pública y jurídica, que toma aquí en sus manos por falta de protección jurídica la observancia del derecho, como hizo en los tiempos primitivos a causa de la misma falta con relación al derecho privado. Para el carácter jurídico del derecho internacional gravita también la circunstancia que los acuerdos internacionales no raramente son puestos como garantía de terceras potencias no participantes, lo que no tendría absolutamente ningún sentido para los compromisos morales, así como es traspasada no raramente al fallo arbitral de una tercera potencia la decisión de disputas internacionales — pero un juez, también un juez arbitral, supone una causa de derecho y un derecho según el cual debe decidir. El carácter jurídico del derecho internacional tanto como las prescripciones relativas a los monarcas en la constitución, no pueden ser objeto de duda.

Mientras esta manera de ver, para salvar el elemento de la coacción para el concepto del derecho, rehusa enteramente a aquellas normas el carácter de principios de derecho, una segunda, para mantenerlas, suprime el factor de la exigibilidad para el concepto del derecho;

aquella sacrifica el elemento del derecho, ésta el de la coacción. A donde conduce esto, lo hemos mostrado más arriba. El signo característico de la distinción de las normas de derecho con respecto a las de la moral y las costumbres es abandonado así, bajo el amplio punto de vista de las normas generalmente reconocidas y efectivamente observadas, que se aplica a todas ellas; se fusionan las tres en una masa indistinta, en una amalgama blanda.

El tercer camino, que juzgo el único acertado, consiste en atenerse a la coacción como exigencia esencial del derecho, pero en asociación con el conocimiento de que se oponen obstáculos que no se pueden superar a la organización del mismo en aquellas dos relaciones. La organización de la coacción no puede marchar aquí al unísono con la norma de derecho, la última contiene conceptualmente la misma forma y promueve prácticamente la misma exigencia de observancia ineludible que en todas partes, pero la coacción queda detrás de la norma, se ve cuando quiere entrar en actividad para la realización práctica de la misma, a merced de la forma imperfecta que tiene originariamente, pero que en todas partes, por otro lado, ha dejado el puesto a la forma perfecta y sólo aquí se ha mantenido: la de la violencia irregular, inorganizada. Pero justamente en ella: la justicia directa de los pueblos para el fin de la afirmación de sus derechos se mantiene la cohesión de ambos factores: el interior de la norma y el exterior de la coacción, y el que no se disponga conmigo a hacer datar la existencia del derecho también de la época vivida alguna vez por todos los pueblos de la justicia directa y del derecho del puño (*), no vacilará tampoco en el modo como tiene que juzgar los fenómenos anteriores. Hay casos en los que el derecho no puede establecer la organización de la coacción a la que aspira por otra parte. Para el derecho internacional, la misma presupondría la formación de una instancia superior a la de los pueblos diversos,

(*) Respecto del más antiguo derecho romano ha sido establecido por mí en *Geist des römischen Rechts*, vol. I, § 11.

que habría de tener tanto el poder como la buena voluntad para ejecutar sus fallos en caso necesario con la fuerza de las armas. Imagínese la cosa, para convencerse de la irrealizabilidad entera de la idea. ¿Qué Estados habrían de ser investidos con ese cargo que los convierte en jueces del mundo? Ya en eso fracasaría la institución. ¿Y qué ocurriría cuando los jueces mismos entrasen en conflicto entre ellos? ¿Dónde quedaría toda la violencia central? Se disolvería en sí misma. No ocurre de otro modo en el derecho público. El más alto detentador del poder, que puede obligar a todos los otros detentadores que están bajo él, no puede tener a su vez a otro poder sobre sí, que le obligue. En algún punto en la máquina estatal de la coacción tiene que terminar la condición de estar obligado y quedar solamente la condición de obligar (*), así como en algún otro punto, al contrario, debe cesar la condición de obligar y quedar simplemente la de ser obligado. En todos los otros órganos del poder estatal coincide el ser obligado y el obligar; reciben sus impulsos de arriba y se continúan hacia abajo, lo mismo que en un mecanismo de relojería, en el que un resorte impulsa al otro. Pero el reloj no se puede dar cuerda a sí mismo, para ello requiere la mano del hombre. Esa mano en la constitución monárquica es el soberano, éste pone en movimiento todo el mecanismo; es la única persona en el Estado que obliga sin ser a su vez obligado. Se puede tratar de limitar todo lo que se quiera por la constitución, *negativamente*, su poder (firma y responsabilidad de los ministros, juramento de la constitución por los servidores del Estado, etc.) y *positivamente* por medio de la garantía moral del juramento constitucional de tratar de asegurar por él la observancia

(*) Ha sido reconocido justamente por los romanos prácticos. Contra los detentadores de la violencia estatal: los magistrados, no permitían, mientras estaban en el cargo, ninguna coacción judicial. Gell. XIII 12: *neque vocari, neque, si venire nollet, capi atque prendi salva ipsius magistratus majestate posse*. 1.2 de *in jus voc.* (2.4) *In jus vocari non oportet... magistratus, qui imperium habent, qui coercere aliquem possunt et jubere in carcerem duci.*

de las leyes, una coacción jurídica positiva contra él es una imposibilidad; asume en el Estado la misma posición que el comandante en jefe en la batalla. El último no sería comandante en jefe si tuviese otro poder por encima de él — sobre el punto más alto no hay otros puntos más altos, como no hay otros más bajos por debajo del más bajo.

La inexigibilidad de los deberes de derecho público que caracteriza la posición del monarca, se repite por lo demás también en otras posiciones, por ejemplo en la de los jurados en relación con el deber que se les ha impuesto de juzgar según su convicción. Para la convicción y la conciencia no hay ningún control y por ello tampoco ninguna coacción, la única garantía que puede aplicar el derecho para ese deber, es el juramento. ¿Se puede calificar por esta razón como moral? La institución de los jurados es una institución jurídica y en verdad de primera categoría; la idea fundamental de la misma es el *fin del derecho*, y todas las otras determinaciones que deben intervenir para la realización del mismo, entrañan indudablemente el carácter de principios jurídicos. Según la intención, el punto de vista del deber jurídico se aplica también al compromiso de los jurados, constituye, del mismo modo que en la constitución monárquica el compromiso del monarca, la culminación de toda la institución, el punto más alto a que llega el pensamiento del fin dentro de la misma, pero también aquí queda la coacción a su vez detrás de la idea del derecho, no porque no la quisiera seguir, sino porque no puede seguirla.

Llegamos de ese modo al resultado que hay dentro del orden jurídico puntos en que fracasa la coacción. Cuando no obstante reconocemos el carácter de principios jurídicos, de leyes, a las normas que la legislación ha establecido en relación con ellos, lo hacemos en la doble consideración, por un lado, que la institución entera, de la que forman sólo un pequeño fragmento, es de naturaleza jurídica, y luego que, según la intención de la legislación, pretenden el mismo acatamiento inevitable y la misma validez que en todas las otras normas se realizan por el

camino de la coacción. El monarca que transgriera la constitución, el jurado que condena o absuelve a los acusados contra su mejor saber, obra contra el derecho, no contra la moral; el derecho no puede alcanzarlos a ambos.