

k) *El derecho — el elemento de la norma*

El segundo elemento del concepto del derecho es la norma, que comprende la cara interna del derecho, mientras la coacción contiene la cara externa.

El contenido de la norma es un pensamiento, un principio (principio jurídico), pero un principio es de naturaleza *práctica*, es decir una indicación para la acción humana; la norma es también una regla según la cual hay que dirigir la conducta. Al último concepto pertenecen también las reglas de la gramática. Se distinguen de las normas por el hecho que no se refieren a la acción. Indicaciones para la acción contienen también los principios de la experiencia sobre la institución conveniente de la misma: las máximas. De las últimas se distinguen las normas por el hecho que son de naturaleza *obligatoria* (*). Máximas son indicaciones para la acción libre, su observancia depende del propio arbitrio del que actúa; la de la norma, no, establece para la voluntad ajena una dirección que debe seguir, es decir, toda norma es un *imperativo* (*positivo: mandato; negativo: prohibición*). Un imperativo sólo tiene en los labios aquel sentido que tiene el poder para imponer a una voluntad extraña esa limitación (**); es la voluntad más

(*1) La utilización de la noción del **ligar** para la relación por parte del lenguaje; en alemán **Verbindlichkeit**, en latín **obligatio** (de **ligare**, ligar), el antiguo romano **nexum** (de **nectere**, ligar), **contrahere** (apretar el lazo), **solvere** (desatarlo), **jus** (es decir lo que liga), de la raíz sánscrita **ju**, es decir asociar. Ver mi **Geist des römischen Recht**, 1, pág. 218, 4a. ed.

(**) La noción de imponer expresa lingüísticamente: en latín en **lex** (**leg-ere**, igual a poner); **lex publica**, igual a ley; **lex pri-**

fuerte que prescribe a la voluntad más débil las normas de la acción. El imperativo supone una doble voluntad, se aplica de la persona a la persona — la naturaleza no conoce imperativos. Según que el imperativo sólo prescriba la acción en un caso aislado o un tipo de acción para todos los casos, distinguimos los imperativos *concretos* y los *abstractos*. Los últimos coinciden con la norma. La norma se puede determinar en consecuencia como *imperativo abstracto de la acción humana*.

El orden moral universal conoce tres especies de esos imperativos abstractos: el del derecho, de la moral y de las costumbres. Lo común de los mismos es el fin social, los tres tienen la sociedad como sujeto del fin, no el individuo. En consideración a ese fin los llamo *imperativos sociales*. En las dos últimas especies se lleva a cabo tanto la presentación de los mismos como su realización por la sociedad, en el primero de aquellos regularmente (*), en éstos exclusivamente por el Estado. Los imperativos del derecho se distinguen de los de la moral y las costumbres por el elemento discutido anteriormente de la coacción exterior, por el poder del Estado con su coacción vinculada a él y manejada por él.

Toda coacción presupone dos partes: aquella que obliga, y aquella que la sufre. ¿A cuál de las dos partes se dirige la norma estatal de la coacción? El problema es planteado con referencia especial a las leyes penales por los criminalistas y ha obtenido de ellos una triple res-

vata, es decir imposición en el testamento o los contratos), así como en **imperare** (**endo parare**, es decir imponer, el imperativo se refiere lingüísticamente lo mismo que objetivamente a un **imperium**), en alemán **Auflage**, **Obliegenheit**. Para la condición de dependencia del sometido se sirve el lenguaje alemán del **Horens**, **Horchens**: los **Hörigen**, **gehorsam**, **gehorschen**, lo mismo en latín **obedire** de **audire**. Traducido de personas a cosas: **das Gehören** — la cosa me pertenece.

(*) Modificación por el derecho consuetudinario, en tanto que la validez de los mismos no es excluida por la legislación.

puesta (*): *el pueblo, los jueces, el Estado*. La última opinión tendría por condición previa que alguien podría aplicarse a sí mismo un imperativo, lo cual es inconciliable con el concepto del mismo, que tiene por condición dos voluntades contrapuestas: una más poderosa y otra más débil. La idea que ha dado motivo a eso es el compromiso que compete al Estado y que es reconocido por él de la persecución y castigo del delito, pero la forma de la expresión es errónea.

Se puede uno proponer firmemente hacer algo, y ejecutar su propósito indefectiblemente, pero no se puede aplicar a eso el concepto de imperativo, sin destruirlo — los imperativos contra sí mismos son una *contradictio in adjecto*.

Así quedan el pueblo y los jueces o, en tanto que extendemos nuestro punto de vista a todo el derecho, también el derecho de policía y administrativo, las autoridades del Estado. ¿A quién de ellos dirige el derecho sus imperativos? ¿O son dirigidos quizás a ambos?

Es desde luego evidente que hay imperativos que tienen exclusivamente la mira en las autoridades. Las disposiciones que regulan la organización, la marcha de los negocios y la competencia de las diversas autoridades, no tienen nada que ver con la persona particular, y aun cuando hay entre ellas algunas cuya inobservancia asegura un derecho a una reclamación o recurso, hay sin embargo otras en las que no es así, cuya observancia es asegurada más bien simplemente por el derecho de inspección superior y la ingerencia de las autoridades pertinentes. La coacción estatal para la realización de todas ellas, sea por la legislación o por los imperativos dictados por el poder estatal (leyes, ordenanzas), tiene lugar enteramente en el interior del mecanismo coactivo del Estado; es el trabajo de la máquina en el interior sin ninguna exteriorización de fuerza hacia fuera.

(*) Ver para mayor amplitud en Binding, *Die Normen und ihre Obertretung*, vol. I, pág. 6 y sigte. Leipzig, 1872.

Estas normas puramente internas de coacción, como quiero llamarlas, están frente a las externas, cuya acción se realiza en la persona privada, que debe acatarlas por apelación de otra persona privada o por propia iniciativa de la violencia estatal mediante la amenaza de la coacción o de una pena. Su objetivo práctico lo encuentran, pues, indudablemente, en la persona privada; la última es incitada a la acción correspondiente a la norma o a la abstención. En este sentido podemos también decir: se dirigen al pueblo.

Pero hay indudablemente algunas disposiciones legales que no sólo según la forma, sino también según la cosa (*), no dirigen imperativos a la persona particular, mientras que deben ser aplicadas por los jueces. Como ejemplo menciono: los principios jurídicos que desarrollan conceptos en el derecho civil — las disposiciones sobre la mayoría de edad, — la influencia del error en los asuntos de derecho, — sobre la interpretación de leyes y actos jurídicos, — y en derecho penal, las disposiciones sobre imputabilidad, legítima defensa. ¿Dónde queda la coacción, que debe formar el criterio de todas las normas jurídicas? Estamos aquí, según parece, ante la necesidad de reconocer que hay principios de derecho que no son imperativos, y con eso caducaría nuestra definición entera de la norma de derecho, que la identifica con un imperativo ejercido por el poder del Estado.

Pero el imperativo subsiste también aquí, se afirma en la persona del juez, que debe aplicar todas estas normas. Mayoría y minoría de edad significan para él: trata al mayor de edad diversamente del menor de edad, obliga al primero a cumplir los contratos concertados por él, no al último; error, imputabilidad: abstente de la coacción para el cumplimiento del contrato o de la ejecución de la pena; interpretación: toma las palabras du-

(*) Con esta observación tengo en vista la posibilidad de despojar los imperativos de esta forma por su elevación a conceptos jurídicos. Ver sobre esto mi *Geist des römischen Recht*, vol. 3 § 41.

dosas en este sentido; los principios de derecho que desarrollan conceptos: admite o no la cosa o el delito y haz intervenir en consecuencia la condena y la ejecución de la sentencia, según existan o no los elementos conceptuales.

Con la persona del juez, o, más exactamente, de las autoridades que ejecutan los imperativos estatales, hemos llegado al grado en que el punto de vista de la coacción prueba su verdad absoluta para el derecho, su validez sin excepción. El criterio de todas las normas jurídicas es la realización obligada de las mismas por la autoridad estatal competente, ya sea que la superior obligue a la inferior, que ella misma sea forzada al obligar, que el juez o la autoridad administrativa obligue a la persona particular o que en la monarquía simplemente obligue el monarca sin ser ellos mismos obligados. Considerado desde este punto de vista, todo el derecho se presenta como el sistema de la coacción realizado por el Estado, como el mecanismo de la coacción organizado y manipulado por el poder del Estado. Todas las normas sin excepción se subordinan a este punto de vista, incluso las señaladas antes en relación con los soberanos y los jurados; en ellas fracasa la coacción relativamente a los dos últimos, pero se refieren sin embargo al ejercicio de la misma, por su parte, contra otros.

Si repetimos el interrogante anterior desde este punto de vista de la consideración del Estado y del derecho: ¿a quién se dirigen los imperativos estatales? la respuesta puede ser solamente: a los órganos que tienen por misión la administración de la coacción, desde los monarcas y las más altas cimas de la jerarquía burocrática hasta los agentes más subalternos — todo principio jurídico, todo imperativo estatal se caracteriza por el hecho que algún detentador del poder estatal está encargado de la realización práctica de los mismos. La coacción contra la persona particular, que se vincula a ella, es un criterio inseguro del derecho, de la coacción, que alguna autoridad pública ejerce sea en el interior hacia abajo, sea hacia fuera, un criterio absolutamente seguro, siem-

pre que el imperativo responda a las exigencias que ha establecido la constitución para él.

Todos los imperativos de esta clase, sean de naturaleza concreta o abstracta, son obligatorios jurídicamente para aquellos a quienes se dirigen; se pone en contravención con el derecho el que no los acata. Todos los decretos del poder estatal, en cambio, que se sustraen a esa exigibilidad por sus autoridades, no son imperativos de carácter jurídico, son meras comunicaciones, expresiones de opinión, exhortaciones, deseos, ruegos del poder estatal, incluso cuando aparecen en forma abstracta en la legislación en medio de otras disposiciones legales, como por ejemplo los preceptos de naturaleza religiosa y moral en los códigos del Oriente no son normas jurídicas. No es la circunstancia que el poder del Estado proclame una norma, lo que le da el carácter de norma jurídica, sino simplemente la circunstancia que compromete a sus órganos a la ejecución de la misma por medio de la coacción externa — un código de moral formulado por el Estado o un catecismo, un programa de estudios publicado por una autoridad de examen, una ortografía publicada como no obligatoria por el ministerio de cultos — todo esto no tiene la significación de una norma de derecho. Este nombre sólo puede ser reclamado por aquella norma cuya realización forzosa ha confiado el poder estatal a sus órganos.

Nuestro resultado es por consiguiente: el criterio de una norma de derecho no consiste en su eficacia *externa* respecto del pueblo, sino en su acción *interna* respecto de las autoridades públicas; aquella eficacia queda muy por detrás de ésta, y por tanto no nos equivocaremos al querer reproducir correctamente el concepto de la norma jurídica, al definir la misma según su forma: contiene un imperativo abstracto para los órganos del poder público, y el efecto externo, es decir el acatamiento del mismo por parte del pueblo, tiene que ser calificado simplemente como secundario frente a aquel otro primario desde este punto de vista puramente formal jurídico (no desde el punto de vista teleológico). Todos los imperativos le-

gales sin excepción son dirigidos en primera línea a las autoridades: todo el código civil, el código penal, todas las leyes y ordenanzas financieras, policiales, militares, etc., son meramente reguladoras para el ejercicio del poder público coactivo. Pero en la medida que el último puede ser aplicado *activamente* a la persona privada en pro de sus intereses, o pasivamente contra ella en base a tal acción o sin ella, extienden su eficacia también a ésta: la autorizan y la comprometen o sujetan. En consideración a la finalidad de tales normas se puede decir que se dirigen a la persona particular; la afirmación anterior de que, según su forma, tienden simplemente a los órganos del poder público, no es alterada por ello.

Pero no todos los imperativos del poder público son normas de derecho, tenemos que distinguir más bien entre los *concretos* y los *abstractos*; sólo estos últimos son normas jurídicas. E incluso dentro de los últimos tenemos que hacer una diferencia, que es de la mayor importancia para la realización plena de la idea de derecho en la sociedad. Es la que existe entre la validez obligatoria *unilateral* y *bilateral* de la norma de derecho. La intención del poder público al dictar la norma de derecho puede tender a ligar sólo a aquél a quien es dirigida, pero no a sí mismo, de manera que se reserva el pasar por sobre ella en el caso singular según su apreciación. Pero puede también dictar la norma de derecho con la intención y la seguridad de ligarse él mismo a ella. Tan sólo con esta forma, cuando es observada efectivamente, alcanza el derecho su forma acabada: la seguridad de la realización ineludible de la norma establecida.

La exposición siguiente presentará las tres etapas de la elevación del imperativo estatal a la calidad de forma perfecta de la norma de derecho.