

DISCUSIÓN DE ALGUNAS TEORÍAS RECIENTES SOBRE LA NOCIÓN DE ORDEN JURÍDICO

(2ª Parte) *

3. Tesis de Hans Barth

Deseo referirme, por último, a la tesis sobre la estructura de los órdenes normativos, expuesta por Hans Barth en el capítulo VII de su libro *Die Idee der Ordnung. Beiträge zu einer politischen Philosophie*, Eugen Rentsch Verlag, Erlenbach-Zürich y Stuttgart, 1958. El título es un tanto engañoso, porque de los siete capítulos de la obra sólo el final nos da el resumen de las ideas del autor sobre la noción de orden, en tanto que los seis primeros asumen un carácter predominantemente histórico. Esto vale, sobre todo, para el II, el III, el IV, el V y el VI, cuyos temas, respectivamente, son: "Edmund Burke y la filosofía alemana del Estado de la época romántica"; "Antonio de Rivarol y la Revolución francesa"; "La filosofía política y social de F. de Lamennais"; "Auguste Comte y Joseph de Maistre. El sistema del positivismo como teocracia" y "La idea de sanción en Jeremy Bentham y Pierre Joseph Proudhon".

El VII se intitula "El derecho histórico y el derecho natural y la idea de orden como problema de la filosofía política". La sección 3ª —y última— del capítulo es la consagrada al tema de que hemos venido tratando, y en ella hace el autor el categórico aserto de que el concepto de orden es "el central" de la filosofía del Estado, pues nadie dudará de que todas las estructuras sociales, desde las más pequeñas hasta las mayores, se encuentran ordenadas. "La realización y el cumplimiento de lo que tiene sentido rebasan el marco de lo puramente subjetivo y personal, comprometen al prójimo y lo hacen participante. Y, en la medida en que son formadoras de la comunidad, fundan, necesaria y originariamente, un orden".¹¹¹ Esto puede predicarse no sólo de las corporaciones de derecho privado o público, sino de cualquier grupo instituido para el logro de fines, pues todos ellos adoptan siempre, de acuerdo con sus intereses e intenciones, una estructura ordenadora. Es, por ende, indebido abstraer exclusivamente el concepto de orden de las organizaciones de carácter político. La misma idea de un orden de

* La primera parte apareció en *Diánoia*, 1966, págs. 3-28.

¹¹¹ Barth, *opus cit.*, pág. 213.

la humanidad “parece necesaria en esta época, en que una técnica que por su misma racionalidad es universal, acorta las distancias entre los continentes, intensifica la recíproca necesidad de colaboración económica y, sobre todo, convierte la interdependencia político-ideológica de los pueblos en ley de la conducta”.¹¹²

Lo que Barth se propone esclarecer es si lo que llamamos “orden” tiene o no una estructura peculiar. Es indudable que el concepto no puede aplicarse del mismo modo y con igual sentido a todos los círculos o ámbitos vitales, a la familia o a un grupo de amigos, a las clases y las iglesias, a los Estados o a la humanidad entera. “Lo que nos interesa es responder a la pregunta de si allí donde un orden se halla vigente, es decir, donde los hombres se dejan determinar en su obrar por el sentido y el fin del mismo, éste revela una estructura específica.”¹¹³ Barth expresa el convencimiento de que todos los órdenes humanos necesariamente están ligados a determinados presupuestos. A su concepto corresponde siempre el de ciertas instituciones, pues si el orden no pudiera disponer de éstas, su vigencia resultaría amenazada. En otras palabras: si un orden persigue tales o cuales propósitos y desea realizarlos, debe estar dotado de los instrumentos que hacen posible tal tarea. “Hay —podría decirse— una *lógica del orden*.”¹¹⁴ A ella pertenecen los instrumentos institucionales que sirven al logro de las miras del sujeto ordenador.

Lo que convierte en unidad a una pluralidad de seres humanos es el orden que la organiza. No hay formaciones sociales que no estén ordenadas. Aun cuando todo orden es violable y en buena medida depende de nuestro albedrío, nunca puede ser arbitrario. Su vigencia está condicionada por el reconocimiento que de él hagan los sometidos a su imperio y, por tanto, no es jamás producto de una necesidad natural. El orden “surge de la naturaleza de las cosas”; pero lo que como tal aparece “es algo que el individuo tiene que convertir en objeto de su rendimiento y de su esfuerzo”. Allí donde el orden debe reinar, éste o el sentido y finalidad que en él hallan expresión y lo condicionan o crean, tienen que adquirir el rango de motivos determinantes de la conducta. En ello consiste —bien vistas las cosas— su vigencia”.¹¹⁵ Si, *a fortiori*, la última se traduce en la *realización* del orden, habrá que reconocer que en todo caso supone “la reflexión y el propósito, la planeación y la espera”. Los órdenes son, pues, obra del hombre. Por eso se le atribuyen, y su autor debe responder de ellos.

En todo orden adviértese el juego de tres elementos, que representan la “lógica” del mismo. En primer lugar, una unidad espiritual, cuyas condicio-

¹¹² *Idem.*

¹¹³ Barth, *opus cit.*, pág. 214.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

nes son el *consenso* y la *lealtad*; en segundo término, *un conjunto de sanciones*, y, por último, la *institución de la instancia*.

Barth define el consenso como adhesión o asentimiento. Pero el asentimiento suele asumir diversas modalidades. "Abarca desde el acuerdo afectivo, la crédula confianza y la decisión voluntaria en que se exteriorizan las fuerzas y peculiaridades del ánimo, hasta la consciente aceptación de los medios técnicos que garantizan el logro de un propósito racionalmente establecido."¹¹⁶ La lealtad, por su parte, significa "una pertenencia espiritual y afectiva a un grupo social, a su sentido y orden, pertenencia que no se transforma cuando la propia interpretación de éste no coincide con la que parece deseable a los restantes miembros del grupo".¹¹⁷

El segundo elemento está formado por un conjunto de sanciones. Al iniciar el estudio del tema, Barth recuerda la definición que nos ofrece el Segundo Libro de las *Instituciones del Corpus juris civilis*,¹¹⁸ lo que revela que tal estudio se contrae al concepto jurídico de sanción. Después de subrayar que *sanción* y *poder* son términos que están en conexión indisoluble, y sostener que las sanciones "representan la tutela del orden",¹¹⁹ insiste en que no debemos entender simplemente por tales las expresamente establecidas por la ley. En un sentido latísimo, "consisten en una más o menos poderosa, más o menos inequívocamente expresada aprobación o censura que la comunidad exterioriza frente al violador".¹²⁰ El término puede, pues, aplicarse a cualquier reacción de los miembros de un grupo capaz de determinar, en lo futuro, la conducta de un hombre en cuanto miembro de una familia, una profesión, una clase, un país o la humanidad entera. Pero lo anterior no agota el concepto. Los móviles más íntimos del obrar pueden también, cuando se exteriorizan de algún modo, fungir como sanciones, y la condenación interior de un acto recae muchas veces sobre quien lo ha ejecutado. En otras palabras, la conciencia desempeña a menudo el papel de una instancia, y se convierte en censor de nuestra conducta o de la ajena.

La unidad espiritual que se manifiesta en el asentimiento y la lealtad, y el sistema sancionador, no agotan la estructura del orden. La unidad de vida de los miembros de éste —seres volentes, dotados de inteligencia y reflexión— debe poder proyectarse en lo exterior y en lo interno, y ser capaz de representar a la totalidad. Ello sólo es posible cuando existe una instancia a la que tal representación se encomienda, cuyas decisiones sean obligatorias y, llegado el momento, resulten inapelables. La instancia tiene también la función de dirimir las contiendas y, como el sistema de reglas que ha de

¹¹⁶ *Opus cit.*, pág. 218.

¹¹⁷ *Opus cit.*, pág. 219.

¹¹⁸ Allí se entiende por sanción aquella parte de la ley que señala el castigo que debe imponerse a quien comete un acto violatorio.

¹¹⁹ Barth, *opus cit.*, pág. 219.

¹²⁰ *Ibíd.*, pág. 220.

aplicar es lagunoso, debe, asimismo, colmar sus lagunas. Pero en cuanto, por otra parte, el sistema normativo es un conjunto de disposiciones *abstractas*, detrás de él debe haber una instancia que, merced a una interpretación adecuada, pueda aplicar esas disposiciones, incluso cuando son defectuosas u omisas.¹²¹ Barth sostiene que semejante interpretación es siempre de carácter personal. “Uno de los conocimientos incontrovertibles de la filosofía del derecho y del Estado es precisamente que la salud de la comunidad se caracteriza por el imperio de la ley. Quien exija, dice Aristóteles en su *Política*, que la razón impere, parece exigir que Dios y la razón reinen, pues la ley es la razón sin apetitos. Quien, además, quiera tener al hombre por amo, que añada también al animal. Pero la idolatría de la ley o, incluso, de la razón sin apetitos, jamás permitirá que se haga a un lado al sujeto que, interpretando y completando las normas, la razón y el orden, los hace practicables.”¹²²

La “lógica del orden” no implica una decisión, en pro o en contra, de determinada institución política. Lo único que Barth pretende exponer es la legalidad estructural del orden jurídico. Insiste, igualmente, en que el problema se presenta sea cual fuere la forma del Estado, y en que sería erróneo creer que cualquiera de los elementos que enumera puede ser descuidado en provecho de los otros o de alguno de ellos. No niega, sin embargo, que ciertos autores atribuyen una importancia decisiva a uno de esos elementos, olvidándose de los otros, o relegándolos a un plano secundario. “Ha habido pensadores políticos que, con peligrosa exclusividad, concentraron su interés en el problema del consenso, como, por ejemplo —para invocar la más famosa e influyente figura de los nuevos tiempos— Juan Jacobo Rousseau. En Jeremías Bentham y Pedro José Proudhon el primer rango se otorga, en cambio, al problema de la sanción. Tomás Hobbes, José de Maistre y Luis Gabriel de Bonald, por su parte, conceden al de la instancia última una preferencia tan absoluta, que podría creerse que el destino de la filosofía política consiste sólo en instituir aquélla”.¹²³

La última pregunta de Barth es: ¿cómo se comporta el Estado, con su pretensión de ser la instancia suprema, frente a otros órdenes que pretenden lo mismo? ¿Hay un interés que permita señalar, de manera definitiva y obligatoria, el orden de los órdenes? El jurista suizo niega que tal criterio exista. Es más: sostiene que no puede existir, porque el ser humano “está expuesto al error, a la ilusión y a la culpa”.¹²⁴ Ni siquiera cuando alguien declara que es la instancia más alta, por corresponderle, en caso de conflicto, la decisión inapelable, cabe siempre asegurar “que intuye la justicia y cono-

¹²¹ *Ibid.*, pág. 222.

¹²² *Idem.*

¹²³ Barth, *opus cit.*, pág. 226.

¹²⁴ *Ibid.*, pág. 236.

ce la verdad".¹²⁵ Quien se sienta dispuesto a inferir de la necesidad de que haya una instancia suprema, la de que tal instancia será siempre justa, tendrá que hacerlo a costa de la autodeterminación del hombre. No hay que olvidar que los órdenes existen porque los seres humanos convierten el sentido de aquéllos en motivo determinante de su obrar. "Por eso, todo orden resulta una hoja de papel cuando no lo sostienen el valor y la fe, la entrega y la sapiencia. Los conflictos, al menos los verdaderamente trágicos, no pueden ser suprimidos. Pero se puede y se debe intentar resolverlos con un *mínimum* de sacrificio humano y un *máximum* de respeto a la conciencia."¹²⁶

I) El anterior resumen claramente revela que los desarrollos de Hans Barth se refieren, de modo exclusivo, a los órdenes humanos de naturaleza normativa y, concretamente, al de la comunidad jurídicamente organizada. Por ello afirma que el concepto de orden es "la noción central" de la filosofía política. En su libro no encontramos referencias a órdenes cósmicos ni, tampoco, a los de índole técnica.

II) La preocupación básica del autor es explicar la estructura de los ordenamientos humanos. Para él, según dijimos, los elementos estructurales de éstos son tres: *a*) la unidad espiritual condicionada por el consenso y la lealtad; *b*) un conjunto de sanciones, y *c*) la institución de la instancia.

¿Puede correctamente sostenerse que la unidad sea elemento estructural de tales ordenamientos? Creemos que no, porque cuando se pregunta por la estructura de uno cualquiera de ellos, se presupone su unidad, y lo que se investiga es cuáles son sus elementos. En otras palabras: se trata de descubrir los integrantes de la misma, por lo que entre las *partes* que la constituyen no puede figurar el *todo* a que pertenecen.

Es cierto que Barth habla de "unidad espiritual", y añade que está condicionada por la lealtad y el consenso. Ello demuestra que alude a dos de los factores condicionantes de la *eficacia* del sistema. Tales factores refiérense a la actitud interna, frente al orden, de las personas sujetas a éste. Decir que hay consenso equivale a sostener que los sometidos no sólo reconocen que el orden existe, sino que se adhieren a él y le conceden *validéz*. El reconocimiento, como escribe Barth, no está únicamente referido a las normas vigentes; también a los medios técnicos que garantizan su aplicación. Pero el hecho de que se reconozca que tales normas son obligatorias presupone, cosa que Barth no destaca, la adhesión a los *finés* del orden y, por ende, a los *valores* que permiten justificarlo y darle sentido.

Los otros dos elementos a que atribuye carácter estructural son, también, factores que condicionan la eficacia de las reglas ordenadoras. La sanción, como él lo declara, además de tener la finalidad de imponer un castigo a los autores de actos violatorios, tiende, sobre todo, a evitar —a través de la

¹²⁵ *Ibid.*, pág. 237.

¹²⁶ *Ibid.*, pág. 238.

representación que los destinatarios se forman de las medidas represivas— la comisión de entuertos futuros. Barth está en lo justo cuando asevera que por sanción no hay que entender simplemente el conjunto de las consecuencias jurídicas que traen consigo los actos contrarios a las normas del orden. Tanto la moralidad positiva como los usos sociales y la opinión pública son formas sancionadoras, cuya mayor o menor eficacia se encuentra temporal y espacialmente condicionada. Por otra parte, de sanciones debe hablarse lo mismo en conexión con los preceptos jurídicos que relativamente a las restantes manifestaciones de lo normativo. Nuestro autor tiene, pues, razón cuando dice que las sanciones existen incluso allí donde resultan visibles los más íntimos resortes de la conducta.

En cuanto a lo que llama “institución de la instancia”, parece igualmente claro que es éste el más directo de los medios destinados a lograr la eficacia de las normas ordenadoras. No sólo porque dentro de los órdenes jurídicos esa institución debe aplicar tales normas a casos concretos, sino, sobre todo, porque dispone siempre de recursos que le permiten imponer coactivamente la observancia. Barth no subraya que tanto las medidas de represión como los procedimientos coactivos han sido previamente señalados por las reglas del orden y, por ende, derivan su existencia del sistema normativo, el cual, por otra parte, no está exclusivamente integrado por preceptos que decretan sanciones. Los tres elementos que, según nuestro autor, condicionan la estructura de los ordenamientos humanos pueden, pues, incluirse —junto con otros que él no menciona— dentro de lo que nosotros llamamos *eficacia del orden*, o sea, dentro del concepto de *sujeción de los objetos ordenables al criterio ordenador y a las reglas que del mismo dimanan*.

En vez de esclarecer la estructura total de los órdenes jurídicos, lo que Barth hace es analizar los factores e instituciones que condicionan la eficacia de aquellas reglas, las cuales forman, en su conjunto, lo que nosotros denominamos *sistema normativo*. Su actitud obedece, sin duda, al propósito de concebir sus objetos de estudio no como conjunto de reglas de comportamiento, sino como *órdenes concretos*, lo que lo lleva a colocar en primer plano el problema de la eficacia de los preceptos que regulan la conducta de los destinatarios. El énfasis que pone en este aspecto debe alabarse sin reservas, porque la concepción de los órdenes normativos como conjuntos de normas es deficiente, por su unilateralidad. Una cosa es el sistema de reglas de ordenación y otra, muy diversa, el orden que surge de los actos aplicadores o impositivos de tales reglas a los casos regulados por ellas. Pero la tesis de Barth también es unilateral, ya que no incluye, entre los elementos de aquellos órdenes, las normas que rigen la conducta de los obligados. Sin duda presupone la existencia de éstas, lo mismo que la de las personas que son objeto de la regulación normativa; pero es indudable que quien se plantea el problema de la estructura de los órdenes, no debe omitir ninguno

de los elementos de naturaleza estructural. La lealtad y el consenso, que Barth estudia con tanta agudeza, sólo pueden entenderse, en efecto, como actitudes psíquicas de los sujetos de la ordenación, y tales actitudes están necesariamente referidas a las normas ordenadoras, lo mismo que al orden en su conjunto y a los fines y valores que el ordinante pretende realizar.

Cosa análoga hay que decir del sistema sancionador, porque las sanciones, como el propio Barth lo admite, son consecuencias condicionadas por actos violatorios de las normas del orden, y presuponen, por tanto, la vigencia de éstas. Además, como ya lo indicamos antes, el sistema normativo no se compone exclusivamente de preceptos sancionadores, ni las sanciones deben reducirse a las susodichas consecuencias, cosa que Barth también acepta.

La tesis de que el consenso y la lealtad son los elementos que condicionan la unidad del orden parece asimismo discutible, porque si tales elementos están *ex definitione* referidos a las normas ordenadoras, el factor unificante deriva en realidad de ellas o, para expresarlo con mayor rigor, de la ley fundamental o norma básica, como de manera tan convincente lo han expuesto Kelsen y sus discípulos. La lealtad y el consenso no bastan para condicionar la unidad de un orden, porque, según lo reconoce el propio Barth, el hombre pertenece a una pluralidad de órdenes, cuyas normas exigen siempre la adhesión de los miembros del grupo. Este pluralismo produce inevitablemente conflictos, tanto entre los órdenes y sus respectivas instancias, como entre las manifestaciones que el reconocimiento y la adhesión asumen en cada caso, relativamente a quienes se hallan sujetos a estructuras ordenadoras diversas. La persona que forma parte de varias no puede siempre conciliar los deberes de lealtad que tal pertenencia origina, especialmente cuando las correspondientes prescripciones se oponen entre sí. Barth es, a no dudarlo, consciente de este problema, puesto que afirma que el consenso y la lealtad tienen ciertos límites, impuestos por la conciencia individual.

Lo anterior indica que al descubrimiento de los elementos estructurales de todo orden normativo sólo puede llegarse si se parte del análisis del concepto de *ordenación*. Semejante análisis descubre: 1º) que cuando se habla de actividad ordenadora ésta necesariamente recae sobre un conjunto de *objetos*, es decir, sobre el material ordenable; 2º) que la ordenación no puede ser arbitraria o caprichosa, sino que ha de hallarse, para ser verdaderamente tal, sujeta a un *criterio ordenador* y a las *reglas* que del mismo procedan; 3º) que el orden concebido por el ordinante no queda *realizado* con el simple establecimiento de los principios ordenadores, sino que su *realización* exige la *sujeción*, a tales principios, de los objetos del orden o, en otras palabras, la *eficacia* de las reglas ordenadoras, cuya aplicación y, a veces, imposición coactiva, tiene que ser encomendada a órganos *ad hoc*; 4º) que la aplicación de las susodichas reglas condiciona el surgimiento de una tupida red de *relaciones*, tanto de los objetos ordenados entre sí, cuanto de éstos con

las reglas ordenadoras; y 5^o) que el orden concreto o real condicionado por la eficacia de esas reglas sólo adquiere sentido y se justifica a la luz de las *finalidades* y *valores* que merced a tal eficacia son realizados por el ordinante.

Los factores que Barth califica de estructurales quedan, pues, comprendidos dentro del tercero de los elementos que acabamos de enumerar, esto es, bajo el concepto de eficacia. Pues tanto el consenso y la lealtad como el complejo de sanciones y la institución de la instancia se relacionan con las normas del orden, y tienen que ver: *a*) con el cumplimiento espontáneo (o voluntario, pero no espontáneo) de dichas normas; *b*) con los procedimientos empleados para aplicarlas a casos concretos, incluso de manera coactiva; *c*) con la institución y funcionamiento de los órganos aplicadores.

Lo que Barth denomina institución de la instancia no debe, en consecuencia, referirse exclusivamente al o a los aplicadores de las normas; ha de extenderse, también, a los encargados de formularlas y, en el caso del derecho, a la institución estatal en su conjunto. En lo que al orden jurídico atañe hay que distinguir con cuidado, tanto desde el punto de vista formal como desde el material, no sólo las funciones orgánicas, sino los diversos órganos. En cuanto a la distinción básica entre actos de formulación y de aplicación (*lato sensu*) de las reglas del orden, conviene tener presente que no sólo vale para el derecho o, en general, para los órdenes normativos, ya que también es válida para los de índole técnica. Respecto a los *factores* que condicionan la eficacia de los órdenes humanos, cabría establecer una diferencia entre los que dependen de los sometidos al orden y los creados *ad hoc* por el ordinante o por los órganos que éste instituye con el mismo fin. En lo que atañe a la organización estatal, por último, más que de un conjunto de sanciones convendría hablar de las *medidas jurídicas* (represivas o premiales) cuyo objeto consiste en dar eficacia al sistema normativo, y de toda la gama de factores no jurídicos que, directa o indirectamente, sirven al mismo propósito.

4. Consideraciones finales

A fin de dar mayor precisión a las ideas expuestas, volvamos a la *definición general de orden* que nos sirvió de punto de partida en el artículo que hace dos años publicamos en esta misma revista.¹²⁷ Si por orden entendemos el sometimiento de un conjunto de objetos a una regla o a un sistema de reglas cuya aplicación hace surgir, entre dichos objetos, las relaciones que permiten realizar las finalidades del ordinante, parece indispensable establecer, en lo que al derecho respecta: *a*) cuáles son los *objetos* de la ordenación; *b*) cuál el sistema *normativo*; *c*) cómo se logra la *eficacia* de éste; *d*) qué

¹²⁷ *Diánoia*, 1965, págs. 3-26.

relaciones derivan de la aplicación de las normas del sistema; e) qué tipo de finalidades persigue el ordinante y f) quién es el sujeto ordenador.

a) La respuesta a la primera de estas preguntas revela que el orden jurídico no se refiere a cosas, como ocurre, por ejemplo, con el orden de un museo o de un archivo, sino a la conducta de las personas. Las reglas que integran su sistema normativo regulan determinados aspectos del comportamiento humano y, por consiguiente, objeto de su regulación son los destinatarios de dichas reglas o, en otras palabras, los titulares de los derechos que esas reglas conceden o los pasibles de los deberes que imponen. El orden jurídico es, pues, no sólo por la índole del sistema de ordenación, sino por la naturaleza de sus destinatarios, de carácter no cósico, o personal. Y como, en la órbita jurídica, las reglas ordenadoras no señalan medios para el logro de fines, sino que hacen depender, de la realización de sus supuestos, el nacimiento de facultades y deberes, el orden a que pertenecen debe incluirse en la clase de los normativos, y no en la de los de índole técnica.¹²⁸

Decir que el derecho, como orden concreto, deriva de la subordinación del comportamiento a las reglas que constituyen su sistema ordenador, naturalmente no basta para distinguirlo de otros órdenes que, como la moral o los convencionalismos, hacen del sometimiento de los destinatarios a sus correspondientes sistemas de normas, el medio que permite realizar las finalidades de esos órdenes. Por ello afirmamos antes que las normas jurídicas regulan "determinados" aspectos de la conducta humana. Además, el "modo" en que la regulan difiere también del que es característico de los imperativos éticos y, en general, de otros sistemas normativos. En conexión con el primero de los dos puntos conviene recordar, de acuerdo con lo dicho en anteriores trabajos,¹²⁹ que los "aspectos" de la conducta regulados por el derecho son casi siempre "externos". Esto significa, en primer lugar, que sus normas sólo atribuyen consecuencias a los comportamientos que pueden ser directa o indirectamente comprobados partiendo de datos sensorialmente perceptibles. A veces se trata de manifestaciones exteriores del acto o la omisión regulados por esas normas, como cuando éstos se producen en presencia de quienes deben establecer su existencia; otras veces se parte de resultados o indicios del condicionante de las consecuencias de derecho; otras, por último, de declaraciones del autor o de testigos de la omisión o el acto. Fenómenos puramente internos, no susceptibles de semejante prueba, quedan fuera del ámbito de la regulación jurídica, por lo cual, si por un momento suponemos que el legislador tratase de regularlos, la regulación resultaría completamente ineficaz.

¹²⁸ Sobre la distinción entre órdenes normativos y órdenes técnicos véase lo expuesto en mi artículo "Notas para una teoría del orden", en *Diánoia*, 1965, 9, págs. 13 ss.

¹²⁹ Cfr. E. García Máynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, cap. II, 10 y *La definición del Derecho*, 2ª ed. Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, México, 1960, cap. v, b), págs. 117 ss.

Éste sería el caso de una ley que, sin exigir de los supuestos obligados ninguna declaración acerca de sus convicciones religiosas, ni acto alguno relacionado con ellas, les prohibiese creer en Dios. La *exterioridad* de la regulación jurídica significa, por otra parte, que las normas que la constituyen o, expresado con mayor rigor, los deberes que esas normas imponen, quedan legalmente acatados cuando el sujeto realiza la conducta prescrita, sean cuales fueren los móviles de su actuación. No se exige, pues, como en el ámbito de la moralidad, que ese sujeto cumpla por mero "respeto" al deber.

En cuanto al "modo" de la regulación, el derecho ostenta otros dos atributos, cuyo conocimiento es indispensable para determinar la forma en que el comportamiento es materia de aquélla. Queremos referirnos a los de *bilateralidad* y *coercibilidad*. Decimos que es *bilateral*, en cuanto deriva de la *conexión necesaria y recíproca de una norma atributiva de facultades y otra impositiva de obligaciones*. La declaramos *coercible* porque los deberes que estatuye pueden quedar cumplidos de manera *no espontánea* y, por ende, ser objeto de imposición. El primero de estos atributos distingue al derecho de las regulaciones de índole ética y de naturaleza convencional. Las normas constitutivas de las últimas imponen deberes que nunca son correlativos de derechos. Frente al obligado por ellas no existe otro sujeto a quien las mismas faculten para exigir del primero el cumplimiento de su deber. En la órbita del derecho, en cambio, no hay pretensor sin obligado, ni obligado sin pretensor, lo cual, según creemos haberlo establecido en otra parte, es consecuencia de la *índole relacional de las normas atributiva y prescriptiva*.¹³⁰ Puede, eso sí, decirse que en los ámbitos de la moral y los convencionalismos existe la *expectativa* de que los obligados observen la conducta ordenada; pero esa *expectativa* no autoriza a quienes puedan resultar beneficiados por el cumplimiento (ni, en general, a ningún otro) a reclamar, *en ejercicio de un derecho*, la observancia del precepto moral o del convencionalismo ni, menos aún, a imponer o pedir que se imponga tal observancia. El atributo de la coercibilidad, según nosotros lo entendemos, es común a los deberes convencionales y jurídicos, puesto que los primeros también son compatibles con el cumplimiento no espontáneo; pero ello no impide separar las dos especies de regulación, puesto que sólo la jurídica es bilateral. *Bilateralidad, exterioridad y coercibilidad son, pues, los atributos del derecho; unilateralidad, interioridad e incoercibilidad, los de las normas morales, y unilateralidad, exterioridad y coercibilidad, los de los convencionalismos*. En conexión con este último carácter, que las normas del decoro y la cortesía tienen en común con las del derecho, conviene recordar la tesis de Bobbio según la cual, pese a la *índole externa* de las sanciones convencionales y jurídicas, entre unas y otras media una diferencia importantísima, ya que únicamente las segundas se encuentran

¹³⁰ E. García Máñez, *Lógica del Juicio Jurídico*, Publicaciones de Diánoia, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, cap. II, Secciones 6 y 7.

institucionalizadas, lo que, además de ser garantía de *proporcionalidad* entre el entuerto y la sanción, asegura la *imparcialidad* de los órganos aplicadores.¹³¹

Con frecuencia se afirma que “objeto” de la regulación jurídica no es el “hombre”, sino la “persona”. Kelsen, por ejemplo, ha escrito que “el hombre, que es un objeto esencialmente distinto del derecho, el hombre de la biología y la psicología, no está, en realidad, en tal relación con el derecho, que pudiese ser objeto de la ciencia jurídica”... “La distinción de hombre y persona constituye uno de los conocimientos metódicos más importantes de dicha ciencia. Sin embargo, a pesar de que en todo momento y lugar se insiste en esta distinción, se está aún lejos de haber extraído de ella todas las consecuencias posibles.” Compruébase esto en la distinción entre personas “físicas” y personas “jurídicas”, pues se sostiene “que las personas físicas son los hombres, y las jurídicas todos aquellos sujetos de derecho que no son hombres”.¹³² “Si el hombre ha de ser objeto del conocimiento jurídico, tiene que diluirse en el derecho. Pero lo que el orden jurídico se apropia no es todo el hombre, no es el hombre en cuanto tal; es decir, la unidad específica de la biología y la psicología con todas sus funciones; sólo algunas acciones humanas particulares —a varias de las cuales se las designa negativamente como ‘omisiones’— son las que hallan entrada en la ley jurídica como condiciones o consecuencias”.¹³³

Que el “hombre” de la biología y la psicología —y también, ¿por qué no?, el de la sociología y el de la ética— no sean “objeto” de la ciencia jurídica, parece indudable; pero ello debe sólo entenderse en el sentido de que los “objetos formales”¹³⁴ de las mencionadas disciplinas difieren entre sí; no en el de que entre tales objetos, por una parte, y el hombre real, por otra, no exista relación ninguna. La tesis de que el sujeto de derecho debe exclusivamente explicarse a la luz del concepto de “función”, y no a la del concepto de “substancia”, y el aserto de que los sujetos jurídicos —ya el llamado *colectivo*, ya el denominado *individual* —son meros “centros de imputación normativa”, tienen su origen, como lo han subrayado, entre otros, Siegfried Marck y Karl Larenz,¹³⁵ en la falsa creencia de que al “objeto formal” de tales nociones no corresponde un sustrato que pueda interesar al jurista, o que pertenezca al ámbito de la ciencia que cultiva.

¹³¹ N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*. G. Giappichelli Editore, Turín, 1958, capítulo v, 34-47.

¹³² Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, Trad. castellana de Luis Legaz Lacambra, Ed. Labor, Barcelona, 1934, pág. 82.

¹³³ Kelsen, obra y trad. citadas, pág. 83.

¹³⁴ Sobre la distinción entre objeto formal y objeto material del concepto, véase mi *Lógica del Concepto Jurídico*, Publicaciones de Diánoia, Fondo de Cultura Económica, México, 1959, cap. I, secciones 8 y 12.

¹³⁵ Cfr.: Siegfried Marck, *Substanz- und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, Verlag von J. C. B. Mohr, Tubinga, 1925, caps. I y IV, y Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlín, Gotinga, Heidelberg, 1960.

Conviene tener presente, como observa Larenz, que los conceptos jurídicos definitorios, de que se echa mano para hacer subsunciones, son tanto más pobres cuanto más amplios, lo que les impide conservar el *sentido* del núcleo material que les sirve de base.¹³⁶ La prueba puede obtenerse fácilmente cuando se compara, por ejemplo, el concepto de propiedad del Código Civil Alemán, que es perfectamente idóneo para el trabajo de subsunción, con el que corresponde a la propiedad como institución constitucionalmente protegida, "y que hay que tomar en cuenta, verbigracia, cuando se pregunta si en un caso concreto se está en presencia de una 'expropiación' o sólo de una limitación material derivada del carácter de 'obligatoriedad social' de la propiedad, o se investiga, en general, el sentido de aquella protección constitucional. Lo propio vale para el concepto formal de sujeto de derecho (como posible 'portador' de derechos subjetivos y obligaciones) y el otro concepto, pleno de sentido, de 'persona' o 'personalidad humana', que entra en juego cuando se habla de la invulnerabilidad y dignidad del ser personal, o de la responsabilidad, culpa o imputabilidad personales".¹³⁷

Sostener, como Kelsen, que si el individuo humano ha de ser objeto del conocimiento jurídico "tiene que diluirse en el derecho", en el fondo equivale a eliminar del horizonte especulativo del jurista el núcleo material de la noción de "hombre", y a convertir al "ente capaz de derechos y deberes" en un espectro, totalmente desligado de la realidad que constituye su substrato. Como si derechos y deberes tuviesen sentido independientemente de quien, a través del ejercicio de los primeros y la observancia de los segundos, realiza el aspecto social de su naturaleza.

Según Recaséns Siches, "para el derecho no viene en cuestión la integridad de mi persona humana, sino solamente algunos de sus actos; además, hay que advertir que aquella parte de mi realidad, aquella parte de mi comportamiento de la cual el derecho toma cuenta y razón, no es lo que yo tengo de individuo, no es mi *persona real auténtica*, ni siquiera aspectos de mi conducta en tanto que verdadero individuo, en tanto que persona humana concreta, sino dimensiones genéricas, comunes, mostrencas e intercambiables con otros sujetos".¹³⁸ Lo que hay de verdad en estas afirmaciones ha hecho pensar a varios autores que el ejercicio de derechos subjetivos y el cumplimiento de obligaciones legales pueden y deben explicarse exclusivamente de acuerdo con el concepto de "función", y que la teoría "funcionalista" de la personalidad jurídica invalida las doctrinas que, al definir ésta, recurren, en una u otra forma, al de "substancia".¹³⁹ Pero, aun cuando sea cierto, como sostiene

¹³⁶ Larenz, obra citada en la nota anterior, cap. v, §, pág. 139.

¹³⁷ *Ibid.*, págs. 139 y 140.

¹³⁸ Luis Recaséns Siches, *Estudios de Filosofía del Derecho*, Edit. Bosch, Barcelona, 1936, pág. 231.

¹³⁹ Marck, obra citada en la nota 135, cap. I.

Recaséns, que “las varias concreciones singulares de la personalidad jurídica en los sujetos denotan aspectos o dimensiones genéricas, intercambiables, esto es, funciones o papeles que, en principio, pueden ser desempeñados por cualquier otro”,¹⁴⁰ no debe olvidarse que esas funciones presuponen la existencia de un “funcionario”, y que la circunstancia de que sean intercambiables, no elimina al ser real que, al desempeñarlas, realiza un aspecto esencial de su naturaleza. Por ello podría decirse que como sujeto de obligaciones y facultades el hombre procede, más que en calidad de “individuo”, o de “sujeto moral”, en la de miembro de un grupo, o “animal político”. De aquí que, en el aspecto jurídico, su conducta se manifieste unas veces bajo la categoría del derecho subjetivo y otras en forma de deberes de índole exigible.

En las relaciones interpersonales, el ser social del hombre se exterioriza y desarrolla, como escribe Werner Maihofer, a través de papeles o figuras que en nuestro “ser con otros” nos convierten en lo que somos, y determinan la forma en que existimos para ellos.¹⁴¹ En la figura de la madre, por ejemplo, la existencia aparece, dentro del orden humano, en una relación predeterminada “por la naturaleza”, y “hace del ser de esa figura algo que está por encima de cualquier capricho individual, remitiéndola a la autenticidad de un comportamiento condicionado por el amor al hijo”.¹⁴²

Estas “figuras de la objetividad”, a través de las cuales el hombre ocupa un puesto en el mundo, constituyen los papeles en que la existencia, en nuestro ser con otros, se “objetiva” en lo que para ellos somos, es decir, “en nuestro ser como padre, como madre, como médico, como juez, etc.”¹⁴³ Mas no se trata del ser abstracto de “cualquiera”, sino del indudablemente *concreto* en que *alguien* aparece bajo determinada “figura social”.¹⁴⁴

La bilateralidad del derecho tiene su fundamento ontológico en una serie de “correspondencias”,¹⁴⁵ condicionadas por los papeles que el ser humano desempeña cuando interviene en las relaciones jurídicas, como obligado o como pretensor. En estas correspondencias suele precisamente manifestarse la llamada “naturaleza de las cosas”, que en buena parte determina el contenido de la regulación jurídica, en la variedad infinita de sus formas.

Las múltiples funciones que el hombre cumple en las relaciones jurídicas, no son nunca “ajenas” al “actor” que las desempeña, ya “por derecho propio”, como “persona física”, ya como órgano o representante de una “persona moral”. Y el desempeño de tales papeles ni lo priva de su ser concreto, ni lo transforma en fantasma, ni hace de él, como piensa Kelsen, un mero

¹⁴⁰ Recaséns Siches, obra citada, pág. 232.

¹⁴¹ Werner Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt del Meno, 1956, pág. 47.

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ Maihofer, *opus cit.*, pág. 48.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ Maihofer, *opus cit.*, Zweiter Teil, B, I, 1.

“centro de imputación normativa”. Ello resulta particularmente diáfano cuando los “papeles” o “funciones” de que hablamos, lejos de ser esporádicos y de escasa o ninguna trascendencia para el destino individual, asumen carácter *permanente* y sirven de cauce jurídico para el ejercicio de una profesión, el cumplimiento de un apostolado o el desempeño de un cargo público.

Volviendo a nuestra primera pregunta, podemos decir, a manera de conclusión y resumen, que los “objetos” del orden, en el caso del derecho, son los seres humanos, en la medida en que su comportamiento se traduce en el ejercicio de facultades y el cumplimiento de obligaciones. La existencia de las personas jurídicas colectivas no invalida nuestro aserto, porque el substrato real de estos sujetos “artificialmente contruidos” es una asociación humana, y los fines para cuyo logro existen son, bien vistas las cosas, fines de los asociados.¹⁴⁶ No pretendemos decir con esto que el “objeto formal” de la noción “sujeto de derecho” no difiera de los objetos formales de conceptos como “persona humana” o “sujeto moral”; pero insistimos en que a todos estos “objetos formales” corresponde un núcleo objetivo común, un común substrato, aun cuando éste, *que es el hombre mismo*, pertenezca a órdenes normativos diversos, y unas veces actúe como “sujeto de derecho” y otras como destinatario del orden moral o de las normas del decoro.

b) Las reglas de ordenación, en el caso del derecho, están constituidas por el *sistema jurídico normativo*, es decir, por las normas que los órganos estatales crean, reconocen y aplican. No se trata, como bien dice Hermann Heller, de una *nomocracia impersonal*,¹⁴⁷ sino de reglas de conducta cuya *validez* depende de los requisitos que establecen los órganos de creación jurídica, y cuya *aplicación*, cuando no hay *cumplimiento voluntario*, puede culminar en actos de *imposición coactiva*. “Dentro de las ordenaciones normativas sociales —escribe el famoso publicista— el derecho positivo se distingue de las reglas convencionales, en el estadio actual de la evolución social, en la forma como se establece y se asegura su eficacia. Todas las ordenaciones normativas sociales deben su origen y mantenimiento a actos de voluntad humana. La creación y aseguramiento de las reglas convencionales, del decoro y la cortesía, verbigracia, resultan de la aprobación o reprobación de la opinión pública no organizada. En cambio, el orden jurídico tiene a su disposición una organización especial, a cuyos órganos incumbe la tarea específica de garantizar la creación y el mantenimiento del derecho. En el Estado moderno estos órganos de creación y ejecución son, mediata o inmediatamente, órganos suyos”.¹⁴⁸

El sistema jurídico normativo está, pues, necesariamente ligado, en nuestra época, a la organización que determina las condiciones de validez de las

¹⁴⁶ Cfr. Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 339 de la traducción castellana de Eduardo Ovejero y Maury, Ed. Reus, Madrid, 1929.

¹⁴⁷ Hermann Heller, *Staatslehre*, Leiden, 1934, pág. 197.

¹⁴⁸ Heller, *opus cit.*, pág. 185.

normas que lo integran y maneja los instrumentos de poder que aseguran su eficacia.

La estructura de esa organización —en lo que a los órdenes estatales concierne —*a fortiori* se refleja en la igualmente jerárquica del sistema normativo. La índole *sistemática* de éste se hace consistir en que satisface —o tiende, dentro de ciertos límites— a satisfacer, una serie de exigencias lógicas. La primera y más importante es la de unidad del fundamento de validez. Esto significa que a dicho sistema pertenecen las normas —y sólo las normas— que encuentran, directa o indirectamente, la razón última de su fuerza obligatoria en la *ley fundamental* o *norma básica* del sistema. Otra condición de la naturaleza sistemática de las normas referibles a ese común fundamento, es la de que sean *coherentes* entre sí. El problema central, en el caso, es, como dice Bobbio, el de las *antinomias*.¹⁴⁹ La sistematicidad, como atributo de ese conjunto de normas, exige, por último, la ausencia de *lagunas* o, en otras palabras, la capacidad de resolver, de acuerdo con disposiciones *expresas* o con principios *implícitos* en los preceptos vigentes, cualquier problema de aplicación.¹⁵⁰

Ya hemos expuesto la tesis de que las normas integrantes del sistema jurídico presentan las características de *exterioridad*, *bilateralidad* y *coercibilidad*, y afirmado que las oposiciones *interioridad-exterioridad*, *unilateralidad-bilateralidad*, *incoercibilidad-coercibilidad*, permiten, por un lado, distinguir las regulaciones moral y jurídica, y ofrecen criterios para descubrir, por otro, los puntos de coincidencia y discrepancia entre la última de dichas regulaciones y las normas del decoro y la cortesía. Éstas, en efecto, tienen en común con las integrantes de aquélla las notas de exterioridad y coercibilidad, pero difieren de las jurídicas en su estructura unilateral.

La coercibilidad de los preceptos jurídicos no sólo condiciona la distinción entre normas de *derecho adjetivo* y *derecho substantivo*; presupone también la existencia de los órganos encargados de aplicar y, en su caso, imponer, las del segundo grupo. Da origen, por otra parte, a una peculiaridad exclusiva del sistema jurídico, la de que la aplicación, a casos concretos, de las normas genéricas de éste, culmina en la creación de normas *individualizadas* que, a diferencia de las otras, no obligan o facultan a sujetos de una cierta clase, sino a personas individualmente determinadas, a quienes se designa por sus nombres. Además, en la medida en que los preceptos jurídicos facultan a los particulares para crear, modificar, transmitir o extinguir derechos subjetivos y obligaciones, por testamento o por contrato, a las normas individualizadas de carácter público, constituidas por las resoluciones judiciales y ad-

¹⁴⁹ Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, págs. 15 ss.

¹⁵⁰ Cfr. E. García Máynez, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Publicaciones de Diánoia, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, cap. 1, 4 y 5.

ministrativas, vienen a sumarse las que derivan de la autonomía privada, es decir, las de origen testamentario o contractual.

c) Hemos dicho que así como el sistema clasificatorio no debe confundirse con el *orden* de una biblioteca o de un archivo, del mismo modo, el *sistema jurídico* tampoco se confunde con el *orden jurídico total*, del que sólo es una parte. En el caso de una biblioteca, el orden de la misma deriva de que los objetos de la ordenación, es decir, los libros, ocupen todos el sitio que, de acuerdo con los criterios ordenadores, a cada uno conviene. De manera análoga, en la órbita del derecho, el orden jurídico sólo deja de ser un simple esquema de ordenación, para convertirse en realidad, cuando los destinatarios de los preceptos que forman su sistema normativo cumplen con las obligaciones y ejercitan los derechos que esos preceptos les imponen u otorgan. Es claro que, por la misma naturaleza de los obligados y facultados, siempre existe la posibilidad de que aquéllos no cumplan con sus deberes y éstos no ejerciten sus derechos subjetivos. La *eficacia* del sistema nunca puede, en consecuencia, carecer de excepciones. Pero si no logra una eficacia *normal*, no hay realmente *orden jurídico*, en el sentido que atribuimos a estas palabras. Urge, pues, distinguir con pulcritud el *orden* de aquel *sistema* (constituido por una serie de nexos entre sus normas) y el *concreto* o *real* que llamamos *jurídico*, y que *a fortiori* supone el sometimiento de los destinatarios a lo que sus preceptos estatuyen. Es claro que, al hablar de tales sujetos, no queremos referirnos solamente a los particulares, sino a quienes desempeñan funciones orgánicas. Por la estructura misma del sistema, el orden que los órganos de creación y aplicación normativas pretenden instaurar, y que la existencia y funcionamiento de tales órganos hace posible, constantemente reclama la sumisión, voluntaria o impuesta, de los sujetos obligados, lo cual necesariamente se traduce en una infinidad de actos de cumplimiento, que a su vez posibilitan el ejercicio de los correspondientes derechos subjetivos. El hecho de que tales órganos existan y realicen normalmente sus tareas, no sólo es *conditio sine qua non* de la eficacia de las normas que regulan el comportamiento de los particulares, sino que implica la de las reglas de estructura y procedimiento relativas a la actividad de los funcionarios.

“Si se quiere definir un orden jurídico en su integridad —escribe Santi Romano— no se puede tomar en cuenta solamente sus diversas partes o lo que como tales se considere, es decir, las normas que a él pertenecen, para declarar después que es el conjunto de éstas; hace falta, ni más ni menos, captar la nota peculiar, la naturaleza de dicho conjunto o todo. Ello podría no ser necesario si se admitiera que un orden jurídico se reduce a la suma aritmética de varias normas, del mismo modo que una ley, un reglamento, un código —vistos, por lo demás, desde un ángulo material y extrínseco— no son sino una sucesión de determinados artículos, que es posible adicionar entre sí. Pero si se acepta, como es indudable, que un orden jurídico, en el susodicho sen-

tido, no es un agregado de varias partes, sean o no éstas simples normas, sino una unidad por sí —y una unidad, adviértase bien, no artificial u obtenida con un procedimiento de abstracción, sino efectiva y concreta— al propio tiempo se debe reconocer que ese orden es algo diverso de los elementos materiales que lo componen. Debe también subrayarse que no es posible tener un concepto adecuado de las normas de un orden jurídico, sin anteponer a éstas el concepto unitario de ese orden. Por la misma razón, no se puede lograr una idea correcta de los diversos miembros del hombre, o de las ruedas de una máquina, si no se sabe de antemano qué son el hombre o esa máquina.”¹⁵¹

Lo anterior explica que cuando se habla de un orden jurídico en su totalidad, del derecho italiano o del derecho francés, por ejemplo, no se piense sólo en una serie de reglas de comportamiento. En lo que se piensa, en lo que piensan los juristas y, sobre todo, los no juristas, dice Santi Romano, es en algo mucho más vivo: “en la diversa y compleja organización del Estado italiano o del Estado francés; en los numerosos mecanismos y engranajes, en las conexiones de autoridad y de fuerza que producen, modifican, aplican y garantizan las normas jurídicas, pero sin identificarse con ellas. En otros términos: el orden jurídico, comprensivamente entendido, es una entidad que en parte se mueve por las normas, pero, sobre todo, mueve, cual si se tratara de los peones de un tablero de ajedrez, a las normas mismas, que de este modo representan el objeto y, también, el medio de su actividad, más que un elemento de su estructura”.¹⁵²

No podemos, pues, pensar en un orden jurídico sin referir su sistema de normas a la organización encargada de formular éstas, de reformarlas, de aplicarlas a casos concretos y, también, cuando es preciso, de imponer coactivamente su observancia. De no ser así, o, expresado de manera más drástica, si la ecuación *orden jurídico = sistema normativo* fuese correcta, las normas del último no serían, en ningún caso, susceptibles de aplicación ni, menos aún, de imposición coactiva, y resultaría imposible referirlas a sus autores y a quienes tienen la misión de hacer que sean respetadas. Lo que llamamos *sistema jurídico normativo* está necesariamente ligado, ya a la organización estatal que determina las condiciones y los límites de su fuerza obligatoria (cuando se trata del orden interno), ya (en el caso del derecho de gentes), a los Estados que forman la comunidad internacional.

Sólo si el orden jurídico no se define como un conjunto de normas resulta posible, por otra parte, entender la esencia del Estado, y establecer de modo correcto sus relaciones con el derecho. Quien, en nuestro sentir, ha planteado con mayor agudeza tal problema, es el publicista alemán Hermann Heller. “Si tratamos —dice— de determinar la relación en que actualmente se hallan el Estado y el derecho, partiendo de que éste es la ordenación nor-

¹⁵¹ Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Florencia, 1951, pág. 11.

¹⁵² Santi Romano, *opus cit.*, pág. 15.

mativa social establecida y garantizada por los funcionarios de la organización estatal, no podremos considerar ni al Estado ni al derecho como un *prius*, sino como entidades que se encuentran entre sí en correlativa vinculación.”¹⁵³

El derecho es condición necesaria del Estado actual y, a la inversa, el Estado actual es condición necesaria del derecho del presente. “Sin el carácter de creador de poder que el derecho entraña, no puede hablarse ni de validez jurídico-normativa ni de poder estatal; y sin el carácter de creador de derecho que tiene el poder político, ni hay positividad jurídica ni podemos hablar de Estado.”¹⁵⁴

Este último es “una unidad de acción humana de naturaleza especial”.¹⁵⁵ La ley de la organización es básica en su formación. Ahora bien: en todas las organizaciones existen, según Heller, tres elementos íntimamente ligados: 1) el obrar social de un conjunto de hombres, en interacción recíproca; 2) una ordenación normativa que sirve de pauta a ese obrar, y 3) una serie de órganos a quienes corresponde mantener y asegurar dicha ordenación.¹⁵⁶ Pero ni la ordenación (o, como nosotros preferimos decir, el *sistema normativo*), ni los órganos, ni los miembros, pueden identificarse con la organización, “que sólo se engendra por la cooperación de esos tres elementos integrantes”.¹⁵⁷

La unidad de las reglas del orden, que es “una unidad ideal de sentido”, debe ser distinguida de la unidad de la organización, que es “la unidad de una conexión activa efectuada”.¹⁵⁸ En otras palabras, y para referirnos concretamente al caso del Estado: “La organización, como estructura permanente de acción tiene una ‘ordenación’ que revela una estructura de sentido, pero aquélla es siempre un orden real.”¹⁵⁹ Volviendo a nuestra terminología podemos decir que el “sistema normativo” del derecho no se confunde ni con el *orden concreto* que resulta de la eficacia de sus normas, ni con la *organización* real que determina las condiciones y los límites de la validez de éstas y tiene la misión de aplicarlas o imponerlas. El “género próximo” de la noción de Estado consiste, de acuerdo otra vez con la tesis de Heller, que plenamente aceptamos, en la *organización*, como estructura real planeada para la unidad de decisión y de acción; la “diferencia específica” frente a las demás organizaciones, en su calidad de “dominación territorial soberana”.¹⁶⁰ El Estado debe, en consecuencia, ser definido como un “poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo”.¹⁶¹

¹⁵³ Heller, *Staatslehre*, pág. 188.

¹⁵⁴ Heller, *opus cit.*, pág. 191.

¹⁵⁵ Heller, *opus cit.*, pág. 230.

¹⁵⁶ Heller, *opus cit.*, pág. 231.

¹⁵⁷ Heller, *opus cit.*, pág. 232.

¹⁵⁸ Heller, *opus cit.*, pág. 233.

¹⁵⁹ Heller, *opus cit.*, pág. 234.

¹⁶⁰ Heller, *opus cit.*, pág. 237.

¹⁶¹ Heller, *opus cit.*, pág. 244.

Por este carácter de exclusividad y supremacía del poder de ordenación territorial propio del Estado, la organización estatal se reserva, y no puede dejar de reservarse, dos monopolios: el de determinación de las condiciones y los límites de la validez de las normas jurídicas, y el "de coacción física legítima, 'ultima ratio' de todo poder".¹⁶²

En la medida en que el Estado es la única instancia autorizada para establecer los criterios de validez de los preceptos del derecho y las reglas para su establecimiento o reforma, queda lógicamente excluida, desde el punto de vista de sus órganos, la posibilidad de que la fuerza obligatoria de las normas vigentes se haga depender de las opiniones de los particulares acerca del *valor intrínseco* de tales normas.¹⁶³ Claro que ello no impide, ni podría impedir, que los obligados a cumplirlas juzguen del contenido de las mismas, de acuerdo con determinados criterios de valoración; pero el hecho de que, a su juicio, la norma *formal u oficialmente válida* carezca de *validez objetiva*, en sentido axiológico, no los exime de lo que el poder público considera como un "deber" de tales sujetos. Consecuentemente, siempre puede surgir una discrepancia entre los criterios de validez establecidos por el Estado y los que eventualmente aplican los particulares, al examinar críticamente el contenido de las disposiciones en vigor.

Algunos juristas de nuestra época, como Kelsen y, más recientemente, *Heinrik von Wright*,¹⁶⁴ han sostenido que, cuando se afirma que dichas normas son válidas, ello simplemente significa que "existen" o, en otras palabras, que *pertenecen* al sistema normativo de tal o cual país. El cumplimiento de los requisitos condicionantes de la fuerza obligatoria de esos preceptos permitiría, por ende, establecer tal pertenencia. Semejante equiparación conceptual, es decir, el aserto de que "norma jurídica válida" sólo significa "norma existente dentro de un sistema", tiene como corolario la tesis, defendida por los kelsenianos, de que los preceptos del derecho pueden encerrar cualquier contenido, y que lo único indispensable, para que existan, es que hayan sido establecidos en la forma prescrita por otros preceptos de rango superior. Aun cuando parece indiscutible que el fundamento *último* de validez jurídico-positiva debe, además, ser *único* —lo que impone, como es obvio, el desconocimiento de las pautas ultrapositivas de valoración eventualmente aplicadas por los particulares— de aquí no se sigue que el elemento material de los preceptos creados por los órganos estatales sea "indiferente". Y ello, no sólo porque tales órganos necesariamente se inspiran, cuando los formulan, en juicios estimativos, sino porque los detentadores del poder político saben bien que uno

¹⁶² Heller, *opus cit.*, pág. 246.

¹⁶³ Cfr. E. García Máynez, *La definición del derecho*, caps. iv y ix.

¹⁶⁴ Cfr. G. H. von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*. International Library of Philosophy and Scientific Method, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, págs. 194 y siguientes.

de los factores condicionantes de la eficacia de las normas jurídicas, acaso el de más peso, es que los particulares estén convencidos de que esas normas los vinculan no solamente porque fueron formuladas de acuerdo con determinados procedimientos de carácter formal, sino porque su contenido es para ellos "objetivamente valioso".

¿Cómo pretender que la regulación jurídica sea impositiva de deberes, si el contenido de sus normas es ad iudicium? Toda exigencia normativa presupone, en efecto, que la conducta prescrita es valiosa. Por eso, cuando declaramos, por ejemplo, que "quien causa injustamente un daño debe repararlo", lo hacemos convencidos de que la justicia vale, ya que, de lo contrario, ningún sentido tendría exigir su realización.

De ser indiferente el contenido de los preceptos legales, podría éste consistir en simples enunciaciones, lo que, según sabemos, no se le ha ocurrido todavía a ningún jurista. Acaso se replique que el sentido de la tesis es otro, y que Kelsen y sus partidarios simplemente afirman que lo indiferente es *el contenido de las normas*. Lo anterior realmente significa que los "deberes" estatuidos por ellas carecen de sentido axiológico, y que el término "norma" se aplica a la "pretensión" o "exigencia" de que alguien observe tal o cual conducta *simplemente* porque, de no observarla, *quedará expuesto a que se le sancione*. La doctrina de que estamos hablando nos imposibilita, por otra parte, para entender por qué las leyes se declaran reformables. Ningún sentido tendría, en efecto, modificar una ley, si su contenido careciese de importancia. Como entre los conceptos de deber, norma y valor existe una conexión de sentido y, desde el punto de vista filosófico, sólo es norma genuina la que, relativamente al hecho que realiza sus supuestos, exige una conducta que declara obligatoria *porque es valiosa*, la circunstancia de que los órganos estatales atribuyan obligatoriedad a los preceptos creados en la forma establecida por otros preceptos, en rigor sólo prueba que, para esos órganos, tales preceptos *pertenecen* al sistema normativo que tienen el deber de aplicar, y que la validez "formal" de los mismos no garantiza su justicia "intrínseca".

El término "validez formal" no deja de ser ambiguo, pues hay casos en los cuales la fuerza obligatoria de una ley no depende, de manera exclusiva, de la observancia de los requisitos de su proceso de creación. Las exigencias de orden lógico impuestas por el carácter sistemático de los ordenamientos vigentes suprimen, por ejemplo, la posibilidad de que dos disposiciones legales de contenido contradictorio sean ambas válidas y, en consecuencia, simultáneamente aplicables al caso que realiza sus supuestos. Otras veces, como ocurre, por ejemplo, en el derecho mexicano, los jueces locales se encuentran expresamente facultados por la Constitución para no aplicar leyes de su entidad que se opongan contradictoriamente a lo estatuido por cualquier norma de carácter federal.¹⁶⁵ En tales casos, el examen del *contenido*

¹⁶⁵ Art. 133 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*.

es indispensable, por lo que, relativamente a ellos, más que de requisitos *formales*, debe hablarse de condiciones *materiales* de validez, *en sentido jurídico-positivo*.¹⁶⁶

En lo que concierne a la *eficacia*, deseamos insistir en que tal atributo deriva de los actos de cumplimiento o aplicación de los preceptos que forman el sistema normativo, y que, sólo en virtud de dichos actos, cabe hablar del derecho como *orden concreto*.

La llamada *seguridad jurídica* depende en buena parte del mismo atributo; pero sería erróneo creer que para la realización de tal valor basta la eficacia normal del mencionado sistema. En la medida en que el derecho tiene el sentido y finalidad de realizar valores sociales y, en primer término, el de justicia, la efectividad de sus prescripciones sólo es factor de seguridad y de paz cuando éstas son justas. Por eso hemos escrito en otra parte, aplicando al caso los famosos axiomas de Brentano, que si bien la realización de un orden jurídico justo es un valor positivo, la de un orden injusto sólo puede ser considerada como un valor negativo.¹⁶⁷

d) La eficacia de las normas del derecho se manifiesta, según dijimos antes, de dos maneras: ya a través de actos de obediencia, ya a través de actos de aplicación. Como los deberes jurídicos poseen, entre otros, el atributo de la coercibilidad, tanto los casos de observancia voluntaria pero no espontánea, como los de imposición coactiva de tales deberes, quedan comprendidos dentro del concepto lato de *cumplimiento*. Bajo este concepto caen, por ende, no sólo los actos de observancia *espontánea* o simplemente *voluntaria*; también los de *imposición forzada*. A través de todos ellos se efectúa el complicado proceso de *realización del derecho*, que permite concebir a éste como *orden concreto*, y no como simple agregado de normas. Dicho proceso exige la actividad de quienes, *eo ipso*, aparecen como *realizadores* de aquel orden. Una peculiaridad del jurídico precisamente consiste, como ya se apuntó, en que la tarea de realizarlo y mantenerlo corresponde no sólo a los particulares, sino a quienes fungen como órganos del poder público. Esta peculiaridad determina, como enseñan Bobbio, Geiger y Santi Romano, el carácter *institucional* del orden jurídico, y lo caracteriza además, de acuerdo con una certera distinción de Hermann Heller, como *orden de poder* o, usando un calificativo que nos place más, *autoritario*, en contraposición a los que el mismo publicista denomina *contractuales*.¹⁶⁸

Excepción hecha de las normas establecidas por el Constituyente (que no

¹⁶⁶ Cfr. E. García Máynez, "Validez formal y validez material en sentido jurídico-positivo y validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico", en *Symposium sobre Derecho Natural y Axiología*, XIII Congreso Internacional de Filosofía. Centro de Estudios Filosóficos, México, 1963, págs. 83-99.

¹⁶⁷ *La definición del Derecho*, cap. VII, v), págs. 200 ss.

¹⁶⁸ Hermann Heller, *La soberanía*. Trad. Mario de la Cueva, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1965, cap. II, pág. 113.

son *aplicadoras* de otras de mayor jerarquía, aun cuando se basen siempre en *principios generales de índole axiológica*, inspiradores de la actividad de aquel legislador), todas las restantes de cada sistema representan, incluso tratándose de las de índole abstracta, estadios indispensables del proceso de realización del derecho, hasta llegar, a través de las individualizadas, a los actos postreros de ejecución, en que ese proceso, relativamente a cada hecho productor de consecuencias normativas, encuentra su término o acabamiento. Las normas genéricas formuladas por el legislador común presuponen la aplicación de preceptos constitucionales; pero, por su misma índole abstracta, resultan esquemas generales de comportamiento, pautas o directrices cuya eficacia sólo se logra en el momento en que, relativamente a los hechos previstos por sus supuestos, las consecuencias que tales hechos producen quedan actualizadas por actos de acatamiento de deberes a los que corresponden, dada la bilateralidad de la regulación jurídica, otros tantos de ejercicio de derechos. Por ello hemos predicado de todo orden, y podemos ahora predicarlo de los normativos y, concretamente, del jurídico, que las finalidades del ordinante sólo se alcanzan cuando, por aplicación de los criterios o reglas ordenadoras, entre los objetos del orden o, en el caso del derecho, las *personas* objeto de la regulación bilateral, surgen las *relaciones* por las que dichas finalidades obtienen su cumplimiento.

Para que los preceptos integrantes de un sistema jurídico consigan su plena efectividad es, pues, indispensable que los de carácter general sean aplicados a los casos que sus supuestos prevén. Y esto, como indicamos arriba, reclama la intervención de los sujetos capaces de *concretizar* las exigencias que aquellos preceptos genéricamente formulan.¹⁶⁹

De acuerdo con una fórmula feliz, acuñada por el filósofo italiano Giorgio Del Vecchio, una de las diferencias esenciales entre moral y derecho reside en que el *destinatario final* del primero de estos órdenes es el *obligado*, en tanto que el destinatario final del segundo es el *pretensor*. La razón de tal diferencia deriva de que, mientras la moral persigue el perfeccionamiento de su destinatario exclusivo, la regulación jurídica busca, en primer término, la satisfacción de los derechos subjetivos que confiere.¹⁷⁰ La susodicha regulación se traduce, cada vez, en el enlace de una norma que obliga y otra que faculta; pero los deberes que la disposición prescriptiva impone tienen la inmediata finalidad de hacer posible el ejercicio y cabal satisfacción de los derechos de la otra parte. El principio *ius suum cuique tribuere*, en que se hace consistir la exigencia fundamental de la justicia, queda precisamente cumplido cuando, relativamente a cada caso concreto de la experiencia jurídica.

¹⁶⁹ Cfr. Karl Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1953.

¹⁷⁰ Cfr. Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, Trad. Recaséns Siches. Bosch, Barcelona, 2ª ed., tomo I, págs. 412 ss.

el sujeto de los deberes que la norma abstracta enlaza a la realización del propio caso, observa la conducta que permite al titular del derecho correlativo obtener las ventajas que el ejercicio de éste le procura.

Si el sujeto pasivo de la relación ejecuta espontánea o, al menos, voluntariamente esa conducta, la norma genérica resulta, gracias a dicho comportamiento, *aplicada*, y tanto su finalidad inmediata: posibilitar el ejercicio del derecho del pretensor, cuanto su finalidad mediata: dar eficacia a los valores que tal ejercicio condiciona, quedan realizadas. Hablamos de valores, así, en plural, no sólo porque la exigencia de justicia que antes mencionamos se acata de ese modo, sino porque el acto de ejercicio representa para el titular *intereses* de muy diverso tipo, muchos de los cuales no son de carácter económico, como, por ejemplo (cuando el derecho subjetivo no se funda en un deber propio) el de aseguramiento o garantía de su libertad jurídica.

La conducta aplicadora, por parte del obligado, puede serlo tanto de preceptos abstractos como de normas individualizadas. Ejemplo de lo primero sería el caso del automovilista que ajusta su conducta a las prescripciones de un reglamento de tránsito; ejemplo de lo segundo, la sujeción voluntaria a un compromiso contractual.

En los casos en que, por el contrario, el sujeto del deber se niega a cumplir, existe incertidumbre sobre la existencia de una relación jurídica, o se ejercita una acción de mera declaración, positiva o negativa, resulta indispensable, para dar eficacia a los derechos subjetivos controvertidos o inciertos, la intervención de funcionarios *ad hoc*. Ello da origen a una relación nueva, ya no de derecho substancial, sino adjetivo, la llamada procesal, en que el Estado, representado por sus órganos, cumple una de sus misiones básicas: *la función jurisdiccional*.

Objeto de ésta es, según Ugo Rocco, la "declaración o realización coactiva de los intereses protegidos en abstracto por las normas del derecho objetivo, cuando, por incertidumbre o inobservancia de las mismas, esos intereses no son directamente satisfechos por aquellos a quienes tales normas se dirigen".¹⁷¹

La citada función presupone, de acuerdo también con Rocco, tres facultades o potestades que le son inherentes:

a) En primer lugar, una facultad o potestad de *decisión*, en ejercicio de la cual el juez conoce, determina y resuelve cuál es la tutela que el derecho objetivo concede a determinados intereses;

b) En segundo término, una facultad de *imperio*, en ejercicio de la cual, particularmente en la etapa de imposición coactiva (ejecución forzada), los órganos jurisdiccionales pueden constreñir, empleando al efecto la fuerza colectiva del Estado, al cumplimiento de las prescripciones que las normas

¹⁷¹ Ugo Rocco, *Trattato di Diritto Processuale Civile*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1966, vol. I, cap. IV, pág. 48.

jurídicas contienen, y que, a través del despliegue de la función jurisdiccional, logran su actuación concreta.

c) Por último, una facultad inherente a y correlativa de las otras dos, la de *documentar* todo aquello que ocurre ante el tribunal durante el ejercicio de la susodicha función.¹⁷²

Las relaciones que, dentro del proceso, existen entre las partes y el órgano jurisdiccional, son de las llamadas de *subordinación*, en la medida en que éste se encuentra colocado, frente a aquéllas, en una posición de superioridad e independencia.

Al cumplir su tarea específica, los órganos jurisdiccionales *sustituyen* la actividad del Estado a la de los titulares de los derechos subjetivos controvertidos e inciertos. Tal sustitución existe lo mismo en la etapa de *declaración* (*ascertamento*, como dicen los procesalistas italianos) de los deberes y facultades de las partes, que durante la de *ejecución*, en que el Estado hace efectivos, de no haber cumplimiento voluntario de la sentencia, los derechos judicialmente declarados.

El ejemplo de la función jurisdiccional revela que las relaciones a través de las cuales se cumple el proceso de realización del orden jurídico no son siempre de *coordinación*, sino que pueden serlo de *supra* o *subordinación*, ya que en muchas de ellas interviene el Estado, en su carácter de persona soberana. El criterio que, de acuerdo con la doctrina más generalmente admitida, permite distinguir los derechos público y privado, precisamente consiste en inquirir si en las correspondientes relaciones figura o no el Estado, ejerciendo su soberanía. En caso afirmativo, la relación es de derecho público; en caso negativo, de derecho privado.

e) El orden jurídico tiene siempre estructura teleológica. Desde este ángulo aparece como medio o instrumento de realización de determinados valores. Por la índole peculiar de la regulación jurídica, éstos no son, como ocurre en el caso de la moral, valores "de la acción virtuosa",¹⁷³ sino valores *sociales*, que sólo adquieren sentido en las relaciones interhumanas. Tales valores determinan el contenido de la "idea del derecho"¹⁷⁴ y ofrecen la pauta que permite juzgar de la bondad intrínseca de los preceptos que inte-

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ Cfr. N. Hartmann, *Ethik*, Walter de Gruyter & Co., Berlín y Leipzig, V. Abschnitt, Kap. 44.

¹⁷⁴ "Con la denominación 'idea del derecho' queremos expresar que el derecho debe realizar ciertos valores que rebasan su simple aspecto ordenador: *valores jurídicos* que se exteriorizan en la positivización del derecho, en la medida en que la materia de éste lo permite al ser puesta en conexión con los datos de la realidad social. Estos valores no existen como factores reales; como *ideas de valor* de la creación jurídica postulan un *fin* y, con ello, una *tarea* que deben quedar cumplidos a través de las funciones de creación y aplicación del derecho", Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich y Berlín, 1964, 3. Teil, 26, pág. 299.

gran el sistema jurídico-normativo. Las disposiciones del último nunca realizan plenamente dichos valores, y a veces vulneran las exigencias que de ellos derivan; pero *en todo caso* su fin es realizarlos, y lo mismo su justificación que su sentido dependen del grado y medida en que podamos interpretarlas como *positivización* de las mencionadas exigencias.

La justicia, que según algunos filósofos es la “estrella polar” de la regulación jurídica, no agota, en nuestro sentir, el contenido de la “idea del derecho”. Se trata, sin duda, del supremo valor de lo jurídico; pero el de *seguridad*, que ciertos autores confunden con los de orden y paz,¹⁷⁵ es también elemento importante de aquel contenido. No creemos que deba afirmarse lo propio del de “adecuación a un fin”, o “Zweckmässigkeit”, como dicen los juristas alemanes,¹⁷⁶ pues la idoneidad de los medios de que los órganos de creación jurídica se sirven para el logro de los propósitos a que aspiran, es valor puramente *instrumental*, que nada indica sobre el que deba atribuirse a las finalidades perseguidas.

Al sostener que la *justicia* es el supremo valor de lo jurídico, no entendemos el vocablo en sentido *formal*, es decir, en el de conformidad de un acto, una institución o una sentencia a las prescripciones del sistema vigente. Aludimos a la justicia en sentido *material*, esto es, a la pauta o criterio empleados cuando aseveramos que el “contenido” de aquellas prescripciones realiza el valor de lo justo.

Al poner en conexión tal valor con los preceptos del derecho, es necesario, como advierte Henkel, no confundir la acepción *jurídica* del correspondiente concepto con otras acepciones de la palabra *justicia*, que evidentemente se refieren a *órdenes no jurídicos*. Éste es el caso, por ejemplo, cuando —en sentido teológico— se habla de la “justicia divina” o —en sentido metafísico— de un “destino” justo o inicuo.

Y es que la justicia del derecho —según dice el mismo Henkel— no se manifiesta en las relaciones de ciertos poderes trascendentes con los hombres, sino en las de éstos con sus semejantes. En cuanto atributo de las relaciones interhumanas, satisface “una necesidad fundamental de la vida social”. Cada hombre exige justicia de sus prójimos y, por regla general, tiene a su vez conciencia de que debe ser justo con ellos. ‘Iustitia est ad alterum’; se trata, pues, de algo que en todo caso hace referencia a los demás hombres”.¹⁷⁷

Como valor social debe, empero, ser distinguida de la virtud del mismo nombre, cuya realización no es mandato del derecho, sino de la ética. En cuanto elemento de la “idea del derecho”, de ella derivan, para el orden jurídico, dos exigencias básicas: *dar a cada uno lo suyo* (*suum cuique tribue-*

¹⁷⁵ Radbruch, por ejemplo. Cfr. E. García Máynez, *La definición del Derecho*, cap. VII, v), págs. 200 ss.

¹⁷⁶ Cfr. H. Henkel, obra citada en la nota 174. 3. Teil, 29, págs. 331-333.

¹⁷⁷ Henkel, *op. cit.*, pág. 303.

re), y trato igual de las cosas iguales y desigual de las desiguales, pero en proporción a su desigualdad. La primera de las dos puede, según creemos, reducirse a la segunda, si en relación con ésta se entiende que “lo suyo” de cada quien o, expresado con mayor rigor, “su derecho”, depende de esa forma de trato, es decir, de que a los jurídicamente iguales se les considere de igual modo, y a los jurídicamente distintos de manera desigual, proporcionalmente a su desigualdad.

El problema queda así reducido a establecer cuándo, para atribuir a cada uno su derecho, hay que atender a lo que lo iguala con otros sujetos, y cuándo, por el contrario, debe tomarse en cuenta lo que lo distingue de ellos, ya en lo que al mérito atañe, ya en lo que concierne a la culpa.

Por este camino se llega a la distinción aristotélica entre *justicia conmutativa* y *justicia distributiva*. En un conocido opúsculo,¹⁷⁸ el jurista suizo Hanz Nef ha expuesto la tesis de que la dificultad central de la doctrina de lo justo estriba en decidir en qué casos debe aplicarse la fórmula de la justicia igualadora, y en cuáles el otro principio. El insalvable escollo está, según el mismo autor, en que todas las “cosas” —empleado el término en un sentido latísimo— son, a un tiempo, iguales y desiguales, iguales en ciertos respectos y desiguales en otros, lo que puede *justificar* que se las trate igualmente en lo que tienen de iguales, y desigualmente en lo que tienen de diversas. “Las dos formas de tratamiento tendrán entonces fundamento, serán objetivas, desde el ángulo visual de las cosas. Si las trato igualmente, invocaré su real igualdad para decir: ‘igual a lo igual’. Si las trato desigualmente, invocaré su desigualdad para decir: ‘trato desigual a lo desigual’. Luego con estas fórmulas nada se adelanta. Parecen obvias, pero pierden valor práctico cuando queda en claro que en los casos concretos ya no se sabe si lo que hay que atribuir es lo igual o lo desigual.”¹⁷⁹

Para obtener, cada vez, la solución jurídica correcta, hay que echar mano de otros criterios, distintos del de justicia. Por ejemplo: “éste no nos dice si hay que conceder a todos los ciudadanos el mismo derecho de elección y de voto, o si conviene establecer gradaciones de acuerdo con las capacidades atribuidas a cada uno en materia política. En otras palabras: no nos indica si hay que aplicar el principio conmutativo o el distributivo. Ambas cosas son justas. Pero ello no impide que en un Estado determinado y en cierta época pueda muy bien decirse que es lo objetivamente correcto. Habrá que preguntar de qué manera queda mejor garantizada la solución de los asuntos públicos. Se investigará qué es más útil, políticamente hablando, y qué puede realizarse con mayor facilidad en la práctica. Habrá que esclarecer qué corresponde mejor al desarrollo histórico y a la situación del Estado, así como

¹⁷⁸ Hans Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Polygraphischer Verlag A. G., Zürich, 1941.

¹⁷⁹ Nef, *op. cit.*, pág. 105. Sobre la tesis de Nef: E. García Máñez, “Igualdad y justicia en el pensamiento de Hans Nef”, en *Didnoia*, 1963, págs. 3-33.

a la condición intelectual de los ciudadanos. Todos éstos son puntos de vista a cuya luz se juzgará lo absolutamente correcto, pero puntos de vista que ya no tienen que ver con la justicia".¹⁸⁰

Contrariamente a la tesis de Nef, nosotros pensamos que el problema de lo justo no consiste en descubrir semejanzas y diferencias, creyendo que con ello se justifica *cualquiera* forma de tratamiento, sino en *determinar qué notas tienen y cuáles no tienen relevancia jurídica*. Los juicios que comprueban semejanzas o diferencias en los objetos —o en las personas— son puramente enunciativos, por lo que el tratamiento de los casos concretos exige una *valoración* de la igualdad o de las diferencias. La norma de derecho, ya la prescriptiva, ya la atributiva, deriva, pues, directamente, del *juicio de valor*, y no del que comprueba, en tal o cual respecto, la existencia de notas comunes o de atributos diferenciadores. Hay que distinguir, por tanto, los *juicios de igualdad o desigualdad*, el *de valor* relativo a la relevancia jurídica de las notas comunes o los atributos diferenciadores, y la *norma de tratamiento* que, de acuerdo con aquellos juicios, impone obligaciones u otorga derechos subjetivos. La relación entre los primeros y la última puede ejemplificarse así:

1) 'El sujeto *A* es igual al sujeto *B* en el respecto *C*' (*juicio de igualdad*).

2) 'La igualdad de *A* y *B* en el respecto *C* es jurídicamente esencial' (*juicio de valor*).

3) 'El sujeto *A* tiene derecho a ser tratado, en el respecto *C*, en forma igual que el sujeto *B*' (*norma de tratamiento*).¹⁸¹

No podemos admitir que tanto el principio *suum cuique tribuere* como la máxima *trato igual a lo igual y desigual a lo desigual, proporcionalmente a su desigualdad*, sean fórmulas huecas y, por ende, inutilizables. Heinrich Henkel ha demostrado que, *en su aspecto negativo*, indudablemente brindan criterios que excluyen, por ser contrarias a la justicia, determinadas soluciones. Y esos criterios resultan de que entrambas fórmulas exigen un tratamiento *sujeto a reglas y a medidas objetivas*.¹⁸² Las decisiones *arbitrarias* no pueden ser justas. Toda ordenación social significa, en consecuencia, "exclusión de la arbitrariedad". El tratamiento debe, además, fundarse en pautas objetivas. Sería injusto, por tanto, el que sólo obedeciese a deseos de venganza o, para poner otro ejemplo, el que hiciese depender el ejercicio de los derechos políticos del peso o la estatura de los ciudadanos.¹⁸³

De las máximas que hemos citado también es posible derivar criterios *positivos* para la justa ordenación de las relaciones interhumanas. Aquéllas adquieren, observa Henkel, un sentido distinto de acuerdo con las "situacio-

¹⁸⁰ Nef, *opus cit.*, pág. 116.

¹⁸¹ Cfr. E. García Máynez, artículo citado en la nota 179, 13, pág. 29.

¹⁸² Henkel, *opus cit.*, pág. 309.

¹⁸³ *Idem.*

nes fundamentales" de la vida social. Por eso Aristóteles, al distinguir entre justicia *distributiva* y justicia *conmutativa*, tomó como punto de orientación dos modelos básicos, que siempre se repiten en esas situaciones fundamentales.¹⁸⁴ El primero presupone un nexo de *supra* y *subordinación*, en que por un lado aparece, en posición preeminente, el representante de un todo social y por el otro se encuentran los miembros del mismo, a quienes, en ese su carácter de miembros, corresponden y se les atribuyen determinados derechos y deberes. Esta atribución no debe ser caprichosa, sino que ha de basarse en criterios o pautas que, en su sentido más general corresponden a lo que Henkel llama "dignidad" o "merecimiento" de las personas.¹⁸⁵ El modelo de que estamos tratando condiciona, por ejemplo, las relaciones de las sociedades con sus socios, o las de las empresas con sus trabajadores. De acuerdo con el análisis de Henkel, el "tribuere" consiste, en estos casos, en el otorgamiento o imposición de derechos o de cargas; el "suum" se determina por el grado de los "merecimientos" (ya en el sentido positivo, ya en el negativo del vocablo), y la *igualdad* debe ser proporcional a esos "merecimientos".¹⁸⁶

Podemos, en consecuencia, decir que la *iustitia distributiva* resulta vulnerada: a) cuando la atribución de derechos o de obligaciones no se basa en los merecimientos; b) cuando no es *proporcional* a ellos.

La justicia *conmutativa* supone, en cambio, una *relación de coordinación* entre dos (o más) miembros de un todo. El "equilibrio de ésta puede hallarse alterado, verbigracia, por un cambio de la situación de las partes en lo que respecta a sus propiedades o posesiones, cuando dicho cambio no obedece al azar, sino a hechos imputables a uno de los miembros de la relación. Lo que la justicia exige en tal hipótesis se logra *restableciendo la igualdad* entre los sujetos, "sin acepción de personas, de acuerdo con el principio de la *aequalitas rei ad rem*".¹⁸⁷

El principal caso de aplicación del segundo de los dos modelos se da, como enseña Aristóteles, en el "comercio recíproco" de los particulares, que puede ser, según el mismo filósofo, "libre" o "no libre". Libre, en materia de contratos, por ejemplo. No libre, tratándose de daños provocados por actos ilícitos o delictuosos.¹⁸⁸ En el primer supuesto, la justicia demanda "equivalencia" de las prestaciones; en el segundo, "proporcionalidad" de la sanción o de la pena.

Henkel sostiene, a nuestro modo de ver con razón, que es erróneo afirmar que la fórmula de la justicia conmutativa debe aplicarse siempre que los sujetos son considerados como iguales, y la de la justicia distributiva, por

¹⁸⁴ Cfr. Henkel, *opus cit.*, pág. 310.

¹⁸⁵ *Idem.*

¹⁸⁶ Henkel, *opus cit.*, pág. 311.

¹⁸⁷ *Idem.*

¹⁸⁸ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Libro V, 2, 1130^b, 30.

el contrario, cuando son considerados como desiguales. El empleo de uno u otro de los dos principios no debe hacerse depender del *punto de vista* de quien juzga las relaciones, atendiendo ya a lo que las iguala, ya a lo que las distingue, sino basarse en la índole de la *situación fundamental* en que las partes se hallan una frente a la otra, es decir, en que tal situación sea o no de *supra* o subordinación.¹⁸⁹

En lo que atañe a la justicia distributiva es posible, de acuerdo también con Henkel, establecer diferentes criterios de acuerdo con la naturaleza de lo que se trata de distribuir. Uno de los primeros problemas a que todo legislador se enfrenta es el de atribución de la *capacidad jurídica*. Relativamente a él, lo decisivo, desde el punto de vista de lo justo, es que al determinar el grado del “merecimiento” se tome en cuenta, ante todo, la aptitud de ser o no titular de derechos subjetivos. En cuanto a la llamada *capacidad contractual*, la medida de ésta indiscutiblemente deriva de la aptitud de las personas para conocer y apreciar la importancia de los hechos productores de consecuencias de derecho. De aquí resulta la necesidad de establecer diferencias de acuerdo con la edad o con incapacidades debidas a trastornos mentales, imbecilidad, alcoholismo etc. Y es claro que tales distingos, y otros del mismo jaez, se basan siempre en la “naturaleza de las cosas”.¹⁹⁰ En cuanto a la atribución de *derechos políticos*, el “merecimiento” está condicionado no sólo por la mayor o menor “madurez cívica” de los sujetos, sino por la importancia de su participación en la vida del Estado.

Al sector de la justicia distributiva corresponde asimismo el otorgamiento de derechos subjetivos y posiciones jurídicas. Los criterios aplicables son tantos, y de tan diversa índole, que sólo es posible ofrecer algunos ejemplos. La atribución de *derechos procesales*, verbigracia, se basa en el principio de que las partes deben tener igualdad de oportunidades para la defensa de sus pretensiones, por lo que sus “armas” deben ser, también, iguales. Otro ejemplo interesante es el de concesión de diversas formas de ayuda en casos de desastre, carencia involuntaria de trabajo, lesiones sufridas durante una guerra, enfermedades, etc. En todos estos casos, los criterios de atribución con-

¹⁸⁹ Cfr. Henkel, *opus cit.*, pág. 312.

¹⁹⁰ Henkel, *opus cit.*, pág. 313. Sobre el concepto “naturaleza de las cosas”, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: Gustav Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, Sonderausgabe MCMLX, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt; Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter & Co., Berlín 1950, Zweiter Hauptteil, Fünftes Kapitel, II, págs. 118-131; Werner Maihofer, *Vom Sinn menschlicher Ordnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt del Meno, 1956; Norberto Bobbio, “Über den Begriff der ‘Natur der Sache’”, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1958, XLIV, 3, pág. 310; E. García Máynez, *Lógica del Raciocinio Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1964, cap. 1, 7; Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich y Berlín, 1964, 2. Teil, 25, pág. 288, y artículos de W. Maihofer, Alessandro Baratta, Herbert Schambeck y Karl Engisch sobre “naturaleza de las cosas” en el volumen titulado *Die ontologische Begründung des Rechts* (Herausgegeben von A. Kaufmann). Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1956.

sisten, por una parte, en el grado y medida de la necesidad y, por otra, en la capacidad de ayuda de la organización estatal.¹⁹¹

Si volvemos a la justicia conmutativa, encontraremos que también es posible, como lo prueban los desarrollos de Henkel, señalar diferentes “grupos” de relaciones. El primero está constituido por las de cambio o trueque, en que la justicia no exige “igualdad de lo intercambiado —ya que las cosas “iguales” no suelen cambiarse— sino *equivalencia* de las prestaciones. Otro caso regido por el principio conmutativo es aquel en que se obliga al pago de una indemnización por daños injustamente causados. De justicia “correctiva”, más que “conmutativa” debe, por último, hablarse, cuando alguien provoca, sin fundamento, una alteración de los derechos de propiedad o posesión, o se enriquece, sin justa causa, en perjuicio de un tercero. En la hipótesis de la *restitutio* lo que la justicia reclama es la devolución del objeto —es decir, no *igualdad*, sino *identidad* del mismo— y, cuando ello no es posible, pago de una indemnización adecuada.¹⁹²

La última conclusión a que Henkel llega, tras de discutir *in extenso* los criterios que permiten dar un contenido a las fórmulas de la justicia, es que éstas no representan “una norma suprema, con base en la cual resulte posible obtener, de modo inmediato, soluciones para los casos concretos, ni tampoco una norma de la que podamos deducir un sistema jurídico de corte iusnaturalista. Los dos principios no constituyen, pues, fórmulas normativas cuya materia baste por sí sola para resolver cuestiones jurídicas singulares. Ello resulta de que su contenido sólo puede manifestarse en conexión con relaciones dadas, las de orden social que se trata de juzgar. De estas relaciones resultan criterios de juicio de los cuales hemos destacado, como especialmente importantes, los contenidos y pautas del orden axiológico-social, la ‘naturaleza de las cosas’ en sus múltiples contenidos significativos y los datos históricos de cada situación concreta. Estos elementos se funden con las consideraciones de justicia para producir una unidad”.¹⁹³

Otro de los valores fundamentales del derecho es el de seguridad jurídica. Siguiendo a Th. Geiger, cabe hablar de una *seguridad de orientación* y otra de *realización*. La de *orientación*, o *certeza del orden*, deriva del conocimiento del *contenido* de las normas. Este saber tiene, según el sociólogo alemán, un aspecto activo y otro pasivo. Sé qué formas de conducta pueden los demás esperar o no esperar de mí, y qué comportamientos puedo yo esperar o no esperar de ellos. Sé, igualmente, qué especies de comportamientos se hallan, en determinadas circunstancias, libres del riesgo, en perjuicio mío o de los otros, de provocar determinadas consecuencias sancionadoras. “Pero si las leyes no son claras; si se suceden unas a otras con demasiada

¹⁹¹ Henkel, *opus cit.*, pág. 314.

¹⁹² Henkel, *opus cit.*, págs. 314 y 315.

¹⁹³ Henkel, *opus cit.*, pág. 321.

rapidez; si las decisiones de los órganos administrativos no se encuentran claramente limitadas y la práctica de los tribunales es oscilante, entonces me encuentro en un estado de inseguridad de orientación, pues ignoro qué comportamientos me expondrán al mencionado riesgo.”¹⁹⁴

De seguridad jurídica puede también hablarse en el sentido de *seguridad de realización, o confianza en el orden*. La última no está ya referida al conocimiento y relativa fijeza del *contenido* de las normas, sino a la *eficacia* de éstas, que, como arriba dijimos, no se encuentra condicionada solamente por actos de cumplimiento (espontáneo o voluntario) sino por actos coactivos. Queremos recordar que aquélla es, para nosotros, *elemento* del derecho, concebido como orden *concreto* o *real*.

En cuanto a la relación entre los valores fundamentales de que hemos estado tratando, el de justicia y el de seguridad, deseamos insistir, nuevamente, en que la eficacia de un sistema normativo injusto, cuando la injusticia del mismo rebasa cierta linde y los intentos de reforma pacífica fracasan, normalmente provoca actitudes de resistencia, que a la postre quebrantan tal eficacia y acaban por convertirse en factores de inseguridad y rebeldía.¹⁹⁵

f) Sólo nos queda preguntarnos a quién debemos, en el caso del derecho, considerar como ordinante. La respuesta está implícita en los desarrollos anteriores. Si prescindimos de las *normas individualizadas de índole privada* (es decir, de los contratos y los testamentos), que tienen su origen en la autonomía de los particulares y, por ende, son creadas por ellos, podemos decir que todas las normas de oriundez no consuetudinaria, es decir, por una parte las *genéricas* y, por otra, las *individualizadas de carácter público* (resoluciones judiciales y administrativas) son inmediatamente creadas por órganos del Estado. Las costumbres jurídicas pueden ser vistas como creación de la sociedad, pero su incorporación al sistema estatal depende de que aquéllos órganos reconozcan, explícitamente o de modo implícito, su fuerza obligatoria.

En la medida en que los particulares intervienen en la elección de los órganos legislativos o, a través del ejercicio de los derechos de acción y petición, contribuyen a la creación de normas individualizadas, cabe también considerarlos, aun cuando sólo sea en forma indirecta, como ordinantes. En este sentido amplio, ordinante es toda persona (individual o colectiva) que, ya directa, ya indirectamente, participa en la formulación de normas jurídicas, genéricas o individualizadas.

Habiendo señalado los elementos estructurales de todo orden jurídico, estamos ya en condiciones de proponer la definición que recoge y recom-

¹⁹⁴ Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, H. Luchterhand Verlag, Neuwied am Rivein y Berlín, 1965, 101 ss, 194, 266, 270, 278.

¹⁹⁵ Cfr. E. García Máynez, *La definición del Derecho*, cap. VII, v) y Henkel, *opus cit.*, 3. Teil, 31, 2, págs. 348 y 349.

pone en su unidad los mencionados elementos. Héla aquí: *Derecho es un orden instaurado por el hombre para la realización de valores sociales, cuyas normas, integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible, son creadas y, en caso necesario, impuestas, por la organización que determina las condiciones y los límites de su fuerza obligatoria.*

EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ

CENTRO DE ESTUDIOS FILOSÓFICOS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO