

SEGUNDA PARTE  
PROBLEMÁTICA JURÍDICA

<i>Capítulo Segundo: El deber jurídico</i> . . . . .	124
1. El deber jurídico como restricción . . . . .	124
2. El deber jurídico como probabilidad . . . . .	125
3. El deber jurídico como temor . . . . .	126
4. El deber jurídico como validez de una norma . . . . .	126
5. Identidad del sujeto del deber y del objeto potencial de la sanción.	127
6. Los órganos del Estado como únicos sujetos del deber . . . . .	127
7. El deber “ajurídico” de sancionar . . . . .	128

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL DEBER JURÍDICO

El deber jurídico no es probabilidad de ser sancionado, ni temor a una pena, ni restricción de libertad, sino la única posibilidad lógica de ser libre.

F.E.V.B.

#### 1. EL DEBER JURÍDICO COMO RESTRICCIÓN

Ya hemos visto en el capítulo anterior, que para García Máynez el deber jurídico es “la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras, de exigir de la primera una cierta conducta, positiva o negativa”. Esta es una definición eminentemente meta-jurídica, por cuanto habla de una “libertad exterior”, lo cual nos obliga a considerar que alguien es libre fuera del derecho, o sea, físicamente indeterminado.

Ahora bien, si por persona entendemos un centro ideal de imputación normativa, de imputación de facultades y obligaciones, la misma es forzosa y necesariamente indeterminada, es decir, libre, ya que la estaremos considerando como constituida por normas y la normatividad, el deber ser, para que sea tal, tiene que pensarse como dirigido a sujetos capaces en principio de desobedecer el mandato, porque si así no fuera no habría normatividad sino simple legalidad natural. La persona es así libre porque puede ejercitar o no sus derechos subjetivos, y también, porque puede cumplir con sus deberes jurídicos o dejar de hacerlo. Luego, el deber jurídico no restringe sino que posibilita lógicamente el ejercicio de la libertad, que es libertad jurídica. Así, es inadmisibles en esta dirección el concepto de deber jurídico que examinamos.

Si por persona entendemos a la unidad biológica hombre, entonces no podemos hablar de libertad en ningún sentido, porque al hombre se le conoce como fenómeno causal, como un ser, y por ende, como ineludiblemente determinado en la relación de causa a efecto, ya que la indeterminación es algo por completo ajeno al mundo del ser. No se diga que el hombre se propone fines y que, mediante decisiones de su voluntad, actúa en el mundo de la naturaleza, pues aun cuando esto es cierto,

Realizar un fin no es otra cosa que producir un efecto deseado; pero un efecto sólo puede ser producido mediante un proceso causal y necesari-

rio, ya que no hay efecto sin causa. La afirmación de que una acción futura es representada como fin, cuando dicha acción no se realizaría sin la intervención del sujeto, es falsa, pues nada nos autoriza a colocar nuestra actividad fuera del proceso causal (Kelsen).

Por tanto, tampoco hay libertad en la realización de fines. Igualmente hay determinación en la elección del fin y en la selección de los medios para alcanzarlos, toda vez que estos actos sólo pueden estar presididos por motivaciones psicológicas que actúan causalmente. El pensamiento objetivo no conoce otra clase de motivación. En consecuencia, es asimismo inadmisibile en este sentido el concepto de deber jurídico que venimos estudiando.

Y si por persona se entiende una entidad metafísica distinta del hombre y del sujeto de derecho, entonces estaremos frente a una mera preocupación subjetiva, pero no ante una realidad científica. Ya precisaremos que la metafísica no es ciencia, sino una actividad similar a la astrología, la alquimia o el ocultismo.

## 2. EL DEBER JURÍDICO COMO PROBABILIDAD

John Austin se refiere al deber jurídico “como la probabilidad de sufrir el daño implicado en la sanción”,<sup>1</sup> y de igual manera lo entiende Max Weber, sin comprender que una obligación de derecho no puede admitir grados y que “la existencia de un deber es la *necesidad legal*, no la *probabilidad fáctica* de una sanción”.<sup>2</sup> Esto es, tan obligado se está a no robar cuando tenemos una policía enfrente, como cuando nos encontramos ante el arca abierta, por más que en el primer caso la probabilidad de ser sancionados sea mucho mayor que en el segundo.

Por tanto, definir el deber jurídico como probabilidad de sufrir el daño implicado en la sanción, constituye el error de confundir una posibilidad causal con una necesidad normativa. Además, ya se vio que no toda sanción es daño, pena o castigo, sino que también puede ser reparación, premio o recompensa.

<sup>1</sup> Austin, John, *Lectures on Jurisprudence*, 5th. ed., 1885, 90. Citado por Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 179: “Mientras más grande es eventualmente el daño, y mayor la probabilidad de sufrirlo, mayor es la eficacia del mandato y más grande la fuerza de la obligación; o mayor la probabilidad de que el mandato sea obedecido y de que el deber no sea violado”. Weber, Max: “La significación sociológica del hecho de que alguien tenga, de acuerdo con el orden jurídico del Estado, un derecho subjetivo, es la de que tiene una probabilidad, garantizada realmente por una norma jurídica, de requerir la ayuda de la maquinaria coercitiva para la protección de ciertos intereses ideales o materiales”. *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriss der Sozialökonomie)*, III, Abt., 1922), p. 371.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 175.

### 3. EL DEBER JURÍDICO COMO TEMOR

En otro fascículo de su obra, John Austin, autor de la teoría analítica del derecho, describe al deber jurídico como un estar obligado, y el estar obligado es para él “estar expuesto a una sanción, en el supuesto de desobedecer el mandato...” y temer esa sanción.<sup>3</sup> En el inciso anterior vimos que el deber jurídico no es una posibilidad causal, y como el estar expuesto a una sanción es precisamente eso, dejaremos de lado este aspecto del pensamiento de Austin. El temor de la sanción es un elemento psicológico que, como tal, no puede ser apto para cualificar objetivamente al deber jurídico, ya que es un dato eminentemente subjetivo. En efecto, muchas personas no temen una pequeña sanción pecuniaria, como una multa administrativa de escasa cuantía, y sin embargo, no por ello dejan de estar indirectamente obligadas a observar la conducta querida por el legislador del mismo modo que se está indirectamente obligado a no asesinar, aun cuando la pena capital con que esta conducta pudiera encontrarse sancionada, produzca en el ánimo de la mayoría de las personas un gran temor. El deber jurídico es necesidad legal, no miedo irracional a daño alguno.

### 4. EL DEBER JURÍDICO COMO VALIDEZ DE UNA NORMA

Para Hans Kelsen, “El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción”,<sup>4</sup> esto es, la validez de una norma que hace depender una sanción de la conducta contraria a la que constituye dicho deber. O en otras palabras, el deber jurídico es el propio derecho objetivo contemplado a través del sujeto obligado por la norma positiva.

Aquí conviene recordar que al derecho subjetivo lo habíamos definido en términos similares, como el mismo derecho objetivo visto a través del sujeto *facultado* por la norma positiva. Con esto queremos destacar que ni el deber jurídico ni el derecho subjetivo se implican el uno al otro ni, por ende, se condicionan lógicamente. Los conceptos que hemos dado tanto de la obligación como de la facultad jurídica, no son definiciones por género próximo y diferencia específica, sino definiciones dialécticas por conceptos coordinados. El deber se entiende como validez de la norma, como vigencia del derecho objetivo, pero éste no es otro que el orden que establece deberes coercibles. O sea, que los conceptos de norma de derecho y de deber jurídico se iluminan mutuamente. Sin deber no puede haber derecho; en cambio, la facultad o derecho subjetivo no es indispensable para conceptualizar al derecho objetivo. Se ha dejado perfectamente establecido que las normas del derecho penal contemporáneo, por ejemplo, no conceden a nadie derechos subjetivos.

<sup>3</sup> Austin, *Op. cit.*, p. 444.

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, *Op. cit.*, p. 61.

## 5. IDENTIDAD DEL SUJETO DEL DEBER Y DEL OBJETO POTENCIAL DE LA SANCIÓN

Según Kelsen, cuando la sanción va dirigida contra un individuo diferente del violador inmediato, el sujeto del deber no coincide en la realidad con el objeto potencial de la sanción. Por ejemplo, cuando un padre tiene que pagar (sanción) los daños que su menor hijo (infractor) ocasionó a la propiedad vecina. Lo anterior no es exacto. Si el padre debe pagar los daños causados, ello significa que jurídicamente es el infractor de la norma, por cuanto para el derecho representa a la comunidad familiar. O más estrictamente, para el derecho el padre y el hijo son, en esta relación jurídica, una misma persona, de manera que no se puede decir que uno destruyó y el otro pagó, como no se lo diría en el caso de que los daños los hubiera causalmente realizado una bestia propiedad del sancionado. El derecho atiende siempre a la realidad, pero no a la realidad natural, sino a la realidad normativa. Causalmente, padre e hijo, bestia y dueño, son dos unidades biológicas distintas. Jurídicamente, progenitor y descendiente, animal y amo, son una misma cosa en ciertas relaciones jurídicas, como las que analizamos.

Igual cosa ocurre si, verbigracia, el gerente de una sociedad deja de pagar la renta por el local en que se encuentra el domicilio social, pues la sanción de desocupación por ejemplo, no se le aplica a él sino a la sociedad, y causalmente padecen las consecuencias de aquella omisión todos los miembros de la agrupación. Esto se debe a que, para el derecho, en la citada relación jurídica de arrendamiento, los miembros de la sociedad son una sola cosa, una misma persona.

Conviene recordar que ya se precisó con el máximo rigor que la realidad natural y la realidad jurídica son distintas que ninguna condiciona a la otra, pese a que se da entre ellas una relativa coincidencia, un cierto paralelismo.

Por tanto, siempre hay identidad entre el sujeto del deber y el objeto potencial de la sanción.

## 6. LOS ÓRGANOS DEL ESTADO COMO ÚNICOS SUJETOS DEL DEBER

El acto antijurídico realizado por un particular, por un súbdito del orden, no sólo no es violatorio de ningún deber jurídico, de ninguna norma primaria, de ningún precepto sancionador, sino que constituye precisamente el supuesto de esta clase de normas, que por ser coercibles, son las únicas que poseen en sí mismas, originariamente, el carácter jurídico. La conducta que debe observar el particular, la enuncia siempre una norma secundaria. De estos dos preceptos: “A quien no pague sus deudas (supuesto) se le compelerá a hacerlo mediante la ejecución forzada sobre su patrimonio (sanción)”, y “Deben cubrirse los compromisos contrados”, el primero se dirige a los órganos del Estado encargados de realizar la ejecución forzosa, y el segundo, que es la norma jurídica secundaria, se refiere a los particulares.

Así, no podremos encontrar un solo ejemplo de norma jurídica primaria que se dirija a los súbditos del orden, porque si lo hiciera transformaría a éstos en órganos estatales. Aun en los derechos primitivos que todavía no superaban la etapa de la venganza privada, es cierto lo anterior, pues si bien es verdad que en muchos casos el orden autorizaba a los particulares para aplicar ellos mismos la sanción, también lo es que cuando actuaban éstos como ejecutores de las consecuencias normativas, lo hacían en calidad de órganos del Estado, el cual delegaba en las propias víctimas la facultad de castigar al infractor de sus derechos. Luego, únicamente los órganos del Estado pueden ser destinatarios de deberes jurídicos en sentido estricto, o sean, los que imponen las normas jurídicas primarias o sancionadoras.

## 7. EL DEBER “AJURÍDICO” DE SANCIONAR

Cuando un órgano del Estado tiene el deber jurídico de sancionar a una persona, al realizar ésta el supuesto de la norma que establece aquel deber, deviene en sujeto de otra norma que estatuye una sanción en contra de ese órgano del Estado, para el caso de que no cumpla su obligación de sancionar al particular infractor. El deber de sancionar al órgano violador de su respectiva obligación, corre a cargo de un segundo órgano del Estado que, a su vez, puede estar obligado por otra norma sancionadora, que prevea el caso de que él mismo no cumpliera con su correspondiente deber de sancionar al órgano inferior. Y así sucesivamente, hasta encontramos con un órgano del Estado, generalmente uno de los órganos supremos del mismo, que ya no tiene obligación de sancionar al órgano inferior, sino la simple potestad de que sus actos sean considerados, actos orgánicos constitutivos de derecho, por lo que jurídicamente puede sancionar o no al órgano infractor de su correspondiente deber.

Veamos esto con más claridad en el siguiente ejemplo: Un particular realiza el supuesto de una norma jurídica (a), pero el órgano (uno) encargado de aplicar la sanción, no cumple su deber de hacerlo. Tal cosa constituye el supuesto de otra norma (b), cuya sanción debe aplicar un diverso órgano (dos) del Estado, el incumplimiento por parte de este segundo órgano, de su deber jurídico de castigar al órgano uno, constituye a su vez *uno de los supuestos* de otra norma (c), cuya sanción debe imponer un órgano supremo (tres). Pero como si el órgano tres no sanciona al órgano dos, su omisión no constituye el supuesto de otra norma sancionadora, entonces su conducta viene a ser el *segundo supuesto* de la norma c, que si no se realiza, impide el surgimiento de la sanción para el órgano dos, y si se efectúa, representa un acto jurídico constitutivo de consecuencias normativamente válidas, o sea, que es un acto orgánico constitutivo de derecho, para llevar a cabo el cual está expresa o tácitamente facultado el órgano por el orden jurídico positivo. O con más claridad, un órgano del Estado es supremo

cuando su actividad, al menos en ciertas relaciones jurídicas, se encuentra en todo caso de acuerdo a derecho, por tener la facultad de crearlo.

Es pertinente aclarar que no se puede sostener con Verdross que el órgano tres (supremo), tenga un deber “ajurídico” de sancionar al órgano dos, por cuanto una obligación que no tenga su origen en una norma positiva, sólo puede ser una mera preocupación subjetiva, un “deber” axiológico inadmisibles por la teoría, máxime cuando pretende imponerse nada menos que como la norma fundamental del sistema, al presentarse como un “deber” moral de obediencia al derecho positivo, por parte de los órganos supremos del Estado. Este “deber” carecería de toda objetividad, porque muy bien podrían dichos órganos enfrentarse en un caso concreto, a otro “deber” moral diferente, que les “mandase” (o mejor, impulsase psicológicamente) actuar de manera distinta a la prescrita por la norma.