

PRIMERA PARTE

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

<i>Capítulo Primero: Concepto del derecho (Estado de la investigación)</i> . . . . .	39
1. El derecho . . . . .	39
2. Irracionalidad del derecho: Marcadé. Demante. García Rojas . . . . .	40
3. La postura coercitivista: Baudry-Lacantinerie, Chéneaux, Zacharías, Aubry y Rau, Bufnoir, Falck, May, Gèny, Ihering, Jellinek, Duguit, Levy-Ullmann, Del Vecchio, Kelsen, García Máynez . . . . .	41
4. Principales concepciones iusnaturalistas del derecho . . . . .	43
5. El sociologismo . . . . .	45
a) Goodhart. Ehrlich. Holmes. May. Richad. Charmont. Pound . . . . .	45
b) Kelsen. Verdross . . . . .	46
c) Doctrina romano-canónica . . . . .	47

# PRIMERA PARTE

## CONCEPTOS FUNDAMENTALES

## CAPÍTULO PRIMERO

### CONCEPTO DEL DERECHO

#### (Estado de la Investigación)

Hasta el siglo XIX se llamó derecho, indistintamente, a 4 cosas diferentes: a) Un arte empírica; b) Un conjunto de aspiraciones subjetivas de justicia; c) Formas de comportamiento causal altamente probables; y d) Normas positivas de conducta.

F.E.V.B.

#### 1. EL DERECHO

Asomarse por vez primera al problema de precisar qué es el derecho, produce perplejidad por la increíble diversidad de conceptos o definiciones que de este objeto existen. Parece que cada autor dedicado a estudios jurídicos describe al derecho con rasgos totalmente disímbolos. De modo que la regla de oro de toda investigación, consistente en partir de la historia de los esfuerzos que la humanidad ha realizado para resolver un determinado problema, se presiente muy difícil de cumplir en este caso.

Sin embargo, debemos hacerlo y afianzarnos con firmeza en aquella parte del conocimiento denominado historia del derecho, es decir, en el *feri* cultural constituido por aquellas investigaciones que se han connotado indisputablemente como jurídicas; antes de dar un segundo paso en esta cuestión.

De momento, empero, podemos ahorrarle al lector tal esfuerzo por hoy innecesario, dado que ya tenemos una clara pauta para iniciar esta investigación. En efecto, todas las distintas concepciones del derecho son reducibles, sin mayor dificultad, a uno de cuatro esquemas fundamentales o, en todo caso, a una de cualquiera de las posibles combinaciones entre sí de los propios esquemas.

Ellos son, primero, el de los autores que niegan en forma expresa o tácita la posibilidad de un conocimiento objetivo del derecho, al presentarlo como un arte o técnica social que tiende a realizar o realiza un específico ideal de justicia y que sostienen la imposibilidad de conceptualizarlo o definirlo mediante el procedimiento aristotélico de precisarle un género próximo y señalar su diferencia específica, por cuanto no admiten o no ha llegado a su conocimiento la existencia de formas diversas para definir, como la genética o la dialéctica.

El segundo de tales esquemas es el que estima el derecho como un orden coactivo de la conducta. No todos los autores adscritos a esta dirección expresan con igual pulcritud metódica el postulado de la coerción, pero el mismo aflora con mayor o menor nitidez en sus respectivas elaboraciones. La mayoría de los investigadores que admiten tal principio lo combinan con otro u otros de los que estamos apuntando.

Como tercer esquema, englobador de una gran cantidad de concepciones del derecho, tenemos al de los autores que lo consideran como una parte de la naturaleza, bien sea de carácter divino bien de tipo racional, y lo afirman como un orden justo ya terminado e invariable, o como un orden que tiende a realizar la justicia y se encuentra en permanente elaboración y ajuste a las circunstancias históricas.

Por último, existe un variado grupo de tratadistas que miran al derecho como un objeto o ser causal, por cuanto afirman que sólo o que también es derecho el orden que realmente acata la comunidad, es decir, las normas que tienen eficacia —aunque sea una poca o, al menos, pertenezcan a un orden eficaz en lo general—. O en otras palabras: que debe ser lo que es o lo que, de alguna manera, puede llegar a ser.

Dentro de alguno de los grupos precisados o de cualquiera de sus varias combinaciones a dos, tres o hasta cuatro miembros, podremos insertar todas las definiciones del derecho que hasta ahora se han producido. Posiblemente enfrentemos alguna duda al pretender señalar el esquema de adscripción de la doctrina de ciertos autores, por lo confuso de sus concepciones. Pero esta duda quedará resuelta si incluimos tales doctrinas bajo dos o más rubros distintos cada una.

Fuera de las cuatro direcciones fundamentales del pensamiento del derecho que hemos apuntado, sólo podría existir una concepción diversa: la que lo entendiera como “orden bilateral (imperoatributivo) de la conducta” (León Petrazisky y Giorgio Del Vecchio).

Lo anterior demuestra que la jurisprudencia, como disciplina científica, no se encuentra tan perpleja como pudiera estarlo si, frente a cada autor, tuviera necesidad de renovar su análisis del punto de partida fundamental de la investigación jurídica: el concepto de derecho.

## 2. IRRACIONALIDAD DEL DERECHO

Marcadé expone que el derecho es un arte y no una ciencia: el arte de distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo.<sup>1</sup> En la misma dirección, Demante considera contradictoriamente que el derecho, “como ciencia”, es el arte de distinguir lo justo de lo injusto.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Explication Théorique et pratique du Code Napoléon*, 6a. edición, tomo 1, p. xxv, núm. 1, 1869.

<sup>2</sup> *Cours analytique du Code Civil*, tomo 1, cap. primero.

Los juristas mencionados sostienen en sus concepciones, de manera expresa el primero e implícita el segundo, que el derecho es incognoscible. Esto es, un irracional por no poderse reducir a concepto. Marcadé niega directamente la calidad de objeto de conocimiento objetivo o científico al derecho. Demante expresa una incongruencia: que una actividad racional (la ciencia del derecho) es arte empírica (habilidad de la voluntad subjetiva para diferenciar lo que dogmáticamente se estima valioso de lo que se siente o cree no valioso).

Autores más sagaces, como García Rojas, sostienen la imposibilidad de definir (concebir) al derecho, por entender que el procedimiento aristotélico de precisar un género próximo y una diferencia específica del objeto que se estudia, no puede ser satisfecho en el caso del derecho.<sup>3</sup>

Efectivamente, el derecho no es conceptualizable a partir de un género supremo: la normatividad o deber ser, pues no existe ningún criterio objetivo de lo universalmente debido desde el punto de vista axiológico o estimativo. Luego, si el derecho es deber ser y resultara posible conceptualizarlo (definirlo) científicamente, entonces el deber jurídico sería el único criterio racionalmente necesario y universalmente exigible de normatividad.

Por tanto, a estas alturas de la investigación, no contamos con ningún concepto de normatividad capaz de funcionar como género próximo de lo jurídico. Antes por el contrario, puede afirmarse que si el derecho es algo racional constituirá un género supremo, un predicamento como dirían los seguidores de la lógica clásica.

Y si esto fuese así, resultaría un falso problema el de tratar de distinguir entre el derecho y otras supuestas especies normativas. Ahora bien, ¿tendrán razón quienes, consciente o inconscientemente, postulan al derecho como un irracional, si el mismo no es racionalizable (definible) por género próximo y diferencia específica? Desde luego que no están en lo correcto, porque existen otros procedimientos para definir: el genético y el dialéctico, y porque sí es conceptualizable el derecho en términos precisos, como veremos en el capítulo siguiente.

### 3. LA POSTURA COERCITIVISTA

Baudry-Lacantinerie y Chéneaux sostienen que el derecho es el conjunto de preceptos que rigen la conducta del hombre en relación con sus semejantes y merced al cual es posible, a la vez que justo y útil, asegurar su cumplimiento mediante la coacción exterior.<sup>4</sup> En sentido similar se afirma por Zacharías, que la noción que se inscribe en reglas en las que lo característico es que su observación puede ser impuesta al hombre por vía de *coacción*

<sup>3</sup> García Rojas, Gacriél, "Sobre la indefinición del Derecho", *Jus*, núms. 1, 2, y 3.

<sup>4</sup> Baudry-Lacantinerie, con la colaboración de G. Chéneaux, *Précis de droit civil*, 4ª edición, 1891, p. 1.

exterior o física, es el derecho.<sup>5</sup> En idéntica línea, Aubry y Rau expresan que el derecho es el conjunto de preceptos o reglas de conducta, a la observancia de las cuales está permitido sujetar al hombre por una *coacción* exterior o física.<sup>6</sup>

Con parecida orientación a los anteriores, Bufnoir concluye que el derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida, bajo la *sanción del poder social*, la libertad del hombre en conflicto con la libertad de otro;<sup>7</sup> Falck asienta: entendemos por derecho un conjunto de preceptos y reglas, a los cuales los hombres que viven en un Estado o sociedad civil, están sometidos de tal modo, que pueden, en caso de necesidad, ser constreñidos a observarlos por la *aplicación de la fuerza*;<sup>8</sup> y Gastón May dice que el derecho es un conjunto de preceptos que todos los miembros de la sociedad reconocen como regla de sus relaciones recíprocas, y cuyo mantenimiento asegura el poder social por medio de la *sanción*.<sup>9</sup>

François Gèny, en dirección diversa, extensamente expone que el derecho es el conjunto de reglas a las cuales está sometida la conducta exterior del hombre en sus relaciones con sus semejantes, y que, bajo la inspiración de la idea natural de justicia, en un estado dado de la conciencia colectiva de la humanidad, aparecen susceptibles de una *sanción social*, necesariamente coercitiva, y son o tienden a ser dotadas de semejante sanción y se presentan bajo la forma de mandamientos categóricos, que dominan las voluntades particulares para asegurar el orden de la sociedad.<sup>10</sup>

Para Ihering, el derecho es la forma que reviste la garantía de las condiciones vitales de la sociedad, fundada en el *poder coactivo* del Estado.<sup>11</sup> León Duguit concluye que el derecho es la línea de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, como la garantía del interés común, y cuya violación ocasiona una *reacción colectiva* contra el autor de dicha violación.<sup>12</sup>

Georg Jellinek opina que el derecho es el conjunto de reglas para las acciones humanas, que se refiere a las relaciones externas y mutuas de los hombres, y que proceden de una autoridad exterior reconocida, y cuyo *carácter obligatorio está garantizado por poderes exteriores*.<sup>13</sup> Levy-Ulmann asienta que el derecho es el deslinde de lo que los hombres y sus agrupaciones tienen

<sup>5</sup> MC. S. Zacharias, *Cours de droit civil francais*, Estrasburgo, 1839, traducción de Aubry y Rau.

<sup>6</sup> *Cours de Droit Civil Francais*, tomo 1, París, 1897, p. 2.

<sup>7</sup> *A son Cours de droit civil*, 1888.

<sup>8</sup> *Cours d'introduction generale a' l'etude du droit*, 1841, p. 3.

<sup>9</sup> *Eléments de droit romain*, 11ª edición, París, 1913, p. 4.

<sup>10</sup> Gèny, François, *Science et technique en droit privé positif*, primera parte, nú mero 16, p. 51.

<sup>11</sup> *Der Zweck im Recht* (El fin en el derecho), traductor L. Rodríguez, Madrid.

<sup>12</sup> *L'Etat, le Droit objectif et la loi positive*, París, 1901; y *Traité de Droit constitutionnel*, París, 1927.

<sup>13</sup> *Teoría general del Estado*, traductor Fernando Ríos Urruti, 2ª Ed., Cía. Editorial Continental, México, 1958, p. 274.

libertad de hacer y de no hacer, sin incurrir en una *condena*, en un *embargo* o en una acción particular de la *fuerza*.<sup>14</sup>

Del Vecchio expone que el derecho es la coordinación de la libertad bajo forma imperativa.<sup>15</sup>

Kelsen afirma que el derecho es el orden *coactivo* y soberano de la conducta.<sup>16</sup>

García Máynez expresa que el derecho es una regulación bilateral, predominante exterior y *coercible* del comportamiento humano.<sup>17</sup>

Los juristas cuyas concepciones se han transcrito señalan, con mayor o menor énfasis, a la coercibilidad (enlace por la norma de una sanción a la realización de un cierto supuesto) como elemento de sus nociones del derecho. Naturalmente que, entre ellos, existen variantes muy profundas, pues los hay que destacan fundamentalmente el carácter coercible del orden jurídico, otros como Baudry-Lacantinerie, Chéneau y Gèny que subordinan tal carácter a la idea de justicia de los contenidos normativos, y otros más, como García Máynez, que dan a la coercibilidad carácter predominante pero no esencial.

Entre los autores mencionados hay algunos para quienes el concepto de coercibilidad no es totalmente claro, como Baudry-Lacantinerie, Chéneau, Bufnoir, Falck, Gastón May, Gèny, Duguit, Jellinek, pues hablan indistintamente de *coacción exterior* al sujeto, sanción del *poder social*, aplicación de la *fuerza física*, *poderes exteriores*. Pero en lo general, sus concepciones son reducibles dentro del amplio rubro de tesis coercitivistas.

#### 4. PRINCIPALES CONCEPCIONES IUSNATURALISTAS

La actividad histórica que llamamos iusnaturalismo es el equivalente en el campo del conocimiento social, de la metafísica. Se caracteriza en términos generales porque, consciente o inconscientemente, postula al derecho como una parte de la naturaleza, bien en su totalidad, bien en sus principios supremos. El derecho natural es, en esta dirección, un orden justo e invariable, o bien, un orden que tiende a realizar la justicia mediante el constante ajuste de la diversidad de las circunstancias históricas a los principios universales e inmutables que, junto con aquéllas, lo constituyen en su expresión normativa concreta.

Esta segunda corriente iusnaturalista afirma como variable no al derecho natural mismo, sino a sus diversas concreciones históricas, en las que existen dos elementos: la absoluta justicia de sus primeros principios y la circunstan-

<sup>14</sup> *La definición del Derecho*, traductor César Camargo Marín, Madrid, 1925, p. 182.

<sup>15</sup> *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 5ª edizione, A. Giuffrè, Milano.

<sup>16</sup> *Teoría general del Estado*, traductor Luis Legaz y Lacambra, Editora Nacional, S. A., México, 1951, pp. 68 y 142.

<sup>17</sup> *La definición del derecho*, ed. mimeográfica de Octavio Calvo Marroquín, México, 1950.

cia accidental a que éstos se conjugan, dando lugar a diversos enunciados justos de un mismo principio.

El problema fundamental a que siempre se han enfrentado todos los iusnaturalismos, es el de la determinación inequívoca del concepto de justicia, que no podrá ser resuelto en tanto se persista en considerarlo como anterior al concepto de derecho.

Entre las más importantes nociones del derecho a que ha dado lugar la corriente iusnaturalista, aparte de las ya transcritas en el inciso 3 de Baudry-Lacantinerie, Chéneaux y Gèny, podemos señalar en primer término la producida por Inmanuel Kant, para quien “El derecho es la noción que se deduce de las condiciones bajo las cuales la facultad de obrar de cada uno puede armonizarse con la de otro, según una ley universal de libertad”<sup>18</sup> Aquí la justicia se identifica con la democracia contractualista de Rousseau.

En el mismo sentido, Tanon expresa que:

El derecho es el orden que tiene por objeto la determinación de las relaciones obligatorias de coexistencia y de cooperación de los hombres entre sí, de acuerdo con sus intereses individuales y colectivos y con las ideas de justicia grabadas en la conciencia social.<sup>19</sup>

Este autor añade a la noción kantiana de coexistencia contractualista, la de cooperación que es, según él, esencial y característica de toda sociedad.

Gustav Radbruch sostiene que:

El derecho, como realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la Idea del Derecho, a la Justicia; es el conjunto de las ordenaciones generales para la vida humana en común.<sup>20</sup>

Y, por último, la conocida fórmula de Rudolf Stammler que afirma: *Das Recht ist das selbstherrlich, unverletzbar verbindende Wollen* (“El derecho es el querer autárquica e inviolablemente entrelazante”).<sup>21</sup>

Conviene aclarar que el querer o voluntad a que Stammler se refiere, no pasa de ser una voluntad subjetiva, porque tiene carácter causal y, por ende, no posee ninguna diferencia esencial con la voluntad psicológica, individual. Decimos que la relación teleológica constitutiva —según este autor— del querer o voluntad, es la propia relación de causalidad, porque:

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

<sup>18</sup> *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, y *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797.

<sup>19</sup> *L'Evolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 158.

<sup>20</sup> *Filosofía del derecho*, traductor José Medina Echeverría, Madrid, 1933.

<sup>21</sup> *Tratado de filosofía del derecho*, traductor, Wenceslao Roces, editorial Reus, Madrid, 1930.

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 de la naturaleza.<sup>22</sup>

## 5. EL SOCIOLOGISMO

a) *Goodhart. Ehrlich. Holmes. May. Richard. Charmont. Pound.* Arthur L. Goodhart sostiene que el derecho es el conjunto de deberes respecto de los cuales los destinatarios de los mismos reconocen su obligatoriedad. Este autor, aparte de sostener una tesis de rasgos anarquistas, afirma implícitamente que es derecho la regla eficaz por cumplirse voluntariamente.

En forma similar, Eugen Ehrlich define al derecho como la ordenación u organización de la conducta humana, de acuerdo con la cual los hombres *efectivamente* se conducen. El causalismo de este escritor es notorio por cuanto expresa que es jurídica la norma que se cumple, o sea, que debe ser lo que es. Afirma que:

Es enteramente obvio que cada hombre vive en innumerables relaciones y que, con pocas excepciones, cumple de manera voluntaria los deberes que en virtud de esas relaciones le corresponden.<sup>23</sup>

Concluye que únicamente respecto de esas excepciones entran o pueden entrar en acción las normas que aplican los tribunales, cuando ha sido violado un deber jurídico, y que sólo con relación a estas normas es fundamental la sanción, pues el cumplimiento forzado de todos y cada uno de los preceptos del derecho, no podría ser logrado por ninguna organización estadual. Este pensador pasa por alto la distinción radical entre conocimiento natural y conocimiento normativo, por cuanto pretende que algo que es propio y exclusivo de la esfera del ser (los motivos psicológicos de la conducta efectiva de los hombres), puede ser explicado en la esfera peculiar y también exclusiva del deber (la existencia o inexistencia de una obligación jurídica). El objeto de estudio de la ciencia del derecho es cómo *deben conducirse* las personas, no cómo *se conducen* realmente. Esto es, que la jurisprudencia estudia al derecho como conjunto de normas válidas de conducta, y no la representación psicológica de los contenidos jurídicos en relación con la conducta de los hombres.

Oliver Wendell Holmes postula una tesis que entiende al derecho como “Conjunto de profecías sobre lo que los tribunales harán realmente cuando un hombre se conduzca en determinada forma”.

Gastón May dice que el derecho es un conjunto de preceptos que todos los

<sup>22</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho positivo*, cap. III.

<sup>23</sup> Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Sociologie des Rechts*; citado por Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 25

miembros de la sociedad *reconocen* como regla de sus relaciones recíprocas, y cuyo mantenimiento asegura el poder social por medio de la sanción. Esta tesis viene a ser esencialmente idéntica a la de Goodhart.

Buscando cómo la experiencia puede engendrar una determinada noción del derecho, Gastón Richard alude a éste como “Constreñimiento a deberes que, aun antes de conocer su naturaleza, no los presentamos *a priori* como exigibles”.<sup>24</sup>

Para Charmont el derecho es:

El conjunto de medios con la ayuda de los cuales cada grupo se protege contra las perturbaciones suscitadas por alguno de sus miembros o contra la hostilidad de los demás grupos, reduciendo la concurrencia vital al mínimo indispensable.<sup>25</sup>

“Control social mediante la aplicación sistemática de la fuerza”, de la sociedad políticamente organizada. Así define al derecho Roscoe Pound, quien agrega:

Una norma social es jurídica si su infracción o su inobservancia provocan la aplicación —como amenaza o de hecho— de la fuerza física por parte de un individuo o de un grupo que posee el privilegio socialmente reconocido de dicha aplicación.<sup>26</sup>

b) *Kelsen. Verdross.* Ya hemos visto que para Hans Kelsen el derecho es el orden coactivo y soberano de la conducta, por lo cual su pensamiento parece estrictamente encuadrable en el ámbito de la corriente coercitivista. Sin embargo, no es así. Con todas las reservas y limitaciones que su innegable talento le permiten acumular, Kelsen implica que el deber ser jurídico está subordinado al ser causal, lo cual, aunque se resista la conclusión, hace que aquél forme parte de éste, no obstante reservársele una específica movilidad dentro de él. En efecto, el jefe de la Escuela de Viena expresa, que:

Si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay sin embargo una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerando en su totalidad, es eficaz.

A continuación aclara, escolásticamente, que “la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma” y que la:

Relación entre validez y eficacia sólo es cognoscible, empero, desde el pun-

<sup>24</sup> *Essai sur l'origine de l'idée du Droit*, París, 1892, p. 247.

<sup>25</sup> *L'Esprit juriste (le droit et l'esprit démocratique)*, 1908, pp. 120-121.

<sup>26</sup> E. A. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, p. 28.

to de vista de una teoría dinámica del derecho, que se ocupe en el problema de la razón de validez y en el del concepto de orden jurídico.<sup>27</sup>

Agrega que para una teoría estática sólo es problema la validez del derecho.

En Alfred Verdross, “un orden jurídico es positivo si se le individualiza, y en tanto que se le individualiza”.<sup>28</sup> Así, la positividad del derecho constituye una jerarquía de actos de individualización: creación de una norma por aplicación de otra norma más general que la primera del mismo derecho, el cual, de este modo, es un sistema regulador de su propia producción (formación y ejecución). Y no se diga, con Kelsen, que es “una ilusión creer que de ese modo la positividad dejaba de ser un problema inmanente del sistema jurídico”, por replantearse en cada grado del orden jurídico el problema de las relaciones entre el derecho como norma y el de la realidad adecuada a la norma, como realidad de la naturaleza; pues positividad es referencia del deber ser al ser que constituye la realidad jurídica, diversa de la realidad natural; además, lo anterior no es la postulación de un dualismo metafísico, sino la constitución simultánea de dos realidades, similar a la existente entre la naturaleza creada por la física clásica y la determinada por la física relativista; y la totalidad de los fenómenos normativos es plenamente comprensible sin necesidad de recurrir a la naturaleza, a las relaciones de causalidad, a la “eficacia” de las normas, pues éstas sólo prescriben sanciones y si, con el deseo de evitar esas consecuencias normativas, se piensa que en algunos casos tal finalidad sólo se obtendría con la realización de actos bien necesarios, bien imposibles dentro de la relación causal, estaremos frente a un doble error: 1. El de confundir la auténtica norma jurídica, la que sanciona, con la regla técnica que ella implica para eludir su actualización, o sea, la que expresa la conducta que habrá de observarse para no realizar el supuesto de la norma, y 2. Que ningún acto es causalmente necesario o imposible en el terreno de la realidad social, que sólo se constituye mediante declaraciones de obligatoriedad, las cuales valdrán normativamente por muy absurdas que parezcan a una mentalidad ligeramente versada en el conocimiento natural, si se producen en la forma jurídicamente prescrita para pronunciarlas.

El propio Kelsen admite que, para el punto de vista de una teoría estática del derecho, no viene en cuestión el problema de la eficacia y que la naturaleza del derecho sólo puede captarla ese punto de vista estático y totalizador del fenómeno jurídico, que no es una norma aislada sino un conjunto de normas que poseen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema.

c) *Doctrina romano-canónica.* La doctrina tradicional, denominada teoría romano-canónica, considera que el derecho no sólo está compuesto por las normas que el Estado mantiene en vigor o reconoce como jurídicas, sino también por aquellas que, aun cuando carecen del reconocimiento estadual,

<sup>27</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 43.

<sup>28</sup> Verdross, Alfred, citado por Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 327.

reúnen las características de *inveterata consuetudo* y *opinio iuris seu necessitatis*. *Inveterata consuetudo* es, para tal doctrina, la reiteración relativamente constante de ciertas formas de comportamiento, y *opinio iuris*, la convicción engendradora en el ánimo de quienes practican esas formas de comportamiento o costumbres, de que las mismas son fuentes jurídicas de obligaciones y facultades. Se ha objetado a esta tesis que el derecho es deber ser y que la *inveterata consuetudo*, en tanto acaecer causal y la *opinio iuris*, en cuanto convicción psicológica, pertenecen al campo del ser, de la naturaleza, por lo que no son elementos idóneos para caracterizar a lo jurídico.

De que algo sea puede inferirse que algo fue o que algo será, mas nunca que otra cosa deba ser. Lo que debe ser puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando, empero, como algo obligatorio (Kitz).

Este divorcio absoluto entre el ser y el deber, sostenido también por Kant, Fichte y Radbruch, entre otros, es combatido por Schleiermacher y Jellinek, en cuanto estiman, el primero, que si nada sucede en el mundo del ser en virtud de la norma, ésta no sería tal sino una simple proposición teórica, y el segundo, que como la repetición constante de ciertas formas de conducta, termina por engendrar en quienes la practican la idea de que son jurídicamente obligatorias, parece que en los hechos existe una cierta fuerza normativa. Aquí debemos aclarar que para Jellinek el derecho es un hecho de conciencia, aun cuando pretende eludir el subjetivismo de su posición, arguyendo que el hecho psicológico de sentirse obligado por una norma, no depende del capricho individual, sino que esta convicción es la del promedio de un pueblo.<sup>29</sup> Independientemente de lo anterior, podemos afirmar que si el Estado no reconoce una costumbre como jurídica, aunque la misma reúna los elementos *inveterata consuetudo* y *opinio iuris*, no existe ningún criterio objetivo ni, mucho menos, exacto, para saber si tal costumbre es realmente jurídica o no lo es, pues cabe preguntar ¿cuándo hay *inveterata consuetudo*?, ¿cuándo la costumbre se observa en un determinado porcentaje de casos?, ¿qué porcentaje?, ¿del 50%, del 80%, del 90% o de algún otro? También cabría preguntar ¿cuándo existe *opinio iuris*?, ¿basta la convicción de una mayoría de la mitad más uno de los miembros de una comunidad, respecto al carácter jurídico de una costumbre, para que la misma sea jurídica?, o ¿se requiere una mayoría de los dos tercios?, o ¿de qué otra proporción? Cualquier respuesta que se diera a estas preguntas tendría el mismo fundamento que otra distinta, y entonces nos quedamos sin pauta alguna para saber qué es el derecho, por el camino del conocimiento causal.

<sup>29</sup> Jellinek, *Teoría general del Estado*, p. 274.