

IV. ELEMENTOS DE UN SISTEMA LEGAL

1. *Disposición jurídica (vs. enunciado jurídico)*

Alchourrón y Bulygin, sugieren que un sistema jurídico puede ser definido como un conjunto de enunciados (que constituyen la llamada base axiomática del sistema y que nosotros llamamos disposiciones jurídicas) que contienen todas sus consecuencias.¹⁵⁰ Para que un sistema tal sea normativo, las disposiciones jurídicas que forman la base deben contener algunos que sean normas, llamadas

¹⁵⁰ Si las reglas de pertenencia de S disponen que para que una disposición jurídica sea considerada elemento de S , debió haber sido emitida explícitamente por las autoridades competentes del sistema legal S , entonces, el conjunto S se denomina *base* del sistema legal. Por otro lado, si las reglas de pertenencia de S son tales que además de la *base*, todas las disposiciones jurídicas que derivan lógicamente de la *base*, es decir, las consecuencias lógicas de la *base* son consideradas elementos del sistema, decimos que estamos en presencia de membresía implícita. *Cfr.* Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 42, p. 391. En el caso de membresía implícita si todas las disposiciones jurídicas que son consecuencia lógica de la base de S , pertenecen también a S , el sistema define su cerradura bajo la noción de la consecuencia lógica. *Cfr.* Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 19, p. 311.

por nosotros provisiones; las provisiones son discurso directivo que correlaciona ciertas circunstancias fácticas (casos) con determinadas consecuencias jurídicas (soluciones).¹⁵¹

Es un poco exagerado sostener que derecho y conjunto de enunciados es lo mismo. Lo que sí podemos afirmar, sin mayor temor, es que el derecho puede ser expresado mediante el lenguaje, ésta es una de sus principales características,¹⁵² y ello no niega la posibilidad de que existan disposiciones jurídicas que nunca hayan sido expresadas mediante lenguaje.

Oraciones como “se impondrá prisión de diez a treinta años a quien cometa el delito de homicidio”, “*stare decisis et non quieta movere*” o “el sistema legal inglés ha sufrido cambios radicales en los últimos cien años”, son ejemplos de oraciones que interesan a la ciencia jurídica, mas no puede decirse que todos esos enunciados sean elementos de un sistema jurídico. ¿Qué requiere una oración para ser parte de un sistema legal? Para responder a esta pregunta tenemos primero que distinguir ciertos términos.

¹⁵¹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, pp. 23 y ss.

¹⁵² Von Wright, Georg Henrik, *op. cit.*, nota 35, p. 370.

Una primera diferencia es aquella entre lenguaje y discurso. El lenguaje es un fenómeno racional y social que se constituye por las reglas sobre el uso de los sonidos, formas y medios de expresión sintácticos y léxicos. Es el elemento base de todos los sistemas de comunicación del pensamiento humano. El discurso, por su parte, es el acto concreto de la utilización del lenguaje actualizado por el hablante en un momento particular. Podemos también distinguir dos tipos de discurso, indicativo y directivo. En términos muy burdos el discurso indicativo se constituye de enunciados que describen un estado de cosas, es decir, un tema pensado como real. En este sentido el discurso indicativo puede ser calificado como verdadero o falso pues conlleva cierta información. El discurso directivo, por su parte, expresa una idea —acción concebida como forma de conducta—. ¹⁵³ De las definiciones de discurso indicativo y directivo un punto importante a tener en mente es que solamente los enunciados pertenecientes al discurso indicativo son susceptibles de ser calificados de falsos o verdaderos.

Con lo anterior, podemos decir que los sistemas jurídicos están constituidos básicamente por dos tipos de oraciones: aquellas que tienen como propósito influenciar el comportamiento de los hom-

¹⁵³ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, pp. 13, 17, 24, 41.

bres,¹⁵⁴ es decir, son discurso directivo, y aquellas que dan coherencia a las primeras. Ambos tipos de oraciones constituyen los elementos mínimos de un sistema legal y les hemos denominado “disposiciones jurídicas” (véase cuadro anexo).

Es necesario poner en claro que el estudio del derecho se da también mediante el uso del lenguaje, a través de enunciados de reflexión sobre los sistemas legales y sus elementos, a dichos enunciados de reflexión les denominamos “enunciados jurídicos”. Los enunciados jurídicos tienen una función “académica” y deben ser diferenciados de las disposiciones jurídicas que estudian. Los enunciados jurídicos, enunciados sobre las disposiciones jurídicas, pueden definirse como “proposiciones condicionales que expresan que, conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el orden jurídico determina”.¹⁵⁵

Un ejemplo de una disposición jurídica sería la resolución de un juez que señala: “se condena al actor al pago de daños y perjuicios”. Este último tipo de oración al no ser un enunciado sobre un objeto de conocimiento, sino una orden, prohibición,

¹⁵⁴ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 159.

¹⁵⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 84.

permisión o autorización, no puede ser descrito como verdadero o no verdadero. Solamente los enunciados que pertenecen al discurso indicativo siguen las reglas de la lógica, ya que la consecuencia lógica es una relación que preserva la verdad.¹⁵⁶ Nuevamente, los enunciados que forman parte de un sistema jurídico dado no son discurso indicativo, sino directivo. El derecho ordena, permite, faculta, pero no “informa”.¹⁵⁷

Sin embargo, los enunciados jurídicos al llevar implícita cierta información respecto a las disposiciones jurídicas, pueden ser calificados de falsos o verdaderos. Un enunciado jurídico tiene, por tanto, la siguiente forma general: *P* debe ser el caso y es verdadero, si y solo si, existe en cierto sistema jurídico una disposición que tenga el efecto que *P* debe ser el caso.¹⁵⁸

Frente a la distinción entre disposición jurídica y enunciado jurídico, Kelsen observaba que “dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones —es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos— no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no-contradicción y las reglas de infe-

¹⁵⁶ Von Wright, Georg Henrik, *op. cit.*, nota 35, p. 371.

¹⁵⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, pp. 23, 84, 88.

¹⁵⁸ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, pp. 46 y 47.

rencia”.¹⁵⁹ Esto es, si el derecho es principalmente discurso directivo, prescriptivo, ¿cómo puede tener lógica discursiva? La dificultad es referida como el dilema de Jørgensen, quien dio una expresión particularmente clara de la dificultad de conciliar la dicotomía ser/deber ser, con las aspiraciones de los lógicos por penetrar con sus instrumentos al reino de lo normativo.¹⁶⁰

No obstante, los avanzados estudios sobre lógica deóntica, las opiniones sobre si existe una lógica de las disposiciones jurídicas o simplemente una lógica de los enunciados jurídicos, están altamente divididas. Kelsen, sostenía al respecto que:

Los principios lógicos, si bien no directamente, por lo menos indirectamente, pueden ser aplicados a las normas jurídicas, en tanto y en cuanto esos principios sean aplicables a los enunciados jurídicos que describen esas normas... dos normas jurídicas se contradicen... cuando los enunciados jurídicos que las describen se contradicen; y una norma jurídica puede ser inferida de otra, cuando los enunciados jurídicos que las describen pueden articularse en un silogismo lógico.¹⁶¹

¹⁵⁹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 87.

¹⁶⁰ Jørgensen, Jørgen, “Imperatives and Logic” (1937), citado por Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 195.

¹⁶¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 87.

La cerradura lógica de un sistema legal propuesta por Bulygin anteriormente y que ha sido tratada en la sección de los límites de un sistema legal, es por tanto, cuestionada pues no está claro que de una norma pueda derivarse “lógicamente” otra norma.

Supongamos que en un sistema jurídico S contenga la disposición jurídica x , donde $x = \text{Fumar}$ está prohibido, y al mismo tiempo exista la disposición jurídica y , donde $y = \text{Fumar}$ no está prohibido. ¿Existe un principio lógico por el cual una de las dos disposiciones pueda decirse no existe en el sistema jurídico? En este ejemplo, la disposición jurídica coincide con el enunciado jurídico, quizá si la disposición jurídica fuera “ $x = \text{se prohíbe fumar}$ ”, entonces el enunciado jurídico sobre x podría ser “ $e(x) = \text{en el sistema jurídico } S, \text{ fumar está prohibido}$ ”, y entonces el enunciado “ $e(y) = \text{en el sistema jurídico } S, \text{ fumar no está prohibido}$ ”, pudiera llevarnos a pensar que existe una contradicción lógica entre los enunciados. Los problemas han sido querer derivar de la lógica aplicada a los enunciados $e(x)$ y $e(y)$ la inexistencia de la disposición jurídica x o y dentro de S . Los abogados prácticos no tienen mayor problema en aceptar que el sistema jurídico S , puede tener como elementos tanto a x como a y . Como nosotros lo vemos no existe una contradicción lógica entre x y y , ya que ambos enunciados

son discurso directivo; por otro lado, tampoco existe contradicción lógica entre $e(x)$ y $e(y)$, pues puede ser cierto que ambas sean verdad por extraño que parezca, es decir, que x y y sean elementos de S . La contradicción lógica se da entre los contenidos de las disposiciones jurídicas x y y ,¹⁶² y esto es así porque es imposible para una y la misma persona cumplir al mismo tiempo con lo ordenado por x y y . La contradicción no se da entre las normas, sino entre la posibilidad de su obediencia.¹⁶³

Hemos visto que el derecho es un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. El derecho puede ser visto como una matriz que identifica personas y situaciones en forma abstracta, y que este reino de lo normativo aparece como una alternativa del mundo real, que la función de lo normativo es llevar a los seres humanos a alcanzar tal ideal. Generalmente, se ha pensado que tal ideal es racional y, por lo tanto, se exige que dicho ideal no tenga contradicciones en el contenido de lo que ordena. No obstante, los sistemas jurídicos tienen antinomias y no cumplen con el supuesto de racionalidad.

¹⁶² Von Wright, Georg Henrik, *op. cit.*, nota 35, p. 373.

¹⁶³ Celano, Bruno, "Norm Conflicts: Kelsen's View and a Rejoinder", en Paulson, Stanley (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 350.

En particular podemos decir que un sistema jurídico es racional si cumple las siguientes condiciones: *a)* si al cumplir con una disposición jurídica x no se incumple con una disposición jurídica y , es decir, es consistente, y *b)* es cerrado en el sentido de Alchourrón y Buligyn, es decir, si $x+y \in S$, debe ser el caso también que $x \in S$, aunque no haya sido emitida explícitamente por los órganos de S .

Respecto a los enunciados jurídicos, sobre las disposiciones jurídicas, Raz distingue dos tipos: directos e indirectos. Los enunciados jurídicos directos incluyen operadores normativos como “está permitido”, “se debe”, o predicados normativos como “tiene el derecho”, “tiene el deber”. Los enunciados jurídicos directos hacen referencia a las disposiciones jurídicas que forman parte de un sistema jurídico. Cualquier otro tipo de oraciones sobre disposiciones jurídicas que no tenga ni operador ni predicado normativo, será denominado enunciado jurídico indirecto. La oración “el sistema legal inglés ha sufrido cambios radicales en los últimos cien años”, es un ejemplo de un enunciado jurídico indirecto.

Por otro lado, los enunciados jurídicos directos pueden ser puros o aplicativos.

Puros si la existencia de ciertas normas es suficiente para hacerlos verdaderos. Serán aplicativos

si existe una norma y un hecho que conjuntamente sean suficientes para hacerlos verdaderos... ‘los habitantes de Oxford deben hacer *A*’, es un ejemplo de uno puro... será aplicativo si existe una disposición que diga que los habitantes de ciudades con población mayor a los 100,000 habitantes deben hacer *A* y Oxford tiene una población superior a los 100,000.

Lo anterior, es relevante ya que el conjunto de todos los enunciados jurídicos puros que refieren a un sistema jurídico, describen completamente dicho sistema.¹⁶⁴

2. *Provisiones (vs. no-provisiones)*

Los elementos de un sistema legal los hemos denominado disposiciones jurídicas. Toda disposición jurídica puede ser ubicada en cualquiera de los siguientes dos conjuntos excluyentes: *a*) disposiciones jurídicas que buscan regular la conducta humana de manera mediata (provisiones) y *b*) todas las demás disposiciones jurídicas (no-provisiones).¹⁶⁵ Si parti-

¹⁶⁴ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 49.

¹⁶⁵ Hart divide a las disposiciones jurídicas en dos tipos: del primero y del segundo tipo. Las del primer tipo se caracterizan por imponer deberes; las del segundo tipo confieren poderes (facultades), públicos o privados, de forma que mediante su

mos del supuesto de que el sistema legal es normativo, es decir, tiene como una de sus funciones el guiar la conducta humana,¹⁶⁶ las no-provisiones pueden ser interpretadas como disposiciones jurídi-

ejercicio pueden crearse nuevas del primer tipo. Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 97, pp. 78 y 79.

Ross hace una división similar a la de Hart, pero utiliza otros términos. Ross divide a las disposiciones jurídicas en “normas de conducta” y “normas de competencia y procedimiento”. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 32. El citado autor establece la diferencia entre ambos tipos de normas de la siguiente manera: “cualquier sistema jurídico bien desarrollado, por ser institucional y dinámico, contiene no sólo normas de conducta, que prescriben cómo actuar, sino también normas de competencia, que regulan cómo pueden crearse, por medio de actos jurídicos, nuevas normas válidas y obligatorias”. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 133.

La distinción de Hart, Ross y la propuesta en este ensayo se parecen en que las tres son binomios; las de Hart y Ross son parecidas además en la intención. Nuestra división, sin embargo, busca ser exhaustiva de todos los elementos de un sistema legal. Las divisiones de Hart y Ross pueden resultar no exhaustivas de todas las disposiciones de un sistema jurídico, pues las llamadas normas de competencia, o del segundo tipo, pudieran no incluir ciertos principios jurídicos que dan coherencia al sistema legal, una división por exclusión, en disposiciones que regulan conducta humana *vs.* todas las demás, evita este problema.

¹⁶⁶ Toda conducta hace referencia a la manera en que los seres humanos guían su vida y acciones, por lo tanto, toda conducta es humana. No obstante, nos hemos permitido calificar a la conducta de humana para efectos de énfasis.

cas que regulan la conducta humana de manera indirecta.¹⁶⁷ Las no-provisiones son en realidad muy importantes, y dentro de ellas encontramos las disposiciones jurídicas que nos ayudan simplemente a aplicar las disposiciones jurídicas que regulan la conducta humana, al condicionarlas, limitarlas, explicarlas. Estas disposiciones jurídicas dan coherencia y sentido al sistema legal.

Por lo anterior, se ha dicho que:

El derecho no es solamente reglas de relación, sino sobre todo de organización. El principal problema de hecho que se propone el ordenamiento jurídico estatal... no es regular las relaciones del Estado con los súbditos y con los funcionarios, sino distinguir sus funciones, coordinarles, separarles, reagruparles, apoyarles o contraponer unos a los otros y controlarlos de esa manera.¹⁶⁸

En cuanto a las provisiones, podemos decir que ellas son el núcleo de la función normativa del derecho. Las provisiones son enunciados de tipo, expresivo (sintomáticos),¹⁶⁹ oraciones sin significado

¹⁶⁷ Como veremos más adelante esto depende de que estas disposiciones legales estén acompañadas de disposiciones de responsabilidad *R-law* o de anulabilidad *V-law*.

¹⁶⁸ Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, p. 90.

¹⁶⁹ Una oración puede tener dos tipos de significados: expresivo (sintomático) o representativo (semántico). La oración

simbólico, pero con la intención de ejercer cierta influencia en el comportamiento de los seres humanos. Las provisiones son discurso directivo, en contraposición a indicativo.

Solamente los seres humanos pueden tener obligaciones, solamente a ellos se les puede dirigir el discurso directivo de forma que se comporten de cierta manera, solamente la conducta humana puede ser el contenido de las provisiones. Cuando se dice, por ejemplo, que la sociedad anónima tiene ciertas obligaciones y debe comportarse de determinada manera para cumplir con ellas, se está hablando en sentido figurado y simplemente se quiere decir que ciertos seres humanos, actuando en su capacidad como órganos de la sociedad anónima deben comportarse de determinada manera, en este caso el lenguaje legal habla de imputa obligaciones a una empresa *qua* subsistema legal, y se refiere a

es representativa si simboliza un estado de cosas, por ejemplo “la guerra ha comenzado”, una oración representativa se denomina también aseveración, ya que se refiere a un estado de cosas y, por lo tanto, puede ser calificada de falsa o verdadera contrastando lo referido con el estado de cosas. Por otro lado, la oración es expresiva si existe una relación entre la experiencia que ha dado lugar al enunciado, pero no expresa ni simboliza un estado de cosa, por ejemplo “cierra la puerta”; en las oraciones expresivas están contenidas las ordenes, mandamientos, sugerencias, deseos, peticiones, que en general pueden ser denominadas directivas. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 7.

la misma *qua* persona, como personificación de dicho subsistema legal.¹⁷⁰ Esta doble visión, *qua* persona, *qua* subsistema es innecesaria por redundante, pero no la discutiremos aquí.

Por otro lado, hemos sostenido que el derecho no es una idealidad y que su función normativa consiste en llevar el comportamiento humano a dicho estado ideal. El derecho se ocupa del cómo debe ser la conducta humana, no del cómo es en realidad; el derecho se ocupa del deber ser, *sollen*, no del ser, *sein*.¹⁷¹

Ahora bien, no toda conducta humana es capaz de ser objeto de una provisión, es decir, de regulación jurídica. Más aún, aunque cierta conducta pueda ser regulada por el sistema jurídico muchas veces dicho sistema no le importa regularla. Así, solamente la conducta intersubjetiva¹⁷² puede ser regulada jurídicamente, y existen muchas conductas intersubjetivas que a cierto sistema legal puede

¹⁷⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 130, p. 526.

¹⁷¹ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 19.

¹⁷² Las acciones humanas tienen dos modos de interferir entre sí: el modo subjetivo y el modo intersubjetivo. La interferencia es subjetiva cuando al hacer se opone el omitir (realizado por la misma persona), y es intersubjetiva cuando al hacer se opone el impedir (realizado por otra persona). Así, la moral es la interferencia subjetiva de las acciones humanas, el derecho y otras normas sociales la interferencia intersubjetiva de las mismas. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 83, p. 11.

no interesarle regular, tales como la obligación social de responder al saludo.

A. Los elementos de una provisión

Hemos dividido a los elementos de un sistema legal, las disposiciones jurídicas, en provisiones y no-provisiones. En esta sección analizaremos las provisiones, es decir, las disposiciones jurídicas cuyo fin directo es normar la conducta humana.

Toda provisión se integra por: *a)* una “situación de conducta”, y *b)* una “solución”.¹⁷³

La “situación de conducta” se compone de un acto humano y las circunstancias que lo rodean, es el conjunto de hechos de los cuales al menos uno es conducta humana.¹⁷⁴ En relación con el acto humano que constituye el núcleo de una situación de conducta, como puede ser el privar de la vida a un prójimo, los otros hechos de la situación son sus circunstancias, privar de la vida a un prójimo mediante envenenamiento.

La conducta humana puede ser positiva o negativa. Una conducta humana negativa no es simple-

¹⁷³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *op. cit.*, nota 151, pp. 23 y ss.

¹⁷⁴ Llamado por Raz “acto elemental”. *Cfr.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 54.

mente falta de movimiento, sino la negación de actuar positivo. Un hombre omite hacer *A* en un momento *t* sólo si en *t* existía una oportunidad de hacer *A*.

Toda conducta humana debe estar a cargo de un ser humano, denominado sujeto activo, que la realiza o no la realiza. Como hemos visto, cuando se dice que una determinada empresa llevó a cabo determinada conducta, estamos frente a una figura del lenguaje. La conducta tiene que ser necesariamente llevada a cabo por un ser humano, aunque sea atribuida a las personas llamadas morales.¹⁷⁵

Puede ser el caso que la conducta humana recaiga sobre otro ser humano, llamado sujeto pasivo. Dicho sujeto pasivo puede incluir animales, plantas u objetos inanimados, en cuyo respecto exista alguien obligado a comportarse de determinada manera, inclusive en el caso de que el acreedor sea un ser humano, el mismo es tan objeto de esa conducta como un objeto inanimado.¹⁷⁶ La provisión refiere a una conducta del sujeto activo en relación con el sujeto pasivo.

¹⁷⁵ “Órgano de una comunidad es aquel individuo que ejerce una función que puede ser *atribuida* a la comunidad” [énfasis en el original] Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 161.

¹⁷⁶ *Ibidem*, pp. 142 y 143.

La solución, por su parte, es la calificación deóntica a la situación de conducta. ¿Qué tipo de calificaciones deónticas existen? Tradicionalmente la conducta humana ha sido clasificada en tres tipos de actos: ordenados, prohibidos y permitidos.¹⁷⁷ Esta clasificación, si es mal entendida puede llevar a las más absurdas conclusiones. Así, por ejemplo, al hablar de los actos permitidos se ha dicho que existe un derecho a sentarse, bailar, reír, dormir. Este es el llamado principio de plenitud: “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”.¹⁷⁸

Como hemos visto, el derecho no puede ni pretende regular toda conducta humana. Ciertos actos del hombre, como el escuchar el canto de un ave, han permanecido libres de regulación jurídica. Las actividades que practica el individuo en la soledad de su alcoba, por ejemplo, abarcan un espacio vacío para el mundo jurídico, por la sencilla razón de que no hay interferencia intersubjetiva en esa forma de conducta. “La contraposición al derecho se haya exclusivamente en aquello que es irreductiblemente antisocial, es decir, por su naturaleza in-

¹⁷⁷ Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 86.

¹⁷⁸ Rinesi, Juan Antonio “Orden Jurídico Positivo”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXI, Buenos Aires, Omeba, p. 52.

dividual. Aquello que tiene tal carácter puede permanecer fuera del derecho”.¹⁷⁹

Los actos no regulados por el derecho, es decir, las situaciones de conducta sin solución deóntica, se denominan “actos libres”. Para un sistema legal, el que un acto humano sea una libertad equivale a decir que no lo regula, que está fuera de su alcance. Para dicho sistema jurídico una libertad es un acto humano indiferente. Ni su realización ni su no-realización resulta en reacciones jurídicas.¹⁸⁰ Es imposible enumerar las libertades que tiene un ser humano ya que la esfera de la libertad la definimos de forma negativa como todo aquello que no es objeto de regulación legal.

No obstante lo anterior, los sistemas legales a veces reconocen una libertad específica y establecen que en dicho sistema legal no se debe invadir mediante regulación alguna a la misma. Ejemplo de lo anterior, puede ser que el sistema legal disponga que cada cual puede ejercer la religión que quiera. Aquí el sistema legal, al reconocer una libertad simplemente reconoce una frontera, un límite a dicho sistema legal y, por tanto, este reconocimiento de la libertad como “el más allá” del sistema jurídico no modifica el razonamiento anterior.

¹⁷⁹ Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, p. 45.

¹⁸⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 121.

¿Qué sucede cuando alguien interfiere e impide a otro realizar los actos libres? Mi libertad de usar una corbata roja significa respecto a mí que: *a*) no estoy obligado a usarla, y *b*) tampoco estoy obligado a no usarla; respecto al resto del mundo significa que nadie tiene ningún derecho sobre mí respecto de dicha libertad, es decir, ningún obstáculo jurídico puede atravesarse al disfrute de mi libertad por usar la corbata roja. Por otra parte, mi libertad no da derecho alguno a los otros para que me suministren la oportunidad de actuar como yo quiero.¹⁸¹ Se tiene la libertad de sentarse en determinado lugar en la playa, pero la libertad no sirve de nada si dicho lugar está ya ocupado. En el sistema legal surge cierta protección legal, misma que se ejerce no para el que interfiere, o para el segundo que pretende ejercer la libertad, sino para aquel que ya la está ejerciendo.¹⁸²

Frente a los actos como respirar, mover la cabeza, levantar el brazo, “lo que en realidad tenemos es la facultad jurídica de impedir que otro interfiera en nuestra conducta, sin estar autorizado para ello por la norma jurídica”. El juicio imperativo es la prohibición general de interferir en las libertades sin autorización legal, el juicio atributivo es la po-

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 122.

¹⁸² Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 164.

sibilidad de realizar todo tipo de conducta no regulada por el derecho sin interferencia permitida. “Lo que existe no es el deber jurídico de impedir a alguien bailar, o dormir, si no el deber jurídico de abstenerse a ejecutar un acto ilícito”¹⁸³ (obligación debida no de forma sinalagmática, entre dos personas, sino de manera *erga omnes*, a la comunidad jurídica como un todo).

Ahora bien, dado que no toda conducta humana está regulada jurídicamente ¿qué tipo de conducta regula el derecho? Una condición necesaria, mas no suficiente, para que la conducta humana sea objeto de regulación legal es que dicha conducta sea intersubjetiva. Sin embargo, la conducta intersubjetiva puede estar regulada jurídicamente o puede no estarlo. Ciertas conductas de interferencia intersubjetiva, como el responder el saludo en la calle, pueden no ser relevantes para el derecho, en virtud de que al orden jurídico correspondiente no le ha importado calificarlas deónticamente y convertirlas así en supuestos normativos jurídicos.

De lo anterior, podemos decir que la conducta humana intersubjetiva puede estar regulada jurídicamente o puede no estarlo, puede ser conducta libre de regulación jurídica. A la conducta humana regulada puede entonces aplicarse la distinción de

¹⁸³ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 83, p. 42.

ordenada, prohibida o permitida; la conducta no regulada simplemente no tiene calificativo deóntico, es libre. La anterior distinción tripartita, se basa en realidad en una distinción bipartita de la solución deóntica de la conducta jurídicamente regulada, solución que depende del tipo de discurso directivo empleado: conducta obligativa (discurso directivo positivo) y conducta no-obligativa (discurso directivo negativo).

El discurso directivo positivo pretende guiar la conducta humana señalando cierta conducta como obligatoria. La conducta puede consistir en un hacer o en un no-hacer, de forma que dentro de los actos obligativos podemos encontrar dos tipos: *a)* prescripción (deber, orden), u obligación de ejecutar determinada conducta, y *b)* prohibición u obligación de no ejecutar determinada conducta.¹⁸⁴

El discurso directivo negativo, por su parte, pretende guiar la conducta humana sin señalar determinada conducta como obligatoria, sino que posibilita que la misma se ejerza o no, a consideración del sujeto activo, dependiendo de las circunstancias.

En virtud de que los actos no-obligativos se definen por exclusión de los obligativos tenemos una

¹⁸⁴ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 163, Von Wright, Georg Henrik, *op. cit.*, nota 177, p. 85.

división bipartita de los primeros: *a)* potestativos (no-deberes, no-órdenes, pero sin ser no-prohibiciones), y *b)* permitidos (no-prohibidos, pero sin ser no-deber, no-orden).

No está de más decir que las conductas con solución deóntica no-obligativa (poderes y permisos), deben ser diferenciadas de los actos libres. Las primeras son situaciones de conducta con solución deóntica y los segundos carecen de dicha solución. Las primeras están reguladas por el sistema legal, su hacer o no-hacer tiene consecuencias de derecho, el realizar o no los segundos es indiferente para el sistema legal.

El acto permitido se define como una no-prohibición que no es una no-prescripción. En este sentido, el acto permitido, aparece como una excepción modificativa de una prohibición y, por lo tanto, puede ser interpretado como la negación de una obligación de no ejecutar determinada conducta, es decir, la autorización de ejecutarla bajo ciertas circunstancias.¹⁸⁵

El acto potestativo se define por exclusión de la prescripción y, por lo tanto, puede ser interpretado como la negación de una obligación de ejecutar determinada conducta, ello sin que la ausencia de dicha obligación implique que se trata de un acto

¹⁸⁵ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 116.

libre. El que no exista obligación de ejecutar determinada conducta y, sin embargo, la realización de dicha conducta genere consecuencias de derecho, implica el ejercicio de un poder. Si no se generara ninguna consecuencia en el sistema legal la realización de la actividad sería libre.

Al respecto Von Wright denomina permiso débil al acto libre y permiso fuerte al que nosotros denominamos simplemente permiso.¹⁸⁶ Kelsen denomina, por su parte, permiso negativo al acto libre y permiso positivo al que denominamos permiso.¹⁸⁷ Nosotros preferimos conservar la denominación de “libertad” para los actos no regulados por el derecho, y “permiso” para los actos, que siendo regulados por el derecho, tienen la calificación deóntica de no-prohibidos, sin ser no-deberes.

Ahora bien, como toda conducta humana debe estar a cargo de un ser humano, denominado sujeto activo que realiza o no realiza dicha conducta; y tal actuar, debe recaer sobre un sujeto pasivo (ser humano, objeto u animal), una provisión perfecta, expresa una relación jurídica, es decir, un *nexum* entre dos juicios uno imperativo y otro atributivo. Este binomio imperativo atributivo da lugar a di-

¹⁸⁶ Von Wright, Georg Henrik, *op. cit.*, nota 177, p. 86.

¹⁸⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 15, p. 109.

versas modalidades o lecturas de los calificativos deónticos de la conducta jurídicamente regulada.

Para el caso de la prescripción (y prohibición) decimos que el sujeto A tiene la “obligación” de realizar (o no realizar) determinada conducta en relación con el sujeto pasivo B. Puede ser el caso que desde el punto de vista del sujeto pasivo, B, o un tercero, tenga una “pretensión” en relación con A para que el último realice (o no realice) dicha conducta.

En el caso de los permisos, decimos que el sujeto A tiene autorizado, respecto a B, realizar determinada conducta bajo ciertas circunstancias, no obstante que bajo otras tiene la obligación de no realizarla (lo tiene prohibido). Desde el punto de vista del sujeto pasivo, B, o algún tercero, “no tiene ninguna pretensión” legal en contra de A, si es que el último decide, bajo la autorización, realizar determinada conducta, que normalmente está prohibida.

Para las potestades, decimos que el sujeto A tiene un poder discrecional, “es competente”, para generar consecuencias de derecho que afectan al sujeto B, de forma que si dicho poder es ejercido, el sujeto B queda bajo “sujeción” de A.¹⁸⁸ Nuevamente, si no se generara ninguna consecuencia en el sistema legal con la realización de la actividad, ésta sería libre.

¹⁸⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 114.

En resumen, la conducta jurídicamente regulada (bajo el discurso directivo) es obligativa (mandato) si consiste de una orden o una prohibición, cualquier otro tipo de conducta jurídicamente regulada que no sea una orden o no sea una prohibición será clasificada como no-obligativa. En este sentido, el universo de lo no-obligativo se define por exclusión de lo obligatorio, pero lo no-obligativo está definido dentro del universo de lo jurídicamente regulado, pues si fuera una exclusión no calificada se confundirían con los actos libres. Lo no-obligativo es bastante amplio como para incluir, por ejemplo:

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos... [reglas que] ...no imponen deberes u obligaciones... [sino que] ...en lugar de ello, proveen a los individuos *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coactivo del derecho.¹⁸⁹

Podemos decir que existen dos grandes vertientes de soluciones o calificativos deónticos a la si-

¹⁸⁹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 88, p. 35.

tuación de conducta: *a*) obligativa de hacer (obligación) y obligativa de no hacer (prohibición), y *b*) no-obligativa de potestad discrecional sobre un hacer y de autorización de realizar un acto de otra manera prohibido. El siguiente cuadro sobre los diferentes tipos de soluciones a una determinada situación de conducta puede ser útil para poder explicarnos.

SOLUCIÓN O CALIFICATIVO DEÓNTICO A LA SITUACIÓN DE CONDUCTA

<i>Obligativa</i>		<i>No-obligativa</i>	
Obligación de realizar	Prohibición de realizar	Potestad de realizar	Permiso de realizar algo prohibido

La anterior clasificación parte de la idea de que cada provisión contiene un elemento nuclear que es: *a*) una orden o una prohibición en cuyo caso se trata de una provisión obligativa, o *b*) no es una orden ni es una prohibición, en cuyo caso se trata de una provisión no-obligativa.¹⁹⁰ Respecto de esta clasificación Raz señala que aceptar la posibilidad de

¹⁹⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 58.

provisiones jurídicas no-obligativas presupone a las provisiones jurídicas obligativas, mismas que son anuladas o calificadas por las primeras.¹⁹¹ En esta aseveración, pareciera que Raz piensa en las provisiones jurídicas no-obligativas como accesorias a las obligativas, lo cual en el caso de los permisos es cierto. Así, por ejemplo, una prohibición puede estar acompañada de un permiso, que tenga el efecto de calificar a la primera: “No se prestan libros de la biblioteca por más de quince días. Sin embargo, puede prestarse libros por más de quince días en periodo de vacaciones”.

No obstante lo anterior, las disposiciones jurídicas no-obligativas no tienen por qué ser siempre calificativos a las provisiones jurídicas obligativas, es decir, pueden tener existencia propia.¹⁹² Si bien los permisos pueden implicar excepciones a disposiciones obligativas, las potestades pueden muy bien ser independientes. En efecto, si definimos las soluciones no-obligativas por exclusión de las obligativas, entonces puede haber provisiones jurídicas no-obligativas completamente independientes de las obligativas. Un ejemplo de una provisión jurídica no-obligativa sería la siguiente potestad: “Es fa-

¹⁹¹ *Idem.*

¹⁹² Von Wright, Georg Henrik, *op. cit.*, nota 177, p. 92.

cultad del presidente de la República nombrar y remover libremente al procurador general”.

Cuando la provisión jurídica no-obligativa cumple la función de calificar a una provisión jurídica obligativa, Raz le llama “cláusula”.¹⁹³ El permiso es una cláusula de una prohibición. La observación de Raz pareciera sugerir que una cláusula siempre califica a la provisión obligativa llamada prohibición; sin embargo, no toda cláusula es un permiso, y por ello la cláusula puede calificar todo tipo de provisiones, potestades, permisos y hasta órdenes. Así, por ejemplo, la provisión no-obligativa “es facultad del presidente de la República nombrar y remover libremente al procurador general”, puede ser calificada por una cláusula limitativa que diga “durante los primeros tres años de su gobierno”.

La cláusula cumple la función de especificar circunstancias en las cuales la provisión se aplica o deja de aplicar, por ejemplo, la provisión obligativa: “está prohibido estacionarse frente a las oficinas gubernamentales” puede ser calificada por la siguiente cláusula limitativa “está prohibido estacionarse frente a las oficinas gubernamentales, en el verano”, o por una cláusula de excepción “está prohibido estacionarse frente a las oficinas gubernamentales, sin permiso especial”.

¹⁹³ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, pp. 56 y 57.

También puede ser el caso que se den subcláusulas, “está prohibido estacionarse frente de las oficinas gubernamentales, en el verano, sin permiso especial”, donde la subcláusula de excepción “sin permiso especial” califica a la cláusula limitativa principal “en el verano”.

Para terminar esta sección, es necesario señalar que hemos denominado provisiones a lo que la teoría tradicional llama normas jurídicas¹⁹⁴ o simplemente normas. Para Kelsen, “el significado específico de una norma se expresa en el concepto del ‘deber’. Una norma implica que un individuo debe comportarse de determinada manera”.¹⁹⁵

Debido a la expectativa social y a las posiciones “internas” correspondientes de quienes sostienen tal expectativa, las normas tienen dos características: en primer lugar son estándares de evaluación de la conducta humana. Bajo la norma el comportamiento puede ser juzgado de legal o ilegal.¹⁹⁶ En segundo lugar, las normas son principios que guían el comportamiento.

¹⁹⁴ Que deben distinguirse de las normas religiosas o morales.

¹⁹⁵ Kelsen, Hans, *What is Justice?*, Berkeley, University of California, 1957, p. 210.

¹⁹⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 123.

B. *Provisiones obligativas y sanción*

Una norma que tiene especial importancia para la ciencia jurídica, es aquella que hemos denominado provisión obligativa, misma que crea obligaciones¹⁹⁷ y que en adelante le identificaremos como *D-law*. Se ha dicho que la imposición de obligaciones es la forma primaria y quizá la más importante en que el derecho cumple su función normativa.¹⁹⁸

El término obligación es un tanto ambiguo y como hemos visto se aplica a dos tipos de situaciones: *a)* prescripción, u obligación de ejecutar determinada conducta, y *b)* prohibición, u obligación de no ejecutar determinada conducta.¹⁹⁹ La forma básica de una *D-law* es la siguiente: una persona *P* que se encuentra en una situación *C* está obligada a realizar (prescripción) o a no realizar (prohibición)

¹⁹⁷ La teoría clásica civilista francesa señala que la obligación tiene dos elementos: un deber jurídico y un derecho subjetivo correlativo. Tal distinción ha sido fuertemente criticada por Kelsen, quien señaló que esta distinción podría ser útil para efectos de didáctica, pero por haber sido mal entendida había generado múltiples problemas conceptuales pues no se trata de dos situaciones jurídicas distintas, sino en realidad de dos caras de la misma moneda. Tal discusión no será referida en este ensayo por virtud de salir de los límites del mismo. *Cfr.* Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 140.

¹⁹⁸ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 155.

¹⁹⁹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 163.

un acto *A*. Una *D-law* es así una provisión obligativa donde la solución deóntica es una orden de hacer o no hacer.

Kelsen decía que si el derecho era “concebido como un orden coactivo, una conducta sólo puede ser vista como el contenido de una obligación jurídica, si una norma jurídica enlaza a la conducta contraria un acto coactivo como sanción”.²⁰⁰ En este sentido una *D-law*, para Kelsen, tiene la siguiente forma: Si en una situación *C* una persona *P* no realiza un acto *A*, entonces se hará acreedora a una sanción. Para otros autores la sanción no tiene por qué estar contenida en la *D-law*, sino que puede estar latente dentro del engranaje del sistema legal.²⁰¹ ¿Cuál es la mejor postura?

Al respecto cabe hacer las siguientes observaciones en cuanto a la naturaleza de la sanción y el sistema jurídico:

- En el lenguaje común sanción es un mal dimanado del yerro de forma que es como su castigo. A partir de la idea de libertad, la filosofía moderna ha introducido como conexo al problema de la sanción, el de la responsabilidad, el hombre merecedor de un premio o cas-

²⁰⁰ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 129.

²⁰¹ Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, p. 23.

tigo en la medida en que es responsable de sus actos.²⁰² Jurídicamente hablando, la sanción tiene un concepto más amplio al de castigo (retribución) ya que también busca restaurar el *status quo* o aplicarse como una compensación por algún daño causado por dicho comportamiento, también busca prevenir, disuadir, corregir.²⁰³

- Para que una expectativa normativa sea derecho, es necesario que la misma esté acompañada de “presión normativa”; esto es, exhortaciones para cumplir con ella, crítica a la desviación, justificación en la violación.²⁰⁴
- La presión normativa requiere del consenso social.²⁰⁵
- La crítica a la desviación puede ser de muchos tipos. Una característica del fenómeno jurídico, que lo distingue de otras reglas sociales, es que la reacción a la desviación se lleva a cabo en una considerable extensión a través de la sanción.²⁰⁶ No obstante, la san-

²⁰² Smith, Juan Carlos, “Sanción”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Ameba.

²⁰³ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 152.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 64.

²⁰⁵ Luhmman, Niklas, *op. cit.*, nota 18, p. 301.

²⁰⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 150.

- ción es solamente una de tantas formas en que se puede llevar a cabo la reacción crítica.
- Sólo algunas desventajas como la privación de ciertos derechos o estatus, imposición de ciertos deberes y otras medidas similares pueden ser llamadas sanciones. Las sanciones pueden ser directas o indirectas, mediatas o inmediatas, ciertas o inciertas, no necesariamente coactivas, pero deben estar preordenadas y organizadas en el edificio del sistema legal.²⁰⁷ La sanción debe estar estipulada en una disposición jurídica que identificaremos como *S-law*, como consecuencia del incumplimiento del deber jurídico de una persona.
 - Así, no toda desventaja establecida en una disposición jurídica es una sanción. Un impuesto, por ejemplo, no constituye una sanción, pues aunque es una desventaja para quien lo paga y su ejecución se hace depender por la ley del comportamiento de la persona, el impuesto no es consecuencia de la violación del deber jurídico. La condición *sine qua non* de la sanción es, por tanto, la violación al deber jurídico.
 - Aunque el concepto de sanción está íntimamente conectado con el de responsabilidad,

²⁰⁷ Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, p. 22.

no coinciden. El que incumplió el deber jurídico, es decir, el que cometió el acto ilícito, y el responsable por dicho incumplimiento no necesariamente tienen que ser la misma persona, puede ser el caso que el que “responda” lo haga por el incumplimiento del deber jurídico a cargo de alguien más.

- Por otro lado, si bien el incumplimiento del deber jurídico es condición de la sanción, parece no ser la única condición. La violación de un contrato no es suficiente para aplicar una sanción, se requiere, además, entablar la correspondiente *actio* frente a los tribunales.
- Es característico del derecho que la ejecución de una porción significativa de sanciones está garantizada por el uso de la fuerza. Una sanción se llamará coactiva²⁰⁸ si permite el uso de la fuerza.
- No todas las sanciones legales son coactivas.²⁰⁹ De igual forma, no todas las sanciones coactivas son legales; el linchamiento o la

²⁰⁸ Aunque los términos “coacción” y “coerción” se distinguen en el lenguaje castellano, siendo coacción la fuerza o violencia que se ejerce sobre alguien para precisarle a hacer algo y coerción la acción de contener, refrenar, sujetar; nosotros, seguimos a la mayoría de los juristas y los utilizamos de manera indistinta.

²⁰⁹ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 79.

venganza están prescritos por ciertos sistemas morales.

- El derecho, como medio de organización social, arrebató la posibilidad de recurrir al uso de la fuerza a los integrantes de la sociedad en su individualidad y reclama dicho uso para sí. Una de las tres más importantes características de los sistemas jurídicos es su coactividad, es decir, que el sistema jurídico reclame para sí el monopolio del uso de la fuerza.
- Sin negar la importancia que pudiera tener el temor en la obediencia de la ley, debe subrayarse que la relación sistema legal-uso de la fuerza, se basa en que el primero monopoliza el uso de la fuerza. La relación sistema legal-uso de la fuerza, no se basa en que el primero esté sustentado por medio de la fuerza.²¹⁰
- No toda disposición jurídica de un sistema legal está vinculada a una sanción.²¹¹ Además, cuando una sanción se encuentra vinculada a una disposición legal, esta última no necesariamente es coactiva. Sin embargo, es verdad que todo sistema jurídico tiene sanciones,

²¹⁰ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 53.

²¹¹ Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 119.

S-laws, todo sistema legal tiene sanciones coactivas, ya que monopoliza el uso de la fuerza.

- Mientras más desarrollado esté un sistema legal, sus órganos se vuelven permanentes y especializados en sus funciones. Puede ser el caso que en un sistema legal *S* no exista órganos especializados en la imposición de sanciones, en tal caso las mismas se aplican por propia mano, mediante el principio de autoayuda. Así, la diferencia entre el sistema jurídico internacional y el estatal no consiste en la carencia de sanción regulada, sino en el modo en que es regulada, entre autotutela y heterotutela.²¹² Este estado descentralizado de cosas, aunque deja mucho que desear, debe ser llamado jurídico si se ha hecho la distinción entre “matar como delito y matar como sanción”.²¹³ En los sistemas jurídicos donde ha operado la especialización, ciertos seres humanos son los encargados de aplicar los mecanismos coactivos derivados del incumplimiento de los deberes jurídicos. Dichos hombres, al ejecutar un mecanismo coactivo no lo hacen a

²¹² *Ibidem*, p. 121.

²¹³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 127, pp. 74 y 75.

- nombre propio, sino a nombre de la colectividad jurídica.
- El ejecutar los mecanismos de coacción a nombre de la comunidad jurídica y no a nombre propio es lo que se conoce como el monopolio del uso de la fuerza, y tiene lugar en todo sistema jurídico donde se haya dado la revolución en el mundo de las representaciones morales de la que hablaba Habermas.²¹⁴
 - El derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad. El derecho organiza la fuerza y autoriza el empleo de la misma únicamente bajo ciertas circunstancias y concede la facultad a ciertos individuos. El individuo autorizado que aplica la medida coactiva, no lo hace a nombre propio, sino que obra como agente de la comunidad jurídica y, por lo tanto, como un órgano del sistema legal.²¹⁵
 - Raz señala al respecto que dentro de los órganos que tienen como función aplicar el derecho debe distinguirse entre aquellos que aplican el derecho creando otras disposiciones jurídicas

²¹⁴ “El establecimiento de la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades que se yergue sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos”. *Cfr.* Habermas, Jüngen, *op. cit.*, nota 93, p. 26.

²¹⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 25.

(el juez) y quienes aplican el derecho implementándolo físicamente (el guardia de prisión); éstos últimos son llamados “órganos ejecutores” (*norm-enforcing*). Si bien todo sistema legal regula el uso de la fuerza, no todo sistema jurídico tiene órganos ejecutores.²¹⁶

No existe duda de lo deseable de establecer con claridad la relación existente entre el deber legal y las sanciones. Sin embargo, parece que la forma en que lo hizo Kelsen, quizá no sea la mejor. ¿Por qué la relación entre deber legal y sanción debe ser vista como una relación entre dos partes de una misma disposición jurídica en vez de una relación entre dos disposiciones jurídicas distintas?²¹⁷

Coincidimos con Raz en que una *D-law* debe ser considerada independiente de una *S-law*, es decir, la provisión obligativa debe ser vista como independiente de la disposición jurídica que estipula sanciones. La distinción entre *D-law* y *S-law*, entre deber jurídico y sanción tiene sentido si observamos que existen obligaciones que no están sustentadas en sanciones. Raz señala, por ejemplo, que un área clásica que no puede ser efectivamente regulada por la imposición de sanciones es el com-

²¹⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 48, pp. 106 y 107.

²¹⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 90.

portamiento de los órganos de alto nivel encargados de la aplicación y creación del derecho. Así, cuando el abuso del poder y actos *ultra vires* de los oficiales encuentran reacciones críticas, diferentes a la sanción, dentro del mismo sistema legal y existe un remedio legal para corregirlo, se puede hablar de una *D-law* que no está sustentada en sanción alguna.²¹⁸

Por otro lado, es posible pensar que una *D-law* y una *S-law* tienen una vida que no necesariamente co-existe. Las sanciones son muchas veces inaplicables debido a una circunstancia de inmunidad personal, que en nada afecta la extensión de la *D-law* ni el deber que la misma impone. En este sentido la Corte Internacional de Justicia ha establecido una distinción clara entre inmunidad e impunidad.²¹⁹

En ocasiones el aplicar una sanción es una obligación, dicho deber se denomina entonces *DS-law*. Una *DS-law* es así una provisión obligativa, no porque la sanción, el deber violado y la sanción formen parte de la misma disposición legal, sino porque es un deber el sancionar. Una *S-law* que

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 153 y 154.

²¹⁹ International Court of Justice, *Armed Activities on the Congo (New application), Congo vs. Rwanda*, Provisional measures, 2002, §. 93.

simplemente permite la aplicación de una sanción se denominará *MS-law*.²²⁰ En este caso la *MS-law* es una provisión no-obligativa.

La relevancia del papel de la sanción coactiva, aquella que utiliza la fuerza, es incuestionable en el modelo del sistema legal estatal. Más aún, un sistema normativo sin sanciones coactivas no puede ser calificado de legal. Algunos autores como Ross, sostienen que el derecho internacional no tiene sanciones coactivas y, por lo tanto, no es un verdadero sistema legal.²²¹ En este punto no estamos de acuerdo.

En efecto, el derecho internacional desde tiempo inmemorial ha reclamado para sí el monopolio del uso de la fuerza, lo único es que no ha centralizado su aplicación.

El derecho internacional es de esos sistemas jurídicos en donde no se ha dado la especialización, al grado tal de que una persona en lo particular sea la encargada de aplicar el mecanismo coactivo, sino que dicho mecanismo puede ser aplicado por cualquier integrante del sistema jurídico, normalmente el propio afectado.²²² Cuando un integrante

²²⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 155.

²²¹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 60.

²²² En derecho internacional se ha sostenido, por ejemplo, que “si una situación surge de forma que, desde el punto de

del sistema legal aplica el mecanismo coactivo no defiende un interés propio, sino uno colectivo.²²³

Para que un sistema legal tenga el monopolio del uso de la fuerza no es importante que dicho uso esté centralizado en un órgano especializado o se encuentre descentralizado en los distintos integrantes del sistema legal, el monopolio del uso de la fuerza se conserva, porque la ejecución del mecanismo se realiza no a nombre de quien juega el papel de verdugo, sino a nombre de la comunidad jurídica total, esto aún cuando coincidan ofendido y verdugo. Como lo hizo ver Kelsen, “la descentralización en cuanto a la aplicación de la ley no impi-

vista de un Estado, resulta en la violación de una obligación internacional por otro Estado, el primero está facultado, dentro de los límites del derecho internacional, al uso de la fuerza armada para afirmar sus derechos a través de contramedidas”. *Air Services Agreement Case, France vs. US*, Arbitral Tribunal, 1978, 81, 83.

²²³ El artículo 54 de Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Estatal establece: “Este capítulo es sin perjuicio del derecho de cualquier Estado, titulado bajo el artículo 48, párrafo 1o. a invocar la responsabilidad de otro Estado, a tomar medidas legales contra ese Estado para asegurar el cese de la violación o la reparación en el interés del Estado afectado o de los beneficiarios de la violación afectada”. Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, 2002, pp. 302 y ss.

de la estricta monopolización de la medida coactiva como tal”.²²⁴

C. *Los poderes*

Las provisiones no-obligativas, poderes y permisos son de especial importancia en los sistemas jurídicos. En esta sección nos ocuparemos de los poderes. Hart señala que:

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos... no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, proveen a los individuos *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coactivo del derecho.²²⁵

Respecto a la cita anterior, Raz ha señalado que se pueden derivar dos importantes observaciones: a) existen disposiciones jurídicas que confieren poderes (identificadas como *P-law*), y b) las *P-law*, al igual que las *D-law*, son normas,²²⁶ provisiones.

²²⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 127, p. 73.

²²⁵ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 88, p. 35.

²²⁶ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 157.

Tanto la *D-law* (provisión obligativa) como la *P-law* (provisión no-obligativa) son provisiones, normas. Una provisión tiene la característica de que busca guiar el comportamiento humano; sin embargo, algunas provisiones no lo hacen en una dirección definida. Mientras que las *D-law* son normas imperativas, provisiones obligativas, que señalan al hombre un determinado curso de acción; las *P-law* son normas potestativas, provisiones no-obligativas, que guían el comportamiento humano al proveer a los individuos con facilidades para llevar a cabo sus deseos.

La provisión *P-law* permite ejecutar el acto previsto por la misma, o no ejecutarlo, las razones serán valoradas por quien lo ejecute ya que las consecuencias son en ocasiones ventajosas y en otras desventajosas. La *P-law* confiere un poder. Decimos que existe poder cuando una persona es capaz de producir a su voluntad, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados.

Cuando un órgano del sistema legal tiene el poder de llevar a cabo determinada conducta decimos que es competente. La competencia se ejerce mediante la emisión de una *disposición*.²²⁷ En algunos

²²⁷ Las disposiciones son discurso directivo, poderes ejercidos libremente, y por ello son llamados poderes de autonomía; sin embargo, los efectos legales que produce el ejercicio de di-

casos la disposición emitida se compone de una descripción detallada de las relaciones que genera, por ejemplo, los contratos llave en mano para extracción de petróleo; en otros casos la disposición consiste simplemente en llenar con una palabra un espacio en una línea vacía, por ejemplo, en los contratos de adhesión para comprar un boleto de avión. En ambos casos los alcances de la disposición están dados por el sistema legal. Contratos, leyes, testamentos son ejemplos de este tipo de declaraciones dispositivas.²²⁸

Aunque la decisión de emitir la declaración dispositiva se ejerce libremente la relación jurídica que se crea es heterónoma. Llamamos “sujeción” al correlato del “poder”. Los ciudadanos en general quedan sujetos al poder del legislativo, los herederos al poder del testador, los contratantes al poder de su compromiso expresado por la voluntad convencional. El sistema legal limita los poderes competenciales en tres aspectos: *a*) competencia personal (las condiciones de calificación que debe reunir el órgano del sistema legal que ejercerá el poder); *b*) competencia procedimental (condiciones proce-

chos actos están determinados por el sistema legal mismo. Estos poderes se ejercen mediante pronunciamientos que, por disposición del sistema legal, producen los efectos deseados por el que los emite. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 217.

²²⁸ *Ibidem*, p. 166.

dimentales para ejercer dicho poder), y *c*) competencia material (condiciones en cuanto al alcance del ejercicio del poder).²²⁹

Tradicionalmente la teoría jurídica ha distinguido entre dos tipos de normas competenciales: de autonomía privada y de autoridad pública. Se supone que las reglas de competencia que otorgan el poder de “autonomía privada”, tienen como fin capacitar al individuo para que dé forma a sus relaciones legales de acuerdo con sus propios intereses dentro del marco del sistema legal. Tradicionalmente se dice que este poder tiene las siguientes características: no es cualificado (todo el mundo lo tiene); es autónomo (se usa para obligar a la propia persona competente); es discrecional (se ejerce libremente), y es transferible (puede transmitirse a otros).

Se dice, por otra parte, que el poder de autoridad pública es en cambio, cualificado, ya que se requiere de una designación especial para ejercerlo; heterónimo, ya que cuando se ejerce obliga a otros; el poder de autoridad no se ejerce a conveniencia ni libremente, sino como un deber, su función social es servir al bien común, por lo que nunca es parte de un derecho y, por lo tanto, no es transferible.

²²⁹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 123.

En realidad, las características contrarias de un poder de autonomía privada y uno de autoridad pública son más aparentes que reales. En efecto, en el caso de la capacidad de contratación, que nadie duda se trata de un poder de autonomía privada, dicha capacidad no fue concedida de manera general a todos los seres humanos por el derecho romano, sino solamente a las “personas”; la obligatoriedad de las disposiciones jurídicas que nacen de dicho acto jurídico, no depende del arbitrio de las partes que intervengan en el acto.²³⁰ Tal es la diferencia entre estar obligado y no estarlo; dicho poder no es discrecional pues está limitado por el sistema jurídico de mérito de forma que actos ilegales no pueden pactarse, y el poder de contratación es intransferible, “el poder mismo, en relación con cierto objeto en particular, no es un ‘derecho’, sino que es parte de un derecho transferible”.²³¹

Ferrajoli nos aclara el punto de la intransferibilidad del poder de contratación, cuando distingue

²³⁰ “Todas las obligaciones que nacen del acto jurídico privado... se crean por un procedimiento autónomo, pero una vez ya elaboradas, tienen vigencia heterónoma, es decir, nacen por voluntad del obligado y en este sentido existe autonomía en su formación, pero una vez creadas, tienen vigencia independientemente del arbitrio del obligado y, por lo tanto, existe heteronomía en sus efectos o vigencia”. Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 85, p. 49.

²³¹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 123.

entre el ejercicio de un derecho y su titularidad, entre la posibilidad de convertirse en propietario (derecho de propiedad) y el ser titular de un derecho de propiedad respecto de un objeto en particular; el primero es presupuesto del segundo. Los derechos de la primera clase son todos iguales en el sentido de que adscriben a todo mundo en cuanto personas; mientras que los segundos son vehículos de multiplicación de desigualdades económicas.²³²

Esta brillante distinción de Ferrajoli se basa en su binomio normas téticas *vs.* normas hipotéticas. Las primeras son aquellas que atribuyen inmediatamente situaciones jurídicas o *status* a determinadas clases de sujetos; conforme a ellas, sin mediación de ninguna otra prescripción jurídica, sus destinatarios son titulares de las situaciones y del *status* que prevén. Ejemplo de normas téticas es precisamente el derecho a ser propietario.

Por el contrario, las normas hipotéticas predisponen situaciones o *status* como efectos de los actos previstos como hipótesis, como, por ejemplo, los derechos de propiedad sobre ciertos bienes en particular. Ferrajoli apunta que los derechos previstos por las normas téticas y los creados por las hipotéticas al aplicarse han sido defendidos por igual, por el pensamiento liberal de manera intran-

²³² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 144, p. 165.

sigiente al no querer distinguir que se trata de derechos estructuralmente distintos, sobre todo porque las normas hipotéticas nacen de actos negociales.²³³

Visto con detenimiento, la distinción entre poderes de autonomía privada y de autoridad pública tiene un fundamento político más que jurídico. La teoría de la autonomía privada (autonomía de la voluntad) tiene su exposición máxima en la filosofía de Hegel, para quien:

El campo del derecho es lo espiritual, y su lugar preciso y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y determinación; y el sistema de Derecho es el reino de la libertad realizada.²³⁴ El derecho es la libertad como idea...²³⁵ la universalidad de esa libre voluntad para sí... consciente de sí, es el sujeto como *persona*, de forma que la *personalidad* sólo tiene comienzo... en cuanto el sujeto... tiene autoconciencia de sí como Yo completamente abstracto y en el cual toda limitación y validez concreta se niega y no tiene valor.²³⁶

²³³ *Ibidem*, pp. 156, 164, 165.

²³⁴ Hegel, G.W.F, *op. cit.*, nota 103, 1985, § 4.

²³⁵ *Ibidem*, § 29.

²³⁶ *Ibidem*, § 35.

Para el padre de la dialéctica moderna la esencia de la personalidad se encuentra precisamente en la libre voluntad, “La persona, para ser como idea, debe darse una esfera externa de libertad”.²³⁷ Esta esfera externa de libertad no es otra cosa, sino la propiedad, primera modalidad de la existencia de la persona; “propiedad, como existencia de la personalidad”.²³⁸ La conclusión del razonamiento Hegeliano es directa: la autonomía de la voluntad puede ser reconocida por el sistema legal, pero de ninguna manera puede pensarse que la crea, simplemente la garantiza. La libertad, al ser reconocida porque existe previamente, no puede ser tampoco destruida.

Personalmente creemos que la distinción de poderes entre autonomía privada y autoridad pública es bastante cuestionable; sin embargo, la distinción tiene algún sentido cuando pensamos en la existencia de ciertos poderes que no se ejecutan de manera voluntaria, sino como una obligación, como puede ser, por ejemplo, el poder y deber de un juez establecido en algunos sistemas legales por no dejar de juzgar un caso que se le presente (*non liquet*). El poder que se ejerce como un deber se denominará *DP-law*.

²³⁷ *Ibidem*, § 41.

²³⁸ *Ibidem*, § 51.

Más útil a nuestros fines es distinguir entre poderes regulativos y legislativos. La distinción es fundamental. ¿Tiene la misma naturaleza el poder del policía que ejecuta una orden de aprehensión que el poder del Congreso que dicta una ley?

a. Poder regulativo vs. poder legislativo

El ejercicio del poder regulativo, denominado *PR-law*, genera una situación jurídica. Por su parte, el poder legislativo *PL-law*, produce con su ejercicio otra provisión jurídica. Analicemos primero los poderes regulativos.

Las situaciones legales por simples que parezcan implican la participación de diversas disposiciones jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en una persona que quiere vender su automóvil. En este caso, *C* es la condición de propietario, *P* el poder del propietario de vender (*ius abutendi*). Obviamente una persona no puede vender un automóvil que no sea suyo, así que *C* es la situación legal presupuesta para que una persona pueda ejercer *P* (en este caso la situación de ser propietario sobre cierto bien en particular). La situación *C*, el ser propietario de un auto, debe distinguirse del llamado “derecho a la propiedad”, que tienen inclusive quienes no poseen auto.

La situación *C*, la condición de propietario sobre el automóvil, nace de la aplicación de diferentes *D-law* (en este caso todas aquellas que generan el llamado derecho de propiedad). Así, la disposición legal que confiere el poder *P* depende, para tener efectos legales, de la aplicación del resto de las disposiciones jurídicas *D-law* que crean el estatus de propietario *C*. En este caso la disposición *P* guarda una “relación regulativa”²³⁹ respecto dichas *D-law*, ya que utilizando *P* se pueden conferir poderes o imponer deberes a otras personas.

Una *PR-law* es una norma, ya que guía el comportamiento del hombre al estipular consecuencias para ciertos actos. Normalmente las *PR-law* son complejas ya que regulan la aplicación de más de una *D-law* o pueden regular otras *PR-law*.

Las *PR-law*, se caracterizan porque la consecuencia legal de un actuar está prescrita por otra(s) disposición(es) que debe(n) coexistir con la *PR-law* para que la última tenga algún efecto legal. Así, las *D-laws* que crean obligaciones y pretensiones denominadas en su conjunto “derecho de propiedad”, mismas obligaciones y pretensiones que se transfieren de una persona a otra cuando la propiedad se transfiere, existen antes de la transferencia de la propiedad, y solamente debido a su existencia pre-

²³⁹ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 162.

via, la *PR-law* que confiere el poder de transferir la propiedad tiene algún significado. Otros ejemplos, de *PR-law* son los poderes de casar gente, votar en una elección, nombrar al director de una compañía por los accionistas, crear una compañía.²⁴⁰

Analicemos ahora la *P-law* que confiere poderes legislativos (*PL-law*), es decir, poderes para crear otras disposiciones jurídicas. Tanto la *PR-law* como la *PL-law* confieren poderes, ambas son una especie de las *P-law*. La *PL-law* se caracteriza por que la consecuencia legal de un actuar está prescrito por otra disposición legal, pero al contrario de la *PR-law* ésta otra norma no existe, sino que es creada al aplicar la *PL-law*.

Un ejemplo de la aplicación de una *PL-law* se da en la siguiente situación. Las obligaciones de los contratantes nacen del contrato mismo. Los compromisos derivan de la norma contractual que surge al aplicar la disposición jurídica que confiere facultades para crear normas contractuales, de aplicar la *PL-law*. La relación entre una *PL-law* y la norma creada mediante su aplicación, en este caso, la norma que regula y autoriza la celebración de contratos y la norma contractual misma se denomina relación genética.²⁴¹

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 163 y 183.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 164.

El fenómeno de la norma particular que nace del ejercicio de la *PL-law* ha sido ampliamente discutido por la teoría jurídica y tiene que ver con la antigua discusión entre aplicación y creación del derecho, entre norma jurídica que se aplica y obligación jurídica creada, entre ley y acto jurídico.²⁴² Al respecto Kelsen apuntó que “la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de normas jurídicas individuales, y se pasa por alto la identidad de norma jurídica y obligación jurídica, conside-

²⁴² La teoría civilista francesa distingue dentro de los hechos jurídicos en sentido general a:

1. Hechos jurídicos en sentido especial, que comprenden:

a) Eventos puramente físicos y ajenos a la voluntad de los hombres que generan consecuencias de derecho, tales como el nacimiento, y

b) Eventos generados por el hombre de forma más o menos voluntaria, pero sin el deseo de colocarse bajo el imperio del derecho, como los delitos.

2. Actos jurídicos, que se definen como la “manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, con fundamento en una regla de derecho o en una institución jurídica, a cargo o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente o, por el contrario un efecto de derecho limitado, que conduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho”, el ejemplo típico de un acto jurídico es el contrato. *Cfr.* Bonnecase, Julien, *Introduction à l'étude du droit*, París, Recueil Sirey, 1931, pp. 104 y 105.

rando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica”.²⁴³

Para Kelsen, la distinción entre aplicación y creación del derecho, entre ley y acto jurídico, no ha sido más que fuente de confusión en la teoría jurídica y debe, por tanto, ser descartada. Desde nuestro punto de vista la confusión creada no es motivo suficiente para descartar la distinción, pues bien entendida puede ser de utilidad. La razón básica de la confusión es el postulado de que la aplicación del derecho no genera una norma, sino que simplemente la aplica. Esta aseveración se fundamenta en la idea infundada de que en un sistema legal solamente el soberano puede crear derecho.

La confusión entre aplicación y creación de la norma se ha destilado hasta el derecho internacional en el binomio “tratado-ley” vs. “tratado-contrato”, donde se supone que el primero crea normas mientras que el segundo no lo hace. Brownlie ha señalado que en realidad el tratado-ley no se caracteriza por el hecho de crear normas, sino por la circunstancia de que da nacimiento a normas generales, mientras que el tratado-contrato crea normas individuales.²⁴⁴

²⁴³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 140.

²⁴⁴ Brownlie, Ian, *op. cit.*, nota 134, p. 12.

Si las disposiciones legales de un sistema jurídico se dividen en dos grupos: de primer y segundo tipo, de forma que las del primer tipo, sean aquellas que requieran a los seres humanos hacer o abstenerse de ciertas conductas, y las de segundo tipo refieran a las disposiciones que permiten, haciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del primer tipo, extinguirlas o modificarlas,²⁴⁵ de acuerdo al principio de que el derecho regula su propia creación,²⁴⁶ se puede siempre decir que la disposición secundaria que regula la creación de una primaria es “aplicada” en el acto de creación de esta última, y, por tanto, toda creación de derecho es siempre una aplicación del mismo.²⁴⁷

²⁴⁵ Las normas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren poderes (facultades), públicos o privados. Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 97, pp. 78 y 79.

²⁴⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, p. 146.

²⁴⁷ Las normas del primer tipo imponen deberes, las del segundo tipo confieren poderes (facultades), públicos o privados. Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 97, pp. 78 y 79. Esta distinción bipartita es también sostenida por Ross, quien señala que “cualquier sistema jurídico bien desarrollado, por ser institucional y dinámico, contiene no solo normas de conducta, que prescriben cómo actuar, sino también normas de competencia, que regulan cómo pueden crearse, por medio de actos jurídicos, nuevas normas válidas y obligatorias”. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 133. De igual manera, Bobbio distingue entre sistemas normativos simples y complejos, los primeros se componen solamente de las normas primarias de Hart y de la norma de

Es conveniente mantener la distinción entre aplicación y creación del derecho. Por un lado, es cierta la observación de Kelsen en el sentido de que la disposición jurídica secundaria que regula la creación de una primaria es aplicada; no obstante, Hart sugiere que dicha disposición secundaria debe distinguirse de la primaria creada. No debemos confundir entre la disposición jurídica general aplicada y la disposición jurídica particular creada al aplicar la general.

La disposición secundaria puede ser vista como un supuesto con existencia independiente, de que se hayan verificado en los hechos las propiedades que reclama para operar. La diferencia entre la disposición secundaria y la disposición primaria, creada por la aplicación de la secundaria, es que la disposición general, opera como supuesto jurídico de la particular; la disposición primaria es la actualización de dicho supuesto. El supuesto jurídico es el sustrato que da nacimiento a la obligación creada. El supuesto jurídico es la facultad potencial que la

reconocimiento, los complejos contienen normas de segundo grado, que se encargan de institucionalizar la sanción y la producción del derecho. Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Artes Gráficas Soler, 1980, p. 326.

disposición jurídica encierra; la obligación, la facultad actualizada.²⁴⁸

En resumen, debe distinguirse entre: las *D-law* que crean el llamado “derecho de propiedad”; la *D-law* llamada norma contractual y que nace del ejercicio de una *PL-law*, la norma que permite celebrar contratos; la *PR-law* que otorga el poder de transferir la propiedad sobre cierto bien en particular y que depende para tener efecto legal de las *D-laws* que crean el derecho de propiedad, y la *PL-law* que otorga el poder de celebrar contratos.

Hart, no hizo la distinción entre *PL-law* y *PR-law*. Solamente así puede entenderse cuando señala que “los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad... [pueden ser concebidos]... como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas”.²⁴⁹ Al respecto, Raz observa que solamente los poderes de celebración de contratos pueden ser considerados como poderes legislativos, mientras que los poderes de transferir la propiedad deben ser considerados poderes regulativos.²⁵⁰

²⁴⁸ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, nota 85, p. 20.

²⁴⁹ Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 88, p. 120.

²⁵⁰ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 165.

D. *Los permisos*

Hemos dicho que dentro de las provisiones no-obligativas encontramos a los poderes y a los permisos. Pensamos que los permisos son normas en virtud de que significan una excepción modificativa de una prohibición y, por lo tanto, puede ser interpretado como la negación de una obligación de no ejecutar determinada conducta, es decir, la autorización de ejecutarla bajo ciertas circunstancias.²⁵¹

El permiso tiene la siguiente forma: “La persona *X* tiene permiso de realizar una conducta *A* en una situación *C*” dicha disposición jurídica se identifica como *M-law*.²⁵² Raz señala que la aplicación de sanciones puede entenderse como un permiso, y les llama *MS-laws*,²⁵³ nosotros preferimos considerar la aplicación de sanciones como un poder que se ejerce como deber, en este caso sería un *DP-Law*.

E. *Los derechos*

El carácter intersubjetivo del fenómeno jurídico ha sido la base para sostener que el derecho de una

²⁵¹ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 116.

²⁵² Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 172.

²⁵³ *Ibidem*, p. 174.

persona no es más que el reflejo de una obligación a cargo de otra.²⁵⁴ Tradicionalmente el análisis de las relaciones legales se ha basado en el binomio obligación *vs.* derecho. Este binomio es insatisfactorio por las siguientes cinco razones:

La contraposición derecho *vs.* obligación es la mayor de las veces confusa, ya que el vocablo “derecho” es utilizado en infinitud de contextos de manera indiscriminada.²⁵⁵ Por ejemplo, se utiliza la palabra “derecho” para referir poderes legislativos como la celebración de contratos. De igual manera, la gente refiere tener el derecho de levantar el brazo izquierdo al despertar o dormirse después de la comida. Como vimos los actos libres son aquellos no regulados por el sistema legal, y señalar que se tiene un derecho en ese contexto quiere decir simplemente tener una libertad. Debido a la utilización indiscriminada de la palabra derecho, se genera un caos conceptual.

Por otro lado, cabe señalar que la división derechos *vs.* obligaciones es demasiado superficial y no toma en cuenta la distinta naturaleza de las relacio-

²⁵⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 13, p. 140.

²⁵⁵ Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Cook, Yale University Press, 1923, capítulo 1; Freeman, Michael, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, 6a. ed., Londres, Sweet and Maxwell, 1994, pp. 379 y ss.

nes jurídicas que integran un sistema legal. En efecto, aunque cualquier relación jurídica constituye el *nexum* entre dos juicios uno imperativo y otro atributivo, relación que expresa la intersubjetividad del derecho, no toda relación jurídica puede describirse como derechos y obligaciones. Hemos visto que en el caso de las *P-law*, es más apropiado hablar de competencia y sujeción. Por ello, Santi Romano señala que el sostener que a cada obligación corresponde un derecho correlativo, es parcialmente cierto para el caso del derecho privado, pero que no puede sostenerse en el campo del derecho público.²⁵⁶

En tercer lugar, un entendimiento integral del sistema legal debe abandonar el binomio derecho vs. obligación ya que si bien el fenómeno jurídico es imperativo atributivo²⁵⁷ como un todo, no toda disposición jurídica del sistema legal está construida

²⁵⁶ Santi Romano, *op. cit.*, nota 12, p. 94.

²⁵⁷ Al respecto, García Máynez sostiene que “la regulación jurídica es una *conexión de dos juicios*, recíprocamente fundados, uno *imperativo* y otro *atributivo*. El que impone el deber al obligado lógicamente implica el que concede al pretensor un derecho subjetivo, y viceversa. Pues si el cumplimiento de la obligación del primero no pudiese ser reclamado por el derechohabiente, ese deber no sería una deuda ni tendría carácter jurídico” [itálicas en original], *cfr.* García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1970, p. 17.

de forma que a la atribución de uno corresponda como espejo un imperativo del otro. Hemos visto que no toda disposición jurídica es una provisión; por ejemplo, las no-provisiones destinadas a interpretar o aplicar otras disposiciones jurídicas, tal como la *lex posteriori derogat lex anteriori*, difícilmente podría descomponerse en derechos y deberes correlativos. Las no-provisiones, no pueden ser analizadas en términos de relaciones legales, sino con relación a la función que desempeñan como integradoras del sistema jurídico.

En cuarto lugar, los derechos normalmente son concebidos como entes con sustancia metafísica creados por ciertos hechos; cuando en realidad palabras como derecho, competencia, obligación, representan simples vehículos lingüísticos mediante los cuales se expresa el contenido directivo de las disposiciones legales, pero no constituyen ningún ente metafísico. El concebir al derecho como algo diferente al contenido directivo de ciertas expresiones genera un fenómeno de hipóstasis, y ello es incorrecto, pues el derecho no es algo distinto a ese conjunto de efectos legales C_i .

Finalmente, es importante tener en cuenta que las relaciones legales unen un juicio imperativo y otro atributivo, pero ello no significa que necesariamente el juicio imperativo corresponda solamente a

una persona y que *vis a vis* el atributivo corresponda a otra de manera sinalagmática. En ocasiones, el juicio imperativo se atribuye a un conjunto de personas de forma que estamos en presencia de una relación *erga omnes*. Sobre esta base se puede distinguir entre los llamados derechos personales y reales.

En vez de contraponer derecho *vs.* obligación, es mejor entender al derecho como un concepto sistemático en el que se unen una serie de efectos jurídicos. El derecho de propiedad, por ejemplo, incluye un conjunto de libertades, *actio*, poderes, que es necesario diferenciar para un mejor entendimiento del sistema legal.²⁵⁸

En efecto, hemos visto que una relación jurídica constituye un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. Así, a cada hecho H_i ²⁵⁹ le corresponde una consecuencia legal C_i , donde ‘i’ corre desde 1 hasta ‘n’ supuestos legales. El llamado “derecho” de propiedad puede ser descrito como un conjunto de hechos H_i , que están relacionados bajo cierto supuesto con las

²⁵⁸ Ross, Alf, *op. cit.*, nota 89, p. 126.

²⁵⁹ Llamados también *hechos operativos*; si los hechos los realiza un hombre son denominados *actos*, si pertenecen a la naturaleza se denominan *eventos*. Los actos pueden a su vez ser fácticos o legales, (actos jurídicos), los últimos también llamados *disposiciones*. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 34, p. 216.

consecuencias de derecho C_i , mismas que implican las consecuencias jurídicas denominadas propiedad.²⁶⁰

3. *La no-provisión*

Se ha dicho que una de las tres características más importantes del derecho es su normatividad; esto es, su función de guía del comportamiento humano.²⁶¹ La función normativa del derecho se realiza a través de las provisiones (normas); mismas que sólo pueden ser de dos tipos: provisión obligativa (*D-Law*) y provisión no-obligativa (*P-law* y permisos).²⁶² Un sistema jurídico cualquiera contiene además otros tantos tipos de disposiciones jurídicas, pero esas no son normas ya que no están diseñadas en principio para guiar directamente el comportamiento del hombre, sino para dar estructura al sistema legal o apoyar a las provisiones. Es momento de analizar las no-provisiones.

Hemos visto que las disposiciones jurídicas de un sistema legal pueden clasificarse en dos grupos definidos por exclusión: provisiones (normas) y “no-provisiones”. La no-provisión se define por

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 170.

²⁶¹ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, p. 164.

²⁶² *Ibidem*, pp. 164 y 165.

exclusión de la provisión, como aquella disposición jurídica que no se compone de una situación de conducta calificada deónticamente.

Dentro de las no-provisiones encontramos a las *S-law* ya tratadas y a todas aquellas disposiciones legales cuya relevancia consiste en ser elemento de amalgama del sistema jurídico, disposiciones jurídicas que arman las relaciones internas y externas del sistema legal. Estas disposiciones legales ayudan a dar simplicidad y claridad en la exposición de conexiones importantes entre las diferentes partes de un sistema jurídico.²⁶³

Aparentemente, Kelsen no consideró necesario distinguir a las no-provisiones de las normas; en su esquema la *grundnorm* era suficiente para garantizar la coherencia del sistema legal. Kelsen en algún momento sostuvo que el principio de no-contradicción estaba contenido en la norma básica,²⁶⁴ aunque después parece que cambió de idea.²⁶⁵ Nosotros creemos que es útil diferenciar a todos estos principios, reglas internas de interpretación, reglas de aplicación, de las disposiciones jurídicas normativas.

²⁶³ Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 2, pp. 168, 181.

²⁶⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 14, pp. 129 y ss.

²⁶⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 130, p. 532.

Podemos distinguir, al menos, los siguientes tipos de no-provisiones:

- Expositoras, es decir, que explican conceptos usados en alguna disposición jurídica;
- Satisfactorias, que consisten en declaraciones de política diseñadas a reparar el daño que puede resultar en caso de desobediencia de la provisión;
- Incitativas, es decir, declaraciones de política que establecen premios o castigos por obediencia o desobediencia de la provisión;
- De interpretación, aquellas que dan pautas para interpretar el sentido de una disposición jurídica, y
- De aplicación, aquellas que dan pautas para aplicar o no una disposición jurídica, tales como las reglas de preferencia, no de lógica, *lex posterior*, *lex superior*, y *lex specialis*.