

IV

SOBRE LA INDIVIDUACIÓN DE LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS

SUMARIO: 1. *El problema de la individuación.* 2. *El enfoque de Kelsen sobre la individuación de las disposiciones jurídicas.* 3. *Kelsen versus Bentham —una comparación.*

El problema de la individuación de las disposiciones jurídicas es el vínculo entre el análisis de una disposición jurídica y la de un sistema jurídico y, como tal, es de importancia inmensa para la filosofía jurídica. Aquí habrá de sostenerse que los anteriores filósofos del derecho, con excepción de Bentham, hicieron poca justicia a la importancia del tema. Se argumentará que todos ellos consideraron sus principios de individuación, en tanto hayan tenido alguno, como determinados exclusivamente por sus explicaciones de una norma y desatendieron su relevancia para la teoría del sistema jurídico. Será también sostenido que una explicación adecuada de la estructura de los sistemas jurídicos depende de un enfoque apropiado del problema de la individuación. Estos temas, sin embargo, tendrán que esperar otro capítulo. El presente capítulo es meramente una explicación preliminar de los problemas de la individuación de disposiciones jurídicas.

1) *El problema de la individuación*

La parte anterior podría confundir al lector. Pareciera dejar la impresión de que la creación de normas es similar a la promulgación de leyes por un parlamento, la emisión de reglamentos por parte de las autoridades gubernativas, etcétera. En un sentido esta impresión es correcta toda vez que al promulgar leyes, emitir reglamentos y pronunciar sentencias, etcétera son creadas normas. Pero, la creación de normas (particularmente de conformidad con la explicación que Bentham y Kelsen dan de ellas) difieren fundamentalmente de la creación de leyes, reglamentos, estatutos, etcétera, en dos aspectos:

(1) Al promulgar una ley, emitir reglamentos, etcétera, las autoridades crean únicamente parte de una norma, las otras partes de ella pueden haber sido creadas en otro tiempo, quizás, inclusive, cientos de años antes y, frecuentemente, por otros órganos. De acuerdo con Bentham y Kelsen, partes de la misma norma pueden haber sido creadas por decreto ministerial, mientras otras partes pueden haber sido creadas por autoridades locales; otras, aun por jueces y, así, sucesivamente: *e. g.* el reglamento municipal que establece una multa a los infractores de algunas regulaciones de tránsito y la ley del parlamento que establecen los tribunales y el procedimiento que se aplica a tales casos son, ambos, partes de la misma norma.

(2) Al promulgar una constitución, crear una ley o un reglamento, etcétera, el legislador crea no únicamente una parte de una norma, sino una parte de muchas normas, usualmente de un gran número de normas. De esta manera, por ejemplo, Kelsen piensa que una disposición jurídica constitucional es parte de toda norma que sea creada con base en ella.

En esta parte del trabajo investigaremos la naturaleza y significado de estas dos características.

Es de alguna forma característico de Kelsen que, aunque se ha percatado de la existencia de estas dos características, no se percató de su completa significación ni de sus implicaciones. Kelsen sabía que "los elementos diferentes de una norma pueden ser contenidos en muy diferentes productos del procedimiento de creación del derecho",¹ pero el saberlo no afectó su pensamiento en la misma forma en que, el haberse percatado del mismo hecho, afectó el de Bentham.

El descubrimiento de que una disposición jurídica no es idéntica a una ley o a un artículo de una ley, etcétera, de que muchas leyes de todas las ramas del derecho, incluyendo tanto el civil como el penal, contribuyen al contenido de toda disposición jurídica, fue el giro más importante en el pensamiento de Bentham sobre filosofía jurídica.² Este descubrimiento y el problema que origina fue cristalizado en una cuestión central: "¿en qué consiste la identidad y completitud de una disposición jurídica?"³ "¿qué es una disposición jurídica? ¿cuáles son las partes

¹ *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 45.

² Este no es el lugar para comentar el desarrollo del pensamiento de Bentham. Es suficiente con señalar que este descubrimiento lo obligó a dejar inconcluso su libro *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. (Véase el párrafo 32 de su *Prefacio* a tal libro); este descubrimiento lo condujo a escribir y a determinar los problemas, y el correspondiente enfoque, de su libro *Of Laws in General*, su obra más importante de teoría del derecho.

³ *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, *cit.*, p. 122.

de una disposición jurídica?" el objeto de las cuestiones, cabe observar, es el compuesto *lógico, el ideal, el intelectual, no el físico*: la *disposición jurídica* y no *la ley*".⁴ No es en ningún sentido sorprendente que la división dogmática⁵ de un sistema jurídico en disposiciones jurídicas difiera de la división ordinaria en leyes, secciones, subsecciones, reglamentos, estatutos, etcétera. Estas se distinguen de conformidad a la autoridad que las emite, la ocasión en la cual fueron creadas, la materia y varias consideraciones de estilo. Los propios abogados y el público en general cuando desean conocer el derecho sobre un punto particular usualmente prefieren consultar libros (*e. g.* el derecho constitucional de Tena Ramírez, el derecho civil de Castán Tobeñas) los cuales adoptan una diferente división del derecho y reúnen todo el material jurídico sobre un cierto tema, con independencia de la autoridad que la haya promulgado o el tiempo de su promulgación. Únicamente se espera que la división dogmática del derecho se parezca más a la división que hacen los juristas que la que hace el legislador.

La cuestión crucial es saber exactamente cuáles son los principios que subyacen detrás de la división dogmática del derecho. A esto le voy a denominar el problema de la individuación; el cual será explicado en algún detalle en los capítulos siguientes. Por lo pronto, a manera de introducción, el análisis se refiere a los puntos de vista de Bentham y Kelsen sobre el tema y a las consecuencias para la teoría de los sistemas jurídicos del mero hecho de plantear el problema de la individuación.

En primer lugar, corresponde a los filósofos del derecho decidir sobre los principios de individuación de las disposiciones jurídicas. Únicamente usando estos principios para representar el material jurídico en una forma que es muy diferente de su forma original puede representarse como consistiendo de disposiciones jurídicas distintas. De esta manera, es posible saber el contenido de un sistema jurídico sin saber la identidad de cualquiera de sus disposiciones jurídicas. Esto es presupuesto por Kelsen cuando dice: "es tarea de la ciencia del derecho representar el derecho de una comunidad, *i. e.* el material producido por la autoridad jurídica mediante el procedimiento jurídico de creación, en la forma de enun-

⁴ *An Introduction to The Principles of Morals and Legislation, cit.*, p. 429. (Sobre el problema de la individuación en Bentham, véase: Tamayo y Salmorán Rolando "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", *cit.*, pp. 569-570. NT).

⁵ Hemos traducido '*jurisprudential*' por 'dogmática' porque es claro que el autor se refiere a la jurisprudencia dogmática. Sobre la jurisprudencia dogmática, véase: Tamayo y Salmorán Rolando. *El derecho y la ciencia del derecho (Introducción a la ciencia jurídica)*. México, UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, pp. 143-150. NT.

ciados”⁵ de una cierta estructura. Es posible identificar y entender este material jurídico sin saber como dividirlo en disposiciones jurídicas.

La filosofía jurídica tiene una doble tarea. Primeramente, tiene que formular los criterios por los cuales determinan la identidad del material jurídico *autoritativo*⁶ del cual Kelsen habla. En segundo lugar, tiene que formular los principios de individuación de las disposiciones jurídicas de manera a determinar qué tanto del material contenido en todo el sistema va a construir una sola disposición jurídica.

Consecuentemente, estamos tentados a decir que en el capítulo anterior las condiciones de creación del material jurídico fueron explicadas. Cuando estas condiciones son satisfechas algún material jurídico *autoritativo* es creado, aunque éste no necesariamente constituya justamente una norma completa. Sin embargo, debe recordarse que el material jurídico, en el sentido que Kelsen da a este término, es producido únicamente cuando la creación de disposiciones jurídicas implica comportamiento lingüístico y, probablemente, sólo cuando el contenido de una disposición jurídica (o una referencia a ella) es expresada por escrito como parte de su creación. Consecuentemente, ningún material jurídico es creado cuando una disposición jurídica consuetudinaria es producida. Por tanto, es mejor considerar el capítulo anterior, como la explicación de la creación de disposiciones jurídicas o de *partes de disposiciones jurídicas*.

Las páginas precedentes proporcionan la explicación de la extraña forma en la que algunas de las tareas de la teoría del sistema jurídico fueron formuladas al final del inciso primero del capítulo anterior. Ahí se afirmó que el criterio de identidad proporciona el método para establecer si cualquier conjunto dado de enunciados normativos directos es, si son verdaderos, una descripción completa de un sistema jurídico; igualmente se sostuvo que las doctrinas de la estructura e individuación de las disposiciones jurídicas y de la estructura de los sistemas jurídicos proporciona un método para determinar cuál de las descripciones de un sistema jurídico es una descripción apropiada, *i. e.* una descripción en la cual todo enunciado describa justamente sólo una disposición jurídica completa.

Esta formulación presupone que es posible identificar un sistema jurídico sin saber si existe o no. El sistema existe únicamente si la descripción es verdadera, pero es posible determinar cuál es la descripción sin saber si es verdadera o no. En 1967 uno podía saber cuál era el sistema jurídico de Smith para Rhodesia y saber cuál era el sistema jurídico britá-

⁵ *General Theory of Law and State*, cit., p. 45.

⁶ ‘Autoritativo’ en el sentido de ‘dotado de autoridad’. NT.

nico para Rhodesia, aún si uno tenía dudas sobre cuál de ellos era el sistema jurídico existente en Rhodesia.

Esta formulación de las tareas de una teoría jurídica presupone, además, que es posible saber cuál es una descripción completa de un sistema jurídico sin saber cuál de sus descripciones es una descripción apropiada. Es posible identificar un sistema sin identificar sus disposiciones jurídicas. Dicho de manera más precisa, como se ha dicho anteriormente en este capítulo, es posible conocer el contenido de un sistema jurídico sin conocer la identidad de cualquiera de sus disposiciones jurídicas.

El problema de la estructura de una disposición jurídica puede ser considerada como parte del problema de la individuación. Es sin embargo importante percatarse de que estos dos problemas no son idénticos. Supongamos que los siguientes enunciados son todos verdaderos:

(1) Todo adulto varón debe informar al ministerio de gobernación^e de cualquier cambio de su dirección dentro de los quince días siguientes de haberlo hecho.

(2) Toda mujer adulta debe informar a la oficina de gobernación de cualquier cambio de su dirección dentro de los quince días siguientes de haberlo hecho.

(3) Toda sociedad mercantil debe informar al ministerio de gobernación de cualquier cambio de dirección de sus oficinas principales dentro de los quince días a partir del cambio.

(4) Toda persona debe informar al ministerio de gobernación de su dirección dentro de los quince días a partir de la promulgación de esta ley y, después, dentro de los quince días a partir de haber efectuado el cambio de su dirección.

Los cuatro enunciados tienen la misma estructura y ésta es la estructura de enunciados que describen disposiciones jurídicas completas. Pero esto no significa, por sí mismo, que cada uno de ellos describa una norma completa. Puede ser que (1) y (2) y, quizás incluso (3), describan partes del contenido de una norma. Posiblemente esta norma es completamente descrita por (4). Posiblemente ésta no es completamente descrita por ninguno de los cuatro enunciados. ¿Cómo se decide? ¿El tiempo o la ocasión en la creación del material jurídico sobre los cuales estos enunciados se basan es relevante para esta decisión? ¿Es relevante su formulación? ¿O depende todo de la relación lógica entre estos enunciados?

^e Hemos sustituido 'Home Office' por Ministerio de Gobernación. NT.

Una cosa es clara: ninguna de estas cuestiones puede ser contestada meramente en base a la doctrina de la estructura de las disposiciones jurídicas.⁶

Bentham es probablemente el único filósofo del derecho que entendió la necesidad e importancia de los principios de individuación además de la doctrina de la estructura de las disposiciones jurídicas. Consecuentemente, después de exponer sus ideas sobre la estructura de las disposiciones jurídicas inició una investigación sistemática de los otros principios de individuación.⁷ Sin entrar en los detalles de las ideas de Bentham sobre el tema, algunas observaciones pueden ser hechas sobre algunos de sus principios.

Bentham se ocupó, casi exclusivamente, de la organización del material jurídico autoritativo y sus ideas son, en realidad, relevantes únicamente para la representación del material legislado. Esas ideas no arrojan mucha luz sobre la legislación judicial. Para él “establecer la individualidad de una disposición jurídica . . . es determinar qué proporción de *material legislativo* tiene que equivaler a una disposición jurídica completa, de modo de, por un lado, no contener menos ni, por el otro, contener más que una disposición jurídica completa”.⁸ Bentham consideró la creación de disposiciones jurídicas por los tribunales como “un tipo de legislación”;⁹ sin embargo, nunca logró avanzar una teoría razonable de la creación jurídica judicial. El enfoque de Bentham al problema de la individuación puede ser visto como sustentado en cinco principios fundamentales:

(1) Toda disposición jurídica es una norma que prescribe cierto comportamiento como obligatorio en ciertas circunstancias, toda vez que toda disposición jurídica es la expresión de la voluntad del legislador de que ciertos actos deben ser hechos por ciertas personas en ciertas circunstancias. El propio Bentham dice en un momento: “de cualquier asunto del cual el derecho pueda ocuparse, puede ser reducido a un tipo de opera-

⁶ A lo largo de la argumentación se asume que, si hay más de una descripción apropiada de un sistema, entonces todas las descripciones apropiadas tienen el mismo derecho a ser consideradas como individuando las disposiciones jurídicas y describiendo su estructura.

⁷ Véase: *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., pp. 247-249 y 256-261; *Of Laws in General*, cit., pp. 156-158 y 165-171.

⁸ *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 247, *Of Laws in General*, cit., p. 156 (Véase: Tamayo y Salmorón Ro'ando. “La Teoría del derecho de Jeremías Bentham”, cit., p. 569. NT).

⁹ Véase su análisis de la legislación en *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., pp. 90-91; *Of Laws in General*, cit., pp. 3-4.

ción, *vis.* la de crear deberes".¹⁰ Hasta ahora, los términos 'norma jurídica' y 'disposición jurídica' (*a law*) han sido usados como si tuvieran el mismo significado. A partir de ahora serán diferenciados: 'disposición jurídica' será usada para designar la unidad básica en la que un orden jurídico es dividido y 'norma jurídica' será usado para designar una disposición jurídica dirigida al comportamiento de los seres humanos imponiéndole deberes o confiriéndole facultades.¹¹ El más importante principio de individuación de Bentham es que toda disposición jurídica es una norma. Más aún, una norma del tipo que aquí denominamos una prescripción, *i. e.* una norma que impone deberes. Este principio está manifiesto en su doctrina de la estructura de las disposiciones jurídicas por el hecho de que toda disposición jurídica tiene que tener una prescripción la cual es un mandato o una prohibición. Esto significa que todas las otras prescripciones y secciones en el sistema jurídico tienen que ser arreglados alrededor de estas prescripciones principales y ser relacionadas con ellas como explicaciones, cualificaciones, advertencias, etcétera.

(2) Una expresión de la voluntad del legislador, una prescripción dirigida a los individuos para comportarse de cierta manera, equivale a la imposición de un deber y, de esta manera, a la creación de una disposición jurídica, *únicamente si* ésta es respaldada por una sanción, ya sea por vía de una cláusula incitativa, por vía de una cláusula satisfactiva o, bien, por vía de disposiciones jurídicas punitivas que estipulan sanciones para la violación de la prescripción.¹²

(3) Dependiendo del segundo principio, todo acto-situación que es ordenado o prohibido por el legislador es el núcleo de una disposición jurídica independiente. El hecho de que una disposición jurídica que ordena a los jueces a castigar a los homicidas implique una prohibición del homicidio, no implica que exista precisamente sólo una disposición jurídica (aquella dirigida a los jueces); hay dos disposiciones jurídicas, aunque una de ellas implica a la otra.¹³

¹⁰ *The Limits of Jurisprudence Defined cit.*, p. 55; *Of Laws in General, cit.*, p. 249. Aquí, como de manera frecuente en otros lugares, Bentham pasa por alto la posibilidad de 'invitaciones legislativas', *i. e.* disposiciones jurídicas respaldadas por recompensas (*Cfr. The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, pp. 224-227; *Of Laws in General, cit.*, pp. 133-136).

¹¹ Más sobre las normas, véase: *infra* capítulo VI.

¹² La sanción no necesita ser siempre una sanción jurídica. Una disposición jurídica puede imponer un deber aún si la única sanción por su incumplimiento es una sanción moral o religiosa (*Cfr. Bentham, Jeremy. The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, p. 151; *Id., Of Laws in General, cit.*, pp. 68-70 y 248).

¹³ *Cfr. The Limits of Jurisprudence Defined, cit.*, pp. 234-235; *Id.*, "A General

(4) Los conflictos entre disposiciones jurídicas son resueltos ante la representación de la disposición jurídica en su forma apropiada. La descripción apropiada de un sistema jurídico no describe ningún conflicto entre disposiciones jurídicas. Tampoco proporciona los medios para resolver tales conflictos. Las reglas a través de las cuales los conflictos entre dos disposiciones jurídicas son resueltos se refieren, entre otras cosas, a la importancia relativa de los legisladores de las disposiciones jurídicas y a las fechas en las cuales fueron creadas —hechos que no son expresados en la descripción apropiada de un sistema, de conformidad con la teoría de Bentham.

(5) La individuación de disposiciones jurídicas depende parcialmente de la forma en la cual el legislador formula el material jurídico: *e. g.* si una ley ha sido creada en un cierto tiempo con el propósito de que

(i) 'todo varón' debe hacer *A* en las condiciones *C* y si varios años después una otra ley ha sido creada diciendo que

(ii) 'toda mujer' debe hacer *A* en *C*,
entonces, de conformidad con Bentham, el sistema jurídico incluye dos disposiciones jurídicas separadas, una que corresponde a (i), la otra que corresponde a (ii), la segunda ley habiendo sido formulada como sigue:

(ii') 'toda persona' debe hacer *A* en *C*,
entonces, de acuerdo con Bentham, el sistema jurídico contiene sólo una disposición jurídica que corresponde tanto a (i) y (ii').

En el análisis anterior las disposiciones jurídicas *desobligativas* no han sido consideradas. Que toda disposición jurídica sea una norma es un principio tan fundamental para Bentham como ningún otro. Las disposiciones jurídicas desobligativas no son normas, sin embargo, Bentham parece no haber estado consciente de este conflicto entre sus puntos de vista. Por las razones explicadas en el inciso 2 del capítulo anterior, prefiero continuar adscribiéndole la tesis de que todas las disposiciones jurídicas son normas y pasar por alto la posibilidad de disposiciones jurídicas desobligativas. Sin embargo, es importante hacer notar que aceptar su posibilidad implicaría algunas modificaciones adicionales en la explicación dada sobre los principios de individuación de Bentham: no todos los con-

flictos entre disposiciones jurídicas serían resueltos ante su representación en la forma apropiada. Los conflictos entre disposiciones jurídicas desobligativas y las disposiciones jurídicas obligativas que aquellas califican se mantendrían sin solución. Obviamente, no toda disposición jurídica sería respaldada por una sanción y parece que la ocasión en la cual una excepción al deber general es promulgado determinaría si sería parte de una disposición obligativa que impone el deber o una disposición jurídica independiente desobligativa; esto incrementaría la relevancia de las circunstancias efectivas de la legislación al problema de la individuación.

2) *El enfoque de Kelsen sobre la individuación de las disposiciones jurídicas*

Las ideas de Kelsen sobre la naturaleza y estructura de las normas son suficientemente similares a las de Bentham como para confrontar su teoría con los mismos problemas y dificultades con respecto a los principios de individuación. Desafortunadamente Kelsen no tiene un claro entendimiento de la naturaleza de las dificultades que caracteriza el pensamiento de Bentham sobre el particular. Kelsen no reconoce la necesidad de formular principios de individuación y, consecuentemente, su teoría no proporciona una solución completa del problema. Sin embargo, su teoría contiene material suficiente para arrojar suficiente luz sobre algunos aspectos de su enfoque implícito al problema.

Kelsen, al igual que Bentham, presumiblemente consideraría que las diferencias en la ocasión de la creación y en las autoridades legislativas, son irrelevantes para la individuación de las disposiciones jurídicas. Kelsen no encuentra ninguna dificultad en considerar una sola disposición jurídica como conteniendo partes legisladas en diferentes ocasiones y por diferentes autoridades; él considera, por ejemplo, al derecho constitucional como parte de todo otro derecho.¹⁴ Más aún, nuevamente, al igual que Bentham, la forma en que la ciencia del derecho se decide a representar el derecho no permite la representación del conflicto de disposiciones jurídicas. La descripción apropiada del derecho, de acuerdo con Kelsen, no describe disposiciones jurídicas en conflicto. Ésta es la implicación del siguiente pasaje:

...el principio de no contradicción tiene que ser establecido en la idea del derecho, puesto que sin él la noción de legalidad sería destruida.

¹⁴ Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., p. 143. (Cfr. *Id.*, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 169-170. NT).

Este solo presupuesto, el cual se encuentra contenido en la norma fundamental, permite al conocimiento jurídico proporcionar una interpretación del material jurídico dotado de sentido.¹⁵

El primero, y más importante, principio de individuación de Bentham, a saber: el de que toda disposición jurídica es una norma y una prescripción, es rechazado por Kelsen en favor de un principio diferente: el de que toda disposición jurídica es una norma y una permisón, esto es, toda disposición jurídica otorga una permisón. Sin embargo, el análisis de otro de los principios de individuación de Kelsen tiene que preceder el examen de este principio.

Los otros principios de Bentham, mencionados anteriormente, son reemplazados en Kelsen por un principio que es incompatible con ellos: "todas las normas de un orden jurídico son normas coactivas, esto es, normas que establecen sanciones".¹⁶ La explicación de este principio tiene que comenzar con algunas consideraciones sobre el concepto kelseniano de sanción.

Las sanciones son establecidas por actos. Los actos que establecen sanciones serán llamados 'actos aplicadores de sanciones' y, algunas veces simplemente 'sanciones'. Un acto es un acto aplicador de sanciones sólo si produce alguna ventaja o desventaja a una persona.¹⁷ Kelsen, de hecho, no discute en ningún detalle las disposiciones jurídicas basadas en recompensas. Una desventaja 'consiste en la privación de posesiones —la

¹⁵ *General Theory of Law and State*, cit., p. 406. (Esta referencia corresponde al apéndice: "Natural Law Doctrine and Legal positivism" (pp. 389-446 *op ul. cit.*) versión inglesa debida a Wolgan Kraus de la monografía de Kelsen: *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre* (Charlottenburg, Pan-Verlag Rolf Heise 1928). Este apéndice no se encuentra traducido en la versión española. Para conocer las ideas de Kelsen sobre el derecho natural puede consultarse en español: "La idea del derecho natural" en *La idea del derecho natural y otros ensayos* (Buenos Aires, Lozada 1946, pp. 13-52 reimpresso en México, Editora Nacional 1974), versión española de Francisco Ayala de "Die Idee des Naturrechts" (*Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7, Band 1927-1928 pp. 221-250); así como "Justicia y derecho natural" (en Bobbio Norberto; Eisenman, Charles; *et alia. Crítica del derecho natural*, Madrid Taurus 1966, pp. 29-163) traducción española del artículo de Kelsen aparecido en francés: "Justice et droit naturel" (en *Le droit naturel*, Paris, Presses Universitaires de France 1959, pp. 1-123. NT). El tema (de la no contradicción) es analizado detalladamente en *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 205-208 Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 209-212; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 214-217. NT).

¹⁶ *General Theory of Law and State*, cit., p. 29 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 34. NT).

¹⁷ Cfr. Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, cit., p. 15. (Cfr. *Id.*, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 17-18. NT).

vida, la salud, la libertad o la propiedad'.¹⁸ Kelsen dice que la desventaja o el mal se *aplica* al violador del derecho, una frase que indica que la sanción es un acto hecho al infractor por un otro. En ningún sentido esto es siempre el caso. La privación de propiedad, por ejemplo, puede ser lograda ordenándole al infractor entregar alguna de sus propiedades y no únicamente ordenando a otra persona a quitársela.

La sanción "tiene el carácter de una medida de coacción. Esto no significa que al llevar a cabo la sanción tenga que ser aplicada la fuerza física. Ésta es necesaria únicamente si se encuentra resistencia al aplicar la sanción".¹⁹ Debe observarse que el propio acto aplicador de sanciones y no meramente el uso de la fuerza es llamado aquí coactivo. Contrariamente a la implicación del pasaje del cual se ha transcrito, no toda sanción jurídica puede ser ejecutada por la fuerza. La privación de la propiedad puede algunas ocasiones ser aplicada por la anulación o retiro de ciertos derechos, en formas que no son abiertas a la obstrucción física.²⁰ Por otro lado, algunas sanciones tienen, por su misma naturaleza, que ser aplicadas por la fuerza, *e. g.* azotar, ejecutar. Por supuesto, es posible ordenar que uno mismo se azote o que se suicide, pero éstas son sanciones diferentes.

A la luz de las observaciones anteriores el procedimiento sería como sigue. Las sanciones jurídicas serían consideradas como dos actos conectados de la forma siguiente. Uno, el acto aplicador de sanciones, es realizado por el infractor del derecho y es en su propia desventaja en el sentido explicado anteriormente.²¹ El otro acto es hecho por algún otro, no habiendo realizado el infractor el primero, y es hecho con la intención de causarle, ya sea la misma, o bien, una desventaja diferente al infractor. Una sanción la cual no puede ser aplicada por el infractor del derecho a sí mismo, consiste únicamente en un acto del segundo tipo.

¹⁸ Cfr. *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 18 (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*, p. 20. NT). El buen nombre debe ser agregado a la lista; así como lastimar otros sentimientos (*e. g.* matar o dañar a un pariente). De esta manera, algunas de las dificultades de Kelsen en la *General Theory of Law and State* (p. 35), pueden ser resueltos (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*, pp. 64. NT).

¹⁹ *General Theory of Law and State*, *cit.*, p. 18. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, *cit.*, p. 21. NT).

²⁰ Véase: "La privación de otros derechos puede también ser estipulada como sanción" Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 109. (Cfr. *Id. Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 115; *Id. Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 124-125. NT).

²¹ Los actos del primer tipo son, en general, en perjuicio de las personas de esta clase. No es una condición necesaria que el acto sea en perjuicio del infractor en toda ocasión.

Una sanción es una sanción coactiva si permite el uso de la fuerza. Contrariamente a la opinión de Kelsen, no todas las sanciones jurídicas son coactivas.

Un acto no es aplicación de una sanción, aunque ésta represente una desventaja para persona, a menos que sea estipulada por una norma como consecuencia de un cierto acto de esa persona.²² Kelsen explica:

En todos los estados civilizados, los órganos administrativos están... autorizados a evacuar por la fuerza a los habitantes de casas que amenazan caer, demoler los edificios de forma a impedir la propagación de incendios, abatir ganado alcanzado de ciertas enfermedades, internar individuos cuyas condiciones físicas o mentales constituyen un peligro para la salud o la vida de sus conciudadanos... Estos actos coactivos 'a los cuales los órganos administrativos, especialmente órganos de policía, son autorizados' difieren de las sanciones... en que éstos no son condicionados por una cierta conducta humana contra la cual este acto coactivo, como sanción, sea dirigido.²³

Los actos coactivos de este tipo no son sanciones: esto no es porque sean en beneficio de aquellos a los cuales afecta (toda vez que Kelsen asume que son en detrimento de algunas personas),²⁴ sino, porque la disposición jurídica que autoriza su realización no los hace depender de ningún comportamiento de las personas que sufren estos actos.

El concepto de sanción de Kelsen se basa en las nociones de acto que afecta a una persona y de violación de una disposición jurídica (la que, si es condición de la sanción, es llamada delito).²⁵ Está también íntimamente conectada con el concepto de responsabilidad. Una persona está expuesta a una sanción si es responsable de su propio delito. Algunas veces, como Kelsen reconoce,²⁶ una persona es tenida como responsable

²² Cfr. Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 34. (Cfr. *Id. Reine Rechtslehre*, cit., p. 36; *Teoría pura del derecho* cit., p. 48. NT).

²³ *General Theory of Law and State*, cit., pp. 278-279. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 330-331).

²⁴ Kelsen no olvida los problemas especiales del 'paternalismo jurídico', a saber: aplicar a alguien una sanción por su propio bien. Los actos de este tipo Kelsen los considera como actos en perjuicio de la persona que se ejecuta. Esta idea resulta del hecho de que considera que un acto es un perjuicio de una persona si así es en la mayoría de las ocasiones en las cuales pueda realizarse en perjuicio de algunos seres humanos. Hubiera sido más razonable considerar nuevamente si la realización del acto en la ocasión especificada por el derecho sería, en general, en perjuicio de los súbditos del derecho.

²⁵ Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., p. 54. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 63. NT).

²⁶ Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., p. 55. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 64-65. NT).

por actos de otras personas. Un acto en detrimento de una persona es una sanción en contra de ella y su realización se encuentra condicionada, jurídicamente, por un delito de una otra persona por quien, el primero, es responsable. Kelsen, sin embargo, no explica la naturaleza de la responsabilidad;²⁷ empero, éste no es el lugar para abordar este tema tan complejo.

Esta explicación de la sanción jurídica se basa primordialmente en la *General Theory of Law and State*. En *The Pure Theory of Law* Kelsen repite sus explicaciones de desventaja y coacción, así como su distinción entre coacción administrativa y sanción.²⁸ Pero en este libro las sanciones jurídicas han perdido su importancia con respecto a la individuación de las disposiciones jurídicas. En cierto lugar Kelsen dice:

En tanto orden coercitivo el derecho se distingue de otros órdenes sociales. El criterio decisivo es el elemento de la fuerza —el cual significa que el acto prescrito por el orden como consecuencia de hechos socialmente dañinos debe ser ejecutado aún en contra de la voluntad del individuo y, en caso de resistencia, mediante la fuerza.²⁹

No las sanciones coactivas, sino los actos coactivos, como tales, son hechos aquí la característica distintiva del derecho. Esto produce un cambio muy significativo en los principios de individuación, toda vez que Kelsen había siempre asumido, tácitamente, que la característica distintiva del derecho en general era también la característica distintiva de toda norma jurídica. Por tanto, el cambio en sus ideas sobre la distinción entre el derecho y otros órdenes sociales produce un cambio en sus principios de individuación de disposiciones jurídicas:

Si se concibe el derecho como un orden de coacción, esto es, como un orden que instituye actos de coacción, entonces las proposiciones jurídicas que describen las normas aparecen como enunciados en términos de los cuales, cuando las condiciones determinadas, esto es fijadas, por el orden jurídico, son dadas, un cierto acto de coacción, igualmente definido por el orden jurídico, debe ser realizado.³⁰

²⁷ Todo lo que dice es que hay una relación entre la persona que cometió el delito y la persona que es tenida como responsable.

²⁸ Cfr. *The Pure Theory of Law*, pp. 33-34 y 108. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 34-36 y 114; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 46-48 y 123. NT).

²⁹ *The Pure Theory of Law*, cit., p. 34. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 36; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 48. NT).

³⁰ *Théorie pure du droit*, cit., p. 149. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 114; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 123. NT).

La norma general de una disposición jurídica, de acuerdo con Kelsen, es: *A* debe ser hecha cuando las condiciones *C* son producidas. Si el principio original de individuación significa que *A* tiene que ser un acto (o un compuesto de actos como explicamos anteriormente) que aplican una sanción. Todas aquellas partes del material jurídico de un sistema que no estipula una sanción son, ya sea, parte de la especificación de las condiciones para la aplicación de sanciones, o bien, no son, en absoluto, parte del derecho (tal es el destino de los preámbulos de las leyes o constituciones etcétera, así como el de ciertas disposiciones jurídicas imperfectas).³¹ Los actos coactivos que no son aplicación de sanciones, *i. e.* coacción administrativas, se encuentran siempre entre las condiciones para la aplicación de sanciones. Algunas ocasiones son deberes impuestos a la administración y su incumplimiento expone a los funcionarios responsables a una sanción. Son siempre una excepción a las normas que prohíben el uso de la fuerza.

La nueva doctrina propuesta en *The Pure Theory of Law* significa que, aparte de ser (como antes) parte de las condiciones de la aplicación de sanciones, o de las normas que prescriben sanciones, los actos de coacción administrativos son específicamente permitidos por normas separadas las cuales no estipulan sanciones.

Las razones para este cambio de la doctrina ha sido ya delineado. Se basa primeramente en la idea de Kelsen de que las características propias del derecho en general se presentan en cada disposición jurídica individual y, en segundo lugar, en la creencia de que el derecho se distingue de todos los otros sistemas normativos sociales por ser el único que prescribe actos coactivos.

Los errores del primer paso serán expuestos más tarde. En cuanto a la segunda creencia, no existe ninguna razón para suponer que sea verdadera. El linchamiento o la *vendetta* pueden ser prescritos por cierto sistema moral impositivo sin convertirlo en órdenes jurídicas. Similarmente, órdenes sociales no jurídicos pueden prescribir castigos corporales a los niños por sus padres, a alumnos por sus maestros, etcétera. La coacción puede, también, ser autorizada o, incluso, prescrita, por órdenes sociales no jurídicos en casos de peligro para la comunidad o para parte de ella.

Más importante aún es el hecho de que la definición de Kelsen del derecho en la *The Pure Theory of Law* como un orden coactivo entra en

³¹ Cfr. *The Pure Theory of Law*, *cit.*, pp. 50-58. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, *cit.*, pp. 51-59; *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 63-70.

conflicto con el principio guía [del comportamiento] de la definición de orden social normativo que el mismo Kelsen ha adoptado. Kelsen explica:

Es función de todo orden social . . . provocar una cierta conducta recíproca de los seres humanos . . . de acuerdo con la manera por la cual la conducta socialmente deseada es provocada, pueden ser distinguidos varios tipos de órdenes sociales: estos tipos . . . son caracterizados por la motivación específica a la que recurre un orden social para inducir a los individuos a comportarse como debe ser . . . [en uno de los tipos] la conducta conforme al orden establecido se logra por una sanción establecida en el orden mismo.³²

De acuerdo con este principio de clasificación de los órdenes sociales, el derecho es distinguido por Kelsen de los otros órdenes sociales por el hecho de que el derecho recurre a las sanciones coativas como motivos estándares para la conformidad. En la *Théorie pour du droit* Kelsen repite el mismo principio de clasificación de órdenes normativos casi en las mismas palabras:

. . . La función de todo orden social consiste en provocar una cierta conducta de los hombres que le están sometidos, . . . esta función de motivación es realizada por las representaciones de las normas que ordenan o prohíben ciertos actos humanos. La forma diferente a través de las cuales ellas prescriben o prohíben, permiten distinguir entre varios tipos de órdenes sociales . . . Ciertos órdenes sociales prescriben una cierta conducta humana sin vincular ninguna consecuencia a la obediencia o a la desobediencia de sus mandatos. Otros, al mismo tiempo que ordenan una cierta conducta vinculan el otorgamiento de una ventaja, una recompensa, o bien, vinculan a la conducta contraria una desventaja, una pena, en el sentido más amplio de este último término.³³

Si este principio de clasificación es adoptado, entonces el derecho es definido como el único orden social que usa sanciones coactivas socialmente organizadas como motivación estándar para la conformidad. El principio de individuación que se deriva de esta definición claramente es que toda disposición jurídica es una norma que estipula una sanción.

Cualquiera que sean las deficiencias de esta definición del derecho, se debe de admitir que se basa en hechos mucho más significativos (asumiendo que son hechos) que la nueva definición del derecho de Kelsen, basada, como lo está, meramente en el supuesto de que ningún otro orden

³² *General Theory of Law and State*, cit., p. 15. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 17-18).

³³ *Théorie pure du droit*, cit., p. 34. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 25-26; *Teoría pura del derecho* cit., pp. 38-39. NT).

social prescribe, medidas coactivas, la cual no arroja ninguna luz sobre el mecanismo de la 'técnica social' del derecho.

Al preferir, sobre estas bases, la anterior definición del derecho de Kelsen, me obligo por la misma lógica de Kelsen a preferir, también, su anterior principio de individuación. El resto de la explicación se basa en este principio, a saber: de que toda disposición jurídica es una norma que estipula una sanción.³⁴ El principio de individuación preferido, sin embargo requiere de un análisis más riguroso. Como este examen trata de la teoría de Kelsen de la estructura de un sistema jurídico, se ha pospuesto hasta que ese tema sea retomado en el próximo capítulo.

El principio de la individuación de Kelsen, el cual hemos estado analizando, explica el tipo de acto que toda disposición jurídica estipula. La forma general de una disposición jurídica es en el sentido de que un acto debe ser realizado por cierta persona en ciertas condiciones. Se ha mostrado que el acto es siempre un acto aplicador de sanciones, el cual implica que las condiciones de su realización incluyen algún acto de una persona que sufre aplicación de la sanción.³⁵ ¿Cuál es la fuerza del 'deber ser' en esta formulación? ¿Qué significa decir que toda disposición jurídica *estipula o establece* una sanción?

Es razonable asumir que significa que el derecho requiere que la sanción deba ser aplicada cuando las condiciones especificadas sean cumplidas y no aplicar la sanción en tales circunstancias equivale a la violación del derecho. Es verdad que el hecho de que una persona no aplique una sanción estipulada por una disposición jurídica no es siempre una condición para la aplicación de una otra sanción estipulada por una segunda disposición jurídica y dirigida contra tal persona. Esto significa, de acuerdo con Kelsen, que el sujeto normativo de la primera disposición jurídica no tiene el deber de aplicar la sanción, puesto que encontrarse bajo el deber de realizar un acto significa que no hacerlo constituye una condición para la aplicación de una sanción.³⁶ Pero no es imposible dar sentido

³⁴ El nuevo principio de individuación de Kelsen no está respaldado por un análisis de las normas que prescriben coerción administrativa, sobre la cual muy poco es dicho. Mas aún, en un artículo publicado en 1966: "On the Pure Theory of Law" (en *Israel Law Review*, Núm. 1, 1966) Kelsen regresa a su antigua definición del derecho y a su antiguo principio de individuación. Estos hechos sugieren que su nuevo es, después de todo, sólo medio digerido.

³⁵ Éste no es un principio completo de individuación. La individuación de las disposiciones jurídicas depende, de acuerdo con Kelsen, de la individuación de sanciones, un tema sobre el cual no dice nada.

³⁶ Cfr. *General Theory of Law and State*, cit., p. 59; *The Pure Theory of Law*, cit., p. 115. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 69; *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 120-121; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 129-130. NT).

al concepto de 'ser requerido a comportarse de cierta manera' sin referencia al concepto de 'estar expuesto a una sanción'. En tal sentido es costumbre decir que los jueces y otros funcionarios deben de aplicar el derecho, ejecutar sanciones, etcétera, aún si no son objeto de sanciones cuando no lo hagan así. Estos hechos no escapan a la atención de Kelsen. Kelsen, inclusive, da una explicación parcial de algunos de ellos. La gente dice que una persona debe, o es requerida, comportarse de cierta manera cuando el legislador ha promulgado una disposición jurídica expresando su intención de que tal persona debe comportarse de tal manera, aún cuando ninguna intención sea establecida para respaldar esta prescripción. Kelsen, sin embargo, piensa que tal intención "tiene que ser considerada como jurídicamente irrelevante",³⁷ rechazando, así, cualquier intento de distinguir entre 'es jurídicamente requerida' y 'es un deber jurídico'.

Kelsen usa 'deber ser' para significar 'es requerido', 'tiene permiso de' y 'tiene la facultad de'.³⁸ Kelsen parece pensar que el 'deber ser' en la descripción apropiada de normas tiene cualquiera de estos significados de acuerdo con las circunstancias.³⁹ Parece dispuesto a decir que una persona tiene la facultad de aplicar una sanción. En cierto lugar Kelsen dice que "en el caso de un orden jurídico que establece actos coactivos como sanciones, un individuo está autorizado a realizar estos actos bajo las condiciones estipuladas por el orden jurídico".⁴⁰ Debe considerar toda norma que estipule una sanción como otorgando una permisión. En el capítulo sexto será analizado el problema de cuál de ellas también, confiere facultades.

Kelsen parece pensar que una disposición jurídica prescribe una sanción si hay otra disposición jurídica que haga de la no ejecución de la sanción una condición de otra sanción. Pero, en tal caso, la aplicación de la sanción es prescrita por la norma que convierte la falta de aplicación en un delito y no por la norma que estipula la sanción.⁴¹ Consecuentemente, toda norma que estipula una sanción, esto es, toda disposición jurídica, es una permisión para aplicar una sanción.

³⁷ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 52; (cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., 53; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 65).

³⁸ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 5; (cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 5; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 19. NT).

³⁹ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 118-119; (cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 123-124; *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 132-133. NT).

⁴⁰ *The Pure Theory of Law*, cit., pp. 15-16; (cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 15; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 29. NT).

⁴¹ Sobre este particular, véase la siguiente sección.

3) *Kelsen versus Bentham. Una comparación*

Aun cuando lo que hemos dicho en los dos últimos incisos sobre los principios de la individuación de Bentham y de Kelsen no exponen sus doctrinas completas de la individuación de las disposiciones jurídicas, proporciona, sin embargo, alguna idea de la naturaleza de los problemas que suponen. Lo anterior puede, también, servir como base para una comparación parcial de sus puntos de vista sobre el problema, lo que, en sí mismo, nos ayuda a entender qué consideraciones son relevantes para resolver el problema de la individuación de las disposiciones jurídicas. Como será visto más adelante, la comparación ayuda también a señalar conexión estrecha entre el problema de la individuación y la teoría del sistema jurídico.

“Toda norma jurídica obliga a los seres humanos a observar una cierta conducta bajo cierta circunstancia.”⁴² Siendo una permisión, una norma puede obligar sólo implícitamente. Obliga en este sentido: el hecho de que una norma permita a una persona comportarse de cierta manera bajo ciertas circunstancias implica que otra persona tiene el deber de hacer o abstenerse de hacer cierto acto.

Una persona “está jurídicamente obligada a abstenerse del delito... el individuo está jurídicamente obligado a comportarse de forma opuesta a la condición de una sanción dirigida contra él”.⁴³ Como toda disposición jurídica es una permisión para aplicar una sanción, toda disposición jurídica implica un deber. Sin embargo, tiene que recordarse que mientras una disposición jurídica permite explícitamente, obliga implícitamente. Estrictamente hablando ésta es una permisión simple: x puede hacer A cuando y hace B y otras condiciones se cumplen. Pero este permiso de x de hacer A implica una obligación de alguna otra persona mencionada en la descripción del derecho, a saber: y , para evitar que haga otro acto, el que igualmente, es mencionado en la descripción, a saber: B .

Se puede decir que la disposición jurídica kelseniana equivale a dos disposiciones jurídicas de Bentham. La disposición jurídica principal de Bentham, la cual impone una obligación en x de comportarse de cierta manera, digamos A , y su disposición jurídica punitiva, la cual impone una obligación en otra persona, digamos y , para aplicar una sanción contra x haciendo B , si x no cumple su obligación de hacer A , se convierte,

⁴² Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, cit., p. 3. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 3. NT).

⁴³ Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, cit., p. 59; (cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 68-69. NT).

en la teoría de Kelsen, en una sola disposición jurídica: en una permisión dada a y de hacer B si x no hace A . Ésta es la diferencia más importante entre sus respectivos principios de individuación. El mismo material jurídico el cual, de acuerdo con Kelsen, permite construir una sola disposición jurídica, es considerada por Bentham como estableciendo dos disposiciones jurídicas.

El hecho de que Kelsen considere la aplicación de la sanción como permitida, mientras que Bentham la considera como obligatoria,⁴⁴ no refleja una diferencia en la cantidad del material jurídico. El hecho testimonia una diferente interpretación del mismo material jurídico.⁴⁵ Bentham considera el hecho de que el legislador expresó su intención de que una sanción deberá ser aplicada haciendo su aplicación un deber, siempre que la desobediencia sea castigada por alguna otra sanción. La sanción ulterior es meramente una condición necesaria, no suficiente, para la existencia de un deber de aplicar la primera sanción. Kelsen, por otro lado, hace de la sanción por la falta de aplicación de la primera sanción, o la realización de cualquier otro acto, condición tanto suficiente como necesaria para que el acto sea un deber y considera irrelevante la intención del legislador.

Ésta, de cualquier forma, parece ser la consecuencia, de observaciones como las siguientes:

El enunciado 'un individuo está jurídicamente obligado a comportarse de cierta manera' es idéntico al enunciado 'una norma jurídica ordena un cierto comportamiento de un individuo'. Y un orden jurídico ordena un cierto comportamiento vinculando una sanción a la conducta opuesta.⁴⁶

Al decir que un orden jurídico obliga a hacer un acto convirtiendo la falta de su realización en una condición para la aplicación de una sanción, Kelsen mismo se expone a la siguiente crítica:

Si limitamos nuestra atención al contenido de la disposición jurídica tal y como es representada en la forma canónica 'si A , entonces B debe

⁴⁴ De acuerdo con Bentham, la aplicación de sanciones no es obligatoria meramente cuando su existencia se declara en cláusulas insitativas, *i. e.* en cláusulas que declaran una política.

⁴⁵ Hay, como quiera que sea dos diferencias en el material, aceptado por los dos filósofos, que establece la existencia de una sola disposición jurídica: (1) Kelsen considera irrelevantes las declaraciones de política, mientras que Bentham los considera parte del material jurídico relevante. (2) Kelsen piensa que una permisión de aplicar la sanción en caso de que un acto no sea realizado es suficiente para hacer que la realización de dicho acto sea un deber. Bentham parece pensar que la aplicación de la sanción tiene que ser obligatoria o una política declarada.

⁴⁶ Kelsen, Hans. *The Pure Theory of Law*, *cit.*, p. 115. (*Cfr. Id. Reine Rechtslehre*, *cit.*, p. 121; *Id., Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 129.

ser', es imposible distinguir una disposición penal que castiga la conducta con una multa, de una disposición fiscal que grava ciertas actividades. Ambas, cuando el individuo es gravado y cuando es multado, las prescripciones de derecho, cuando se acomodan en la forma kelseniana canónica, son idénticas. Ambos casos son, por tanto, casos de delito al menos que distingamos entre ellos, refiriéndonos a algo que escapa a la red de la forma canónica, *i. e.* que la multa es un castigo por una actividad oficialmente condenada y que el impuesto no lo es. Puede quizás objetarse que un impuesto, aunque consiste en un pago de dinero obligatorio tal y como algunas sanciones lo son, no es una 'sanción'... Pero esto, en realidad, no evita la dificultad, sino únicamente la difiere; puesto que tenemos que caminar fuera de los límites de la definición jurídica para determinar cuando un pago de dinero obligatorio es una sanción y cuando no lo es.⁴⁷

La última observación en la transcripción sugiere que hay cierta ambigüedad en la posición de Kelsen: No es claro si todo acto que representa una desventaja para una persona y cuya realización depende, jurídicamente, de la conducta de esa persona es una sanción, o bien, si algunas otras condiciones tienen que ser satisfechas. Como Hart señala, si existe una otra condición, entonces Kelsen no revela cuál es.

De hecho Kelsen escribe como si no existiera ninguna otra condición. Ésta es una conclusión sorprendente, toda vez que significa que mientras Kelsen insiste en que el legislador tiene que manifestar, de alguna manera, una intención de prescribir la conducta de las otras personas para crear algún material jurídico autoritativo, considera esa misma intención completamente irrelevante para la interpretación del material jurídico de esta manera creado. No obstante, no hay ninguna escapatoria para esta conclusión. Ésta se basa en las definiciones de Kelsen de 'sanción', 'deber'⁴⁸ y, particularmente, en su definición de 'delito'.

Kelsen enfáticamente señala: "Es solamente por el hecho de que el orden jurídico las erige en condiciones de actos de coacción previstos por él, que los comportamientos, acciones u omisiones, adquieren el carácter de actos ilícitos o delitos."⁴⁹ Sin embargo, como Kelsen sabe:

⁴⁷ Hart, H. L. A. "Kelsen Visited" en *UCLA Law Review*, pp. 720-721. (Existe versión española debida a Javier Esquivel, *Visita a Kelsen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977, Cuadernos de Crítica, 4.)

⁴⁸ Véase, en cuanto a la primera: *The Pure Theory of Law*, *cit.*, pp. 34-35 y 111; (*cfr. Reine Rechtslehre*, *cit.*, pp. 36-37 y 116-117; *Teoría pura del derecho*, *cit.*, pp. 48-49 y 125-126. NT); en cuanto a la segunda véase el texto que acompaña la nota 46.

⁴⁹ *Théorie Pure du droit*, *cit.*, p. 152; (*cfr. Reine Rechtslehre*, *cit.*, pp. 116-117; *Teoría pura del derecho*, *cit.*, p. 125. NT).

El delito, *i. e.*, el hecho de que una parte no haya cumplido el contrato, no es suficientemente caracterizado al decir que es 'una condición de la sanción'. La celebración de contrato y la interposición de la acción por parte de la otra persona son, también, condiciones. ¿Cuál es, entonces, la característica distintiva de tal condición que es llamada 'delito'? Si no pudiera encontrarse otro criterio que el pretendido hecho de que el legislador desea la conducta contraria de la que es caracterizada como 'delito', entonces el concepto de delito no sería susceptible de una definición jurídica... tales explicaciones equivalen únicamente a decir que el delito está en contra del propósito del derecho. Pero esto es irrelevante para el concepto jurídico de delito.⁵⁰

En vez de referirse a la "intención del legislador", 'la intención oficial' o 'el propósito de derecho', Kelsen define el delito simplemente como "la conducta del individuo contra el cual se dirige la sanción como consecuencia de su conducta".⁵¹ Esta definición no puede distinguir, por ejemplo, entre hacer una promesa obligatoria y violarla. Esta definición hace a ambos actos partes del delito. Todo acto de una persona que sea una condición de la aplicación de una sanción dirigida contra él es parte de un delito.

Al pasar por alto todo, salvo el hecho de que el delito es una condición de una sanción, Kelsen vicia su propia doctrina de individuación. Sus principios de individuación dependen de la posibilidad de deducir, de un enunciado de que una persona le es permitida aplicar una sanción, que otra persona está obligada a comportarse de cierta manera. Pero el enunciado de que hacer un acto hace que un hombre esté expuesto, jurídicamente, a algunas consecuencias desagradables, no implica que tenga el deber jurídico de evitar hacerlo. Esto es únicamente la otra cara de la crítica de Hart que hemos transcrito anteriormente. El hecho de que ganar dinero nos lleve a pagar un impuesto no implica que uno tenga el deber de evitar ganar dinero.

Pasando por alto esta crítica de la doctrina de individuación de Kelsen (su doctrina puede ser rectificada de forma a acomodarse a la crítica), tiene uno que preguntarse, en primer lugar, ¿cuáles son las razones para

⁵⁰ *General Theory of Law, cit.*, p. 53; (*cf.* *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 62. NT).

⁵¹ *General Theory of Law and State, cit.*, p. 54 (*cf.* *Teoría general del derecho y del Estado, cit.*, p. 63. NT). Véase también: *The Pure Theory of Law, cit.*, p. 114; (*cf.* *Reine Rechtslehre, cit.*, pp. 119-120; *Teoría pura del derecho, cit.*, pp. 128-129. NT). Kelsen permite ciertas excepciones las cuales son irrelevantes para la explicación.

aceptarla?, ¿por qué debe preferirse a la doctrina de Bentham, por ejemplo?

Primeramente existe la creencia implícita de Kelsen de que las propiedades características de los órdenes jurídicos, los rasgos que los distinguen de otros tipos de órdenes normativos sociales, son las propiedades que distinguen toda norma social no jurídica. Parece que únicamente esta creencia puede explicar el cambio en la concepción de Kelsen sobre la individuación en *The Pure Theory of Law*.⁵² Esta creencia demuestra la tendencia prevaleciente de considerar la definición de una disposición jurídica, y no la explicación de un sistema jurídico, como el problema principal de la teoría del derecho. Muestra también que Kelsen, quien debe haberla conocido mejor, no está exento a esta tendencia. Puesto que la creencia de que toda norma jurídica pueda ser distinguida de toda otra norma por el hecho de que toda norma jurídica y ninguna otra norma estipula una sanción coactiva, es incompatible con la otra creencia de Kelsen de que “es imposible penetrar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada”.⁵³

En cierto sentido casi todo el resto de este trabajo está destinado a convencer al lector de la verdad de esta afirmación de Kelsen que acabamos de transcribir. El derecho debe ser distinguido de la moral positiva, etcétera, mediante las características de los sistemas jurídicos que no son compartidas por cada una de sus disposiciones jurídicas. Únicamente si este procedimiento es adoptado será efectivamente posible explicar el lugar especial que ocupan las sanciones coactivas en el derecho. No es verdad que únicamente el derecho estipule sanciones coactivas, tampoco existe ninguna razón para decir que toda disposición jurídica estipula una sanción coactiva (aun fuera sólo porque no toda sanción jurídica es coactiva). Pero es verdad que una característica del derecho es que realiza un uso sistemático de las sanciones coactivas y que las sanciones coactivas son de gran importancia para entender su naturaleza como ‘técnica social’ específica. Este tema será retomado en un otro capítulo.

Una otra razón en favor de los principios de individuación de Kelsen está implícita en su *General Theory of Law State*. Cualquiera que sean los motivos por los cuales la gente obedece el derecho, el propio derecho, tal como se ha explicado en el inciso 5 del capítulo III, proporciona un motivo estándar para obedecer al establecer sanciones. El derecho es caracterizado por su ‘técnica social’ especial: “la técnica social que consiste

⁵² Cfr. *supra*: inciso 1, de este capítulo.

⁵³ *General Theory of Law and State*, cit., p. 3. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 3. NT).

en provocar la conducta social deseada de los hombres a través de la amenaza de una medida de coacción que será aplicada en caso de conducta contraria".⁵⁴ La manera en la cual el derecho 'descansa' en esta motivación estándar, la manera por la cual la exposición a sanciones se relaciona con los actos que son requeridos por el derecho, de forma a convertirse en motivo estándar para cumplir tales deberes, es hecho claro si las disposiciones jurídicas son individuadas de conformidad con los principios de Kelsen.

No hay ninguna duda de que es deseable hacer clara la relación entre deberes y sanciones. La cuestión es saber si Kelsen ha escogido el mejor camino de hacerlo. ¿Por qué debe presentarse la relación como una relación entre dos partes de una sola disposición jurídica más que como una relación entre dos disposiciones jurídicas como lo hizo Bentham?⁵⁵ Más adelante será argumentado que las disposiciones jurídicas de Bentham son muy complejas para ser la base de una razonable división de las disposiciones jurídicas. Tales argumentos se aplican, aún con mayor fuerza, a las disposiciones jurídicas de Kelsen. También es posible argumentar que los principios de Kelsen no representan correctamente la relación entre deber y sanción. En principio concentra su atención en la sanción y en el delito. La existencia del deber tiene que ser inferido. Sin embargo, es el deber y no la sanción la principal preocupación del derecho. La sanción, está para garantizar el cumplimiento del deber. La representación de Kelsen crea la impresión de que los deberes son sub-productos de las sanciones.

Más aún, las disposiciones jurídicas de Kelsen son permisiones, mientras que, de conformidad con su propia teoría, el hecho más importante sobre el derecho es que prescribe conductas, no que las permite. La importancia de los deberes, así como su relación con las sanciones, es más claramente representada por el método de Bentham de descripción de derecho que por el método de Kelsen.

En su último libro, *The Pure Theory of Law*,^e Kelsen admite la posibilidad de normas que prescriben deberes las cuales son válidas únicamente si otra norma existe que estipule sanciones en contra de los infractores de la primera norma.⁵⁶ Sin embargo, Kelsen aún mantiene que en el

⁵⁴ Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*, cit., p. 19. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 22).

⁵⁵ Paso por alto el caso de las prescripciones satisfactivas e incitativas.

^e Su último libro, en realidad, es su obra póstuma: *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Menzschel Verlag- Universitätsbuchhandlung, 1979.

⁵⁶ Cfr. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 28. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 29, *teoría pura del derecho*, cit., 42).

derecho las dos no son sino una sola norma, explicando que el derecho “se caracteriza por el hecho de que ordena cierta conducta precisamente vinculando a la conducta contraria una desventaja”.⁵⁷ Esas observaciones se refieren a la idea de Kelsen de que la intención del legislador y el propósito del derecho son irrelevantes para la cuestión de qué acto es un deber. Esta doctrina ya ha sido criticada y aun fuera verdadera no existe ninguna razón por la cual debiera afectar en alguna manera, los principios de individuación.

Por otro lado, la observación transcrita de Kelsen puede referirse a los términos de las leyes. Como Bentham señala: “si existiera una disposición jurídica que dijera ‘dejemos al juez que cause la muerte a todo hombre que cometa homicidio’, la prohibición que resulta no sería ni un ápice menos intelegible que si dijera ‘no dejemos a ningún hombre, bajo pena de muerte, que cometa homicidio’”.⁵⁸ ¿La observación de Kelsen intenta justificar su principio de individuación con base a que el legislador usualmente formula prohibiciones dirigiéndose a los tribunales para que castiguen a las personas que cometan el acto prohibido? Si esto fuera el sentido de la observación de Kelsen, entonces sería ciertamente erróneo. La conclusión de Bentham sobre el mismo hecho es la correcta:

La versatilidad del lenguaje es interminable y su variedad inagotable. No hay ninguna confiabilidad, por tanto, a las meras palabras. Para entender cualquier tema, pero más particularmente el del derecho, para tener una clara percepción de las ideas que pertenecen a él, tenemos que despojarlas de sus cubiertas falasiosas y juzgarlas por ellas mismas.⁵⁹

En la *General Theory Law State* sin embargo un otro argumento es avanzado en apoyo del principio de individuación de Kelsen:

Si se asume que la . . . norma que prohíbe el robo es válida únicamente si la norma vincula una sanción al robo, entonces la primera norma es ciertamente superflua en una exacta exposición del derecho. Si, de alguna manera existe, la primera norma es contenida en la segunda, la cual es la única norma jurídica genuina.⁶⁰

⁵⁷ *Théorie Pure du Droit*, cit., p. 35. (Cfr. *Reine Rechtslehre*, cit., p. 26; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 39).

⁵⁸ *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., p. 234, Cfr. *Of Laws in General*, cit., p. 143.

⁵⁹ *The Limits of Jurisprudence Defined*, cit., pp. 234-235. Cfr. *Of Laws in General*, cit., pp. 143-144.

⁶⁰ *General Theory of Law and State*, cit., p. 61. (Cfr. *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 71. NT).

Supongamos que la pretendida disposición jurídica que impone un deber se encuentra implicada por la disposición jurídica que prevé una sanción por el no incumplimiento del deber que ella pretende imponer. ¿Este hecho es una razón suficiente para pensar que no hay ninguna disposición jurídica que imponga deberes, que los enunciados que pretenden describir tales disposiciones jurídicas describen únicamente las consecuencias de la existencia de normas que estipulan sanciones? Bentham por su parte piensa que no:

La disposición jurídica que convierte un acto en un delito y la disposición jurídica que ordena el castigo por tal delito no son, propiamente hablando, ni la misma disposición jurídica ni partes de la misma disposición jurídica... Estas disposiciones jurídicas son tan distintas que se refieren a diferentes acciones —ellas se dirigen a diferentes personas—. La primera no incluye a la segunda, pero la segunda implícitamente incluye a la primera. Cuando se dice a los jueces: 'debes castigar a los ladrones', una prohibición de robar es claramente insinuada. Desde este punto de vista, el Código Penal sería suficiente para todos propósitos.⁶¹

Todo lo que es lógicamente superfluo en la presentación de la disposición jurídica, en la apropiada descripción de la disposición jurídica, es una cuestión que debe evitarse, pero no a toda costa. Bentham sugiere una otra consideración insuperable: Todo acto-situación el cual es requerido por una disposición jurídica es objeto de una disposición jurídica separada que lo prescribe, a menos que éste sea una instancia o una especie de un otro acto-situación el cual es el objeto de una otra disposición jurídica.

⁶¹ "A General View of a Complete Code of Laws", *cit.*, p. 160.