

EL CONCEPTO DEL DERECHO (*)

JAMES GOLDSCHMIDT

*Antiguo Profesor de la Universidad de Berlín y de la
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo.*

I

DEFINICION

Nel derecho es el complejo de las normas sociales atributivas. Más detenidamente: el complejo de las normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad inspirándose en la idea de la justicia, las cuales, para posibilitar la co-existencia de los hombres, les imponen deberes de un hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, señalando regularmente contra la violación de los deberes una represión de la comunidad organizada.

II

ANALISIS

El derecho es un complejo de normas, es decir de reglas de conducta humana. El derecho no es un complejo de "actos", a saber: los actos efectuados por el Estado para asegurar la cultura de los

Fuente: *La Justicia*, Tomo X, N° 158, México, 1940, págs. 4893-4895.

intereses comunes por el establecimiento y la realización de un sistema de normas, garantizadas por la coacción, y de medidas coactivas, reguladas normativamente". Esta definición, que llega a incluir las actividades estatales de la legislación, jurisdicción y ejecución en el concepto del derecho, se explica por dar excesiva importancia al elemento coactivo en el derecho y conducta una identificación de los dos conceptos del Derecho y del Estado, la que se ha sostenido por Kelsen; pero no merece aquiescencia.

b) El derecho es un complejo de **normas**. En cuanto a este término hay una controversia terminológica. Se ha sostenido, que el derecho puede ser a lo más un complejo de "imperativos", pues el concepto de la "norma" es exclusivamente de índole ética y requiere no sólo una **conducta** legal, sino también una motivación moral. Pero esta terminología viene a ser una *petitio principii*. Piénsese en que Kant ha llamado a la ley fundamental de la Moral, establecida por él: Imperativo categórico. Además, por ser también el acto de obediencia de un acto de voluntad autónoma, queda oscuro de qué modo el individuo puede ajustarse a un "imperativo" "heterónomo", sino apropiándose como "norma" "autónoma", desde luego a no ser que está resuelto sin eso a una conducta legal. Esta última salvedad ha de hacerse, pues el "rigorismo ético" de Kant, que exige en todos los casos una "motivación moral", ha provocado con razón la burla de Schiller en su distico conocido: "**Sirvo gustoso a los amigos, pero desgraciadamente lo hago por afecto, por lo cual me atormenta el remordimiento de no ser virtuoso**". "Entonces no existe otro medio que tratar de despreciarles y hacer con aborrecimiento lo que te importe el deber".

Ni siquiera puede reprocharse inmoralidad a aquel que obra legalmente porque esto concuerda con su propia ventaja. Más bien, se prueba la justicia de una norma por mandar lo que cada uno estima concordar con su propia ventaja.

Goethe dice: "**No hay un aspecto más hermoso en el mundo que ver a un príncipe que gobierna inteligentemente, que ver un imperio, donde cada uno obedece de buen grado, creyendo servir a sí mismo, porque se le manda sólo lo justo**".

Por lo tanto la idea de "obrar legalmente por motivos inmorales" ha de rechazarse completamente. Es verdad, que al lado de cada

norma ordenando una hacer u omitir se encuentra otra requiriendo una motivación correspondiente. Pero esta norma exige la motivación por la representación del deber sólo en caso de conflicto de los motivos. Esta restricción distingue la "norma de motivación" ("*Pflicht-norm*") establecida por mi de aquella que se estableció por Kant.

c) Las normas jurídicas son reglas para una **conducta humana**, es decir que tienden a influir en la voluntad de los hombres. Hay controversia de qué modo las normas jurídicas tratan de lograr este fin. Mientras que la teoría dominante las considera directamente como imperativos, se sostiene por otra parte que son declaraciones, mediante las cuales se señala una actividad hipotética del Estado, especialmente ejecución o castigo en el caso de una conducta reprochable de los súbditos.

Es claro que los secuaces de las dos teorías solamente quieren decir que todas las normas jurídicas pueden **reducirse en último término** a un imperativo o bien al anuncio hipotético de una actividad estatal. Por eso sobra una refutación de las objeciones que se han deducido particularmente contra la teoría de los imperativos de la forma de numerosas normas jurídicas, que contienen definiciones, derogaciones, restricciones, extensiones, modificaciones, remisiones, analogías o ficciones.

En los demás, las concepciones de las normas jurídicas se justifican. Cada norma es al mismo tiempo imperativo para el que ha de obedecerle, y medida para el que ha de juzgar según ella. Ahora bien, como las normas jurídicas como medidas se aplican regularmente por la jurisdicción del Estado y ésta reacciona contra una antijuridicidad no sólo por una declaración de la misma, o sea por una reprimenda, sino por una **represión**, las normas jurídicas como medidas aparecen como declaraciones de una actividad hipotética del Estado: ejecución o castigo. Es verdad que este último carácter se manifiesta sólo en las normas secundarias, sobre todo en las leyes penales. Las normas del derecho civil manifiestan primeramente sólo el carácter de imperativos. Hay que convertirlas en normas del Derecho Justicial Material, es decir subsistir el derecho subjetivo por la acción, para hacer resaltar el carácter de medidas, señalando la protección jurídica del Estado. Al contrario, las normas del derecho penal aparecen desde el principio como medidas de la jurisdicción criminal, señalando penas contra delitos; sólo mediante una deducción se derivan de ellas los imperativos que les son inmanentes.

Por ejemplo, el Código Civil dice: "Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto". Este artículo tiene en primer lugar el sentido de un imperativo; es decir, manda al vendedor entregar la cosa y al comprador pagar el precio, y a la otra parte se atribuye el derecho correspondiente. Convertido en una norma del Derecho Justicial Material dice el mismo artículo: En el caso de que el vendedor no entregue la cosa, el Estado le forzará a hacerlo, y a este fin el derecho del comprador se convierte en una acción. Correspondientemente para el comprador. El Código Penal al contrario dice: El que comete tal o cual acción, será castigado. De esta sanción se deduce el imperativo que prohíbe la acción.

De ahí que las normas que tienen a dominar la vida social fuera del proceso, primeramente se imponen a los individuos como imperativos, mientras el carácter de declaraciones señalando una actividad hipotética del Estado es natural en las normas que han de aplicarse inmediatamente en el proceso.

d) El reconocimiento de que a las normas jurídicas corresponde un carácter imperativo, no quiere decir que son meros productos de una "voluntad general" y que exigen obedecerles a ciegas. Más bien arraigan en la convicción y tienden a "convencer ordenando". Esto se manifiesta claramente en el derecho consuetudinario, cuya vigencia depende formalmente de la *opinio iuris*, y por eso la escuela histórica del derecho (Savigny) ha reconocido en el fondo el derecho consuetudinario como la única verdadera fuente o más bien forma del derecho, no disimulando su aversión contra el derecho derivado de la ley. Sin embargo, también la ley deduce su pretensión material de regir de su concordancia con la convicción general de la justicia de sus normas. Es verdad que también la ley estimada generalmente injusta vincula provisionalmente a los ciudadanos. Pero a la larga tal ley pierde su vigencia, del mismo modo que una moneda desvalorizada, y cuando el legislador tarda en derogarla provoca el peligro de una "Nomomajía", de un "Ocaso de las Leyes", y se apela al "derecho Natural". He definido el "nominalismo" como aquella doctrina que deduce una teoría de la moneda de la posibilidad del Estado de abusar de su soberanía monetaria. Correspondientemente hay que calificar de "nominalismo jurídica" las teorías que al definir el concepto del derecho se atascan en el positivismo de las leyes.

Por eso en el aforismo: *stat pro ratione voluntas* al referirle a la ley, la palabra *pro* ha de interpretarse no como "en vez de", sino como "al lado de".

e) De lo expuesto han de deducirse las consecuencias para la vigencia de las normas jurídicas. Por lo que hace a este problema hay controversia entre dos teorías: la del **poder** y la del **reconocimiento**. La solución del problema planteado y la decisión de la controversia se suministra por el método lingüístico (enseñado recientemente por Werner Goldschmidt), a saber: hay que recurrir a la significación del concepto de la vigencia. Entonces se manifiesta que este concepto tiene un doble sentido. Por vigencia de una norma puede entenderse o la fuerza **psíquica** de la misma de motivar (*vis compulsiva*), o el hecho de que una fuerza física reacciona contra la infracción de la norma por una represión (*vis absoluta*). Es evidente que una vigencia en el primer sentido es adecuada a la norma jurídica en su calidad de imperativo, y una vigencia en el otro sentido a la norma en cuanto que se señala contra su infracción la represión de una comunidad organizada. Es manifiesto además que como se han justificado esas dos concepciones de la norma jurídica, así se justifican las dos teorías atañendo a la vigencia de la misma.

Ahora bien, aun cuando los imperativos jurídicos fueran meros productos de una voluntad y requirieran una obediencia ciega, su dominio, consistiendo en su fuerza psíquica de motivar, supondría que los ciudadanos los reconocen como normas autónomas, pues tampoco la obediencia puede figurarse sin que el individuo asuma el imperativo legal como regla de su conducta. Esto vale tanto más, pues los imperativos jurídicos arraigan en la convicción de su justicia y tienden a convencer de la misma. Pero en eso ha de tomarse en cuenta por un lado que para el reconocimiento de una norma basta reconocerla como obligatoria, es decir, obedecerla. No se supone la aprobación de la misma, como la norma jurídica tampoco requiere que la conducta legal se atribuya a una motivación moral. Por otro lado no se comprueba la denegación del reconocimiento de una norma por infringirla. Piénsese en el ladrón que usurpa para sí mismo la propiedad violada, o en el falsificador que reclama el amparo de la norma que ha infringido. Además el reconocimiento no depende del libre albedrío, sino del sentimiento que se impone al infractor a pesar suyo, de la conciencia que reacciona por sí misma.

Pueden imaginarse, es verdad, casos en que el infractor de una ley estimada injusta por él o hasta generalmente, le deniega el reconocimiento, es decir, que se estima obligado moralmente a la inobediencia. Pertenecen a esta clase de criminales de alguna manera todos los "delincuentes por convicción", especialmente no el ejemplo muchas veces alegado del asesino por motivo político, porque un tal criminal no deniega en serio el reconocimiento de la norma "no matar", sino al luchar contra el orden existente de la distribución de los bienes o poderes, se sobrepone a ella. Más bien, hay que pensar en aquellos que por escrúpulos religiosos deniegan el servicio militar. En este caso hay en efecto un conflicto entre "imperativo heterónomo" y la "norma autónoma". Pero en este caso la vigencia de la norma como imperativo falla en realidad y no hay otro medio que infringir la represión señalada; sólo en el sentido de que el infractor se expone a ella, la norma garantizada por la represión señalada tiene vigencia frente al que no la reconoce.