

KElsen-COSSIO

PROBLEMAS ESCOGIDOS

DE LA

TEORIA PURA DEL DERECHO

TEORIA EGOLÓGICA

Y

TEORIA PURA



BUENOS AIRES

Editorial Guillermo Kraft Ltda.

1952

Título original de esta obra:

PROBLEMS CHOISIS DE LA THEORIE PURE DU DROIT

Versión castellana del doctor

CARLOS COSSIO

ADVERTENCIA DEL EDITOR

EL PRESENTE VOLUMEN contiene el texto completo y definitivo de las conferencias pronunciadas por Hans Kelsen, durante el año 1949, en el paraninfo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, tal como el Maestro las remitió desde Berkeley (California) en diciembre de ese mismo año, con todas las adiciones que juzgó necesario hacer a su primitiva exposición oral. La Editorial Guillermo Kraft Ltda. se complace en publicarlas bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad, dueña de los preciosos originales, dada la resonancia universal que aquel ciclo de conferencias alcanzó en su momento y segura de que pone así, ahora, al alcance de los estudiosos, una pieza indispensable para la inteligencia de la doctrina jurídica que más ha llamado la atención en el curso del presente siglo.

Integran también el volumen las respuestas que el profesor Carlos Cossio dió al maestro Kelsen en los interesantes diálogos motivados por las referencias del maestro a la Teoría egológica del Derecho, de los que se hicieron eco las más calificadas revistas universitarias de Europa y América y cuyo recuerdo indeleble perdura en nuestros medios estudiosos como un fermento que honra a la tradición jurídica argentina.

Preceden al volumen las breves y cálidas palabras de presentación con que el señor Decano de la Facultad de Derecho, doctor Carlos María Lascano, puso a Kel-

IMPRESO EN LA ARGENTINA

*Queda hecho el depósito que previene la ley N.º 11.725
Copyright by Editorial Guillermo Kraft Ltda.,
calle Reconquista 519-527 - Buenos Aires.*

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones un cierto individuo "debe" ejercer un acto de coerción como sanción, ella no responde al asunto de si a este individuo le es obligatorio o simplemente permitido ejecutar la sanción. La respuesta a este asunto depende del hecho de si hay o no una norma jurídica por la que la sanción, según el sentido subjetivo del acto del legislador, está prescripta y no solamente permitida; o —si se define el derecho como un orden de coerción— si hay una norma jurídica que establezca una nueva sanción para el caso de no ejecución de aquella sanción. Si hay tal norma jurídica, el individuo está jurídicamente obligado a ejecutar la primera sanción; si no la hay, al individuo le está simplemente permitido ejecutarla. La fórmula de que la sanción "debe" ejecutarse no indica nada más que la específica significación de la relación entre la condición y la consecuencia en la regla de derecho como una ley social; recalca en qué se distingue esta relación de la relación entre condición y consecuencia en una ley natural. La expresión "se debe" pone en juego la idea de la imputación, en contra de la de la causalidad. Pone en juego la idea de la imputación, pero no la idea de la obligación.

El "se debe" —das "Sollen", the "ought"— tiene un sentido lógico, no tiene un sentido moral o jurídico; o en otros términos: la "imputación" es una categoría lógica, no una noción moral o jurídica.

EL DERECHO COMO ORDEN CONSTRICTIVO

(CONTINUACIÓN)

1. La transgresión como condición de la sanción. —
2. La responsabilidad. — 3. Responsabilidad individual y colectiva. — 4. Responsabilidad y obligación.

1. LA TRANSGRESIÓN COMO CONDICIÓN DE LA SANCIÓN. La conducta contraria a la prescripta por una norma jurídica o, para decir lo mismo, la conducta que está prohibida por una norma jurídica, se llama transgresión. Hay un estrecho vínculo entre la noción de la transgresión jurídica y la noción de la obligación jurídica. La transgresión es lo contrario de la conducta que es el contenido de una obligación. Hablando figuradamente, decimos que la transgresión es la violación de la obligación. Se tiene la obligación jurídica de abstenerse de cometer una transgresión. Si formulamos la regla de derecho así: bajo ciertas condiciones un individuo debe comportarse de una determinada manera, no hay entonces ninguna dificultad en definir la noción de transgresión. Toda conducta que esté prohibida según la significación subjetiva de un acto de las autoridades jurídicas competentes, o lo contrario de la conducta que está prescripta según la significación subjetiva de un acto de las autoridades jurídicas competentes, he ahí la transgresión. Pero si formulamos la regla de derecho así: en ciertas condiciones debe ejecutarse una sanción, es necesario definir la transgresión

como una de las condiciones de la sanción. Un acto jurídico no tiene la significación objetiva de prescribir (o de prohibir) una determinada conducta sino cuando precisamente una sanción está prescripta o permitida para la conducta contraria. Se dice habitualmente que porque una conducta es una transgresión, está prohibida o es la condición de una sanción. Sin embargo, sería exacto decir: porque una conducta está prohibida, o porque es la condición de una sanción, esa conducta es una transgresión. No hay *mala in se*, sólo hay *mala prohibita*. Si el legislador, según la significación subjetiva de su acto, prohíbe una determinada conducta y si no hay ningún acto complementario que tenga la significación de prescribir o de permitir una sanción para esta conducta, ésta no es una transgresión siempre que interpretáramos los actos creadores de Derecho de acuerdo a una regla de derecho formulada como sigue: en determinadas condiciones debe ejecutarse un acto de coerción como sanción.

2. LA RESPONSABILIDAD. Pero la conducta que, jurídicamente, se califica de transgresión, no es la única condición de la sanción prescripta o permitida: hay varias. La transgresión civil se ofrece muy bien como ejemplo de esta afirmación. La obligación jurídica de cumplir un contrato puede describirse por la siguiente regla de derecho: 1º) Si dos individuos concluyen un contrato; 2º) Si una de las partes contratantes no cumple el contrato; y 3º) Si la otra parte contratante, como actor, inicia una acción contra el demandado por ante el tribunal competente, este tribunal debe ordenar una ejecución forzosa contra los bienes del demandado. La obligación jurídica es cumplir el contrato; la transgresión es el incumplimiento del contrato. Pero es evidente que el incumplimiento sólo es una entre las varias condiciones de la sanción. Ni el hecho de concluir un contrato, ni el de iniciar una acción ante un tribunal son una

transgresión. No se podría negar que en la mayor parte de los órdenes jurídicos efectivos, no se puede imponer una sanción civil sobre los bienes de una persona que no ha cumplido un contrato, sino cuando la otra parte ha iniciado una acción. Al describir un semejante derecho positivo es necesario que se califique la iniciación de una acción ante el tribunal como condición de la sanción. Después que la acción ha sido llevada ante el tribunal, éste, antes de ordenar la sanción indicada por la ley, está exigido de asegurarse que un contrato ha sido celebrado por las partes. A falta de contrato, el tribunal no puede ordenar una sanción. Es verdad que la noción "incumplimiento del contrato" encierra el hecho de que ha sido celebrado un contrato. Pero celebrar un contrato no es la transgresión. La transgresión es la conducta de un solo individuo, del transgresor. Celebrar un contrato implica la conducta de dos individuos; de las partes contratantes. Además, celebrar un contrato es un hecho que tiene su propia significación jurídica, la que no se parece en nada ni tiene nada que ver con la de la transgresión. Celebrar un contrato es la creación de una norma individual que fija el contenido de la obligación jurídica contractual. Así, no hay manera de negar que haya al menos tres condiciones diferentes para la sanción, en el caso del incumplimiento del contrato. Entonces aparece este problema: cómo se puede distinguir una de estas condiciones y calificarla de transgresión, de entre las otras condiciones que no lo son. Yo he ensayado de resolver este problema definiendo la transgresión como la conducta del individuo contra quien se dirige la sanción en tanto que consecuencia de esa conducta. Pero esta definición parece ser aplicable solamente bajo condición que el transgresor, es decir el individuo que ha cometido la transgresión —un individuo cuya conducta cuenta entre las condiciones de la sanción— sea alcanzado por la sanción. Pero sucede en el derecho positivo que la sanción no siempre se dirige

contra el transgresor, es decir, contra un individuo cuya conducta cuenta entre las condiciones de la sanción. Si la sanción se dirige contra un individuo cuya conducta no cuenta entre las condiciones de la sanción, decimos que hacemos responsable a un individuo por la conducta de otro individuo. Ejemplos característicos de esto son la sanción del derecho primitivo, la vendetta, y las sanciones del derecho internacional general, las represalias y la guerra, sanciones que constituyen una responsabilidades colectiva.

3. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y COLECTIVA. En todos estos casos la sanción no está dirigida o no lo está únicamente, contra el transgresor, es decir, el individuo que ha cometido la transgresión con su propia conducta; o en otros términos, la sanción no está dirigida contra el individuo cuya conducta cuenta entre las condiciones de la sanción. Si a un individuo se hace responsable por la conducta de otro individuo, no hay conducta del individuo responsable entre las condiciones de la sanción. La regla de derecho que se refiere a esta situación no se refiere a la conducta de este individuo. Solamente allí donde se trata de la responsabilidad por la propia conducta, allí donde sólo el transgresor es el responsable la conducta del individuo responsable tiene un interés jurídico. Analicemos ahora los casos en que hay responsabilidad por la conducta ajena, es decir, los casos en que la sanción está dirigida contra un individuo cuya conducta no se encuentra entre las condiciones de la sanción. En tal situación vemos que siempre hay una relación particular entre el individuo cuya conducta está entre las condiciones de una sanción (el transgresor) y el individuo contra quien se dirige la sanción (el responsable). Esta relación entre el transgresor y el individuo responsable por la transgresión, es decir, el individuo contra quien se dirige la sanción, permite al le-

gislador identificar al uno con el otro, al suponer que la sanción, dirigida directamente contra uno, indirectamente tendrá el efecto querido sobre el otro, de suerte que, en este caso, también la sanción se dirige, al menos indirectamente, contra el individuo cuya conducta se encuentra entre las condiciones de la sanción, es decir, contra el transgresor. En la guerra, el jefe del ejército que ocupa un territorio del enemigo puede promulgar el siguiente decreto: si en el territorio ocupado la población comete actos de sabotaje contra el ejército ocupante, serán fusilados algunos ciudadanos eminentes tomados en rehenes. Esta sanción se dirige directamente contra individuos que no han cometido los actos de sabotaje. Si la finalidad de una sanción jurídica consiste en infligir un mal a un individuo, se reputa que la ejecución de los rehenes causa un mal a quienes han cometido los actos de sabotaje prohibidos. La intención es impedirles a ellos de cometer estos actos amenazándolos con la sanción estipulada. Aquí también la sanción está dirigida —mediatamente— contra los transgresores. Si el jefe de un Estado *A*, por el cumplimiento de un acto de su competencia, viola un tratado concluido con el Estado *B*, y si el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera —como represalia— de los bienes de los ciudadanos del Estado *A* residentes en el territorio del Estado *B*, la sanción no está dirigida contra quien ha cometido la transgresión internacional mediante su propia conducta; está dirigida contra ciudadanos del Estado cuyo órgano ha cometido la transgresión. Comúnmente se describe esta situación diciendo que el Estado es responsable de su propia conducta; se dice que la sanción está dirigida contra la misma persona que ha cometido la transgresión —la persona jurídica del Estado *A*—. Pero la noción de una persona jurídica implica la identificación de los órganos con los súbditos y de los súbditos con los órganos de la comunidad que se presenta como persona jurídi-

ca. La relación jurídica que existe entre los órganos y los súbditos de un Estado nos permite decir que la sanción dirigida contra un individuo en tanto que súbdito de un Estado, en el caso de una transgresión cometida por un órgano de este Estado, está dirigida —indirectamente— contra el órgano que, con su propia conducta, ha cometido una transgresión internacional. Hasta cierto punto la situación es análoga a una ejecución forzosa del derecho civil, pues aunque está dirigida contra cosas, los bienes de un individuo, y no contra su persona, se comprende sin embargo como estando dirigida contra el individuo que tiene una determinada relación jurídica sobre la cosa: la relación de propietario.

4. RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIÓN. Es necesario distinguir la noción de responsabilidad jurídica de la de obligación jurídica. Falto de esta distinción, ha sobrevenido mucha confusión. Si alguien tiene la obligación jurídica de reparar el daño causado por él o por un tercero, se usa decir que es responsable por el daño. Pero una responsabilidad no es una obligación, y en particular no es una obligación de reparar el daño. La persona que tiene la obligación de reparar el daño es jurídicamente responsable si una sanción se dirige contra esta persona en el caso de la falta de reparación. Un individuo tiene la obligación jurídica de comportarse de determinada manera si la conducta opuesta es la condición de una sanción. El sujeto de una obligación siempre es el autor de la conducta que es el contenido de la obligación. Un individuo soporta la responsabilidad jurídica de una determinada conducta en cuanto que una sanción está dirigida contra él. Pero la conducta por la cual es responsable puede ser tanto la propia como la de otro individuo. La responsabilidad jurídica de un individuo puede referirse a la conducta ajena; pero la obligación jurídica de un individuo no puede referirse sino a su propia conducta. Lo que dis-

tingue a la obligación, de la responsabilidad es que, en el caso de la obligación, el individuo es el sujeto, mientras que en el caso de la responsabilidad es el objeto de la conducta jurídicamente pertinente. En el caso de la obligación, es el sujeto de su propia conducta, de la transgresión; y en el caso de la responsabilidad, es el objeto de la conducta de un tercero, del órgano estatal que contra él dirige la sanción. La noción de obligación se enlaza a la de transgresión, la noción de responsabilidad se enlaza a la de sanción. La transgresión y la sanción están ligadas en la regla de derecho por el principio de imputación.

Tales son las nociones primordiales de la teoría del Derecho.

Señoras y señores: he llegado al término de mis conferencias. Permittedme expresar mi sincero reconocimiento por vuestra benévola atención. Dejarme la esperanza de que las reflexiones que os he presentado —sea que estéis de acuerdo con ellas o que las rechacéis— suministrarán algo, por poco que fuere, a la teoría del Derecho, la que en ninguna parte de este mundo ha encontrado un hogar tan digno como aquí, en nuestro bello país, en esta Universidad venerable, en este magnífico edificio, entre sabios internacionalmente reconocidos, que son, a justo título, el orgullo de su patria, de la gran República Argentina.