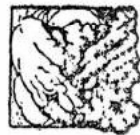


EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ
PROFESOR E INVESTIGADOR EMÉRITO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ALGUNOS ASPECTOS
DE LA
DOCTRINA KELSENIANA

EXPOSICIÓN Y CRÍTICA

CONFERENCIAS DEL AUTOR
EN EL COLEGIO NACIONAL



EDITORIAL PORRÚA, S. A.
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO. 1978

res jurídicos o, lo que es igual, que los preceptos del derecho no valdrían para ellos.

Kelsen jamás ha llegado a tal extremo, a pesar de que es necesaria consecuencia de la tesis de que sólo el órgano sancionador puede violar el derecho. Los conceptos "violación" y "cumplimiento" son correlativos, y ambos presuponen que el sujeto potencial de la violación —o de la observancia— está obligado por la norma. A la inversa: sólo el obligado a cumplir un precepto es capaz de violarlo. Luego, si los particulares, "estrictamente hablando", no pueden "violarse" el derecho, tampoco pueden "cumplirlo". Pero si no pueden ninguna de estas cosas, las normas jurídicas no valen para ellos.

No es, pues, extraño que, a pesar de todas las reservas y limitaciones que derivan de su tesis sobre el "acto antijurídico", tenga Kelsen que seguir hablando de "deberes" de los súbditos y que admitir —a regañadientes— la existencia de la "proposición jurídica secundaria".

Ya hemos dicho que a tal proposición corresponde la fórmula "si *a* es, debe ser *b*". En el simbolismo anterior *a* designa la realización del supuesto de derecho o, en otras palabras, el condicionante del deber impuesto por la norma secundaria; *b*, en cambio, la conducta objeto de tal obligación.

IV

EL DEBER JURÍDICO

"Íntimamente relacionado con el concepto de acto antijurídico —escribe Kelsen— está el de deber jurídico. El deber es originariamente un concepto específico de la moral, y designa la norma ética en su relación con el individuo a quien se prescribe o prohíbe determinada conducta. La infracción o prohibe el deber (moral) o se encuentra (moralmente) obligado a observar tal o cual conducta, significa que existe una norma válida (de carácter moral) que ordena tal comportamiento"...

"El concepto de deber jurídico no es sino la contrapartida del de norma jurídica. Pero la relación es aquí más compleja, puesto que la norma jurídica tiene una estructura más complicada que la moral. La jurídica no se refiere, como la otra, a la conducta de un solo individuo, sino cuando nosotros a la de dos: el que comete o puede cometer el acto antijurídico, es decir, el infractor, y el que debe ejecutar la sanción. Si ésta es dirigida contra un individuo distinto del infractor inmediato, la norma se refiere a tres individuos"... (Kelsen,

Teoría General del Derecho y del Estado, pág. 68 de la trad. castellana.)

Un sujeto está jurídicamente obligado a observar la conducta opuesta a aquella que funge como condicionante de la sanción dirigida contra él (o contra otros que tienen con él cierta relación jurídicamente determinada). Comete un acto antijurídico o, lo que es igual, falta al cumplimiento de su deber, si se comporta de tal manera que su conducta sea condición de la sanción; cumple su deber o, lo que es lo mismo, deja de cometer un acto violatorio, si su conducta es contraria a la que condiciona la obligación de sancionar.

“Así, pues, estar jurídicamente obligado a cierto comportamiento significa que la conducta contraria es antijurídica y, como tal, representa la condición de la sanción establecida por la norma; o sea, estar jurídicamente obligado significa ser sujeto potencial de un acto antijurídico, ser infractor en potencia. Sin embargo, sólo cuando la sanción va dirigida contra el violador, es sujeto del deber el responsable de la estipulación por la norma jurídica, es decir, el sujeto potencial de la sanción. Cuando ésta va dirigida contra un individuo distinto del violador inmediato, el sujeto del deber (es decir, el infractor potencial) y el que es objeto potencial de la sanción no coinciden, al menos en la realidad, sino sólo de acuerdo con una ficción jurídica. La existencia de un deber jurídico no es sino la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico. Éste no se concibe fuera de la norma. Es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya

conduca la misma norma enlaza la sanción. La conducta opuesta a aquella que como acto antijurídico es condición de la sanción, constituye el contenido del deber jurídico. Éste es el deber de abstenerse del acto violatorio. Es la obligación de ‘obedecer’ la norma de derecho.” (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 69 de la trad. castellana.)

Examinemos, con mayor detenimiento, los conceptos definidos por Kelsen en el pasaje anterior.

Primeramente, los de *sujeto potencial de la violación (o del acto antijurídico)* y *sujeto potencial de la sanción*.

Sujeto potencial del acto antijurídico es el obligado por la norma secundaria. Si ésta dice, por ejemplo: “cuando dos personas celebran un contrato de mutuo, el deudor debe devolver la suma prestada al llegar la fecha convenida”, el sujeto obligado es el deudor y, por ende, el infractor potencial de aquélla (o del deber que la misma impone).

Sujeto potencial de la sanción es la persona a quien, en caso de incumplimiento del deber establecido por la norma secundaria, debe aplicarse la sanción prescrita por el otro precepto.

Normalmente —así ocurre en el caso del ejemplo— el sujeto potencial del acto violatorio y el que debe sufrir el castigo son la misma persona. Pero, según hemos visto, tal coincidencia no es necesaria. Esta posibilidad exige —y justifica— la distinción conceptual forjada por Kelsen.

En la última parte del pasaje anterior, el famoso jurista define las nociones de *deber jurídico* y *objeto o contenido* de tal deber.

Deber jurídico es “la norma de derecho en rela-

ción con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción". (Obsérvese que la definición supone que el deber jurídico no es algo independiente o distinto de la norma de derecho. Se trata, en el sentir de Kelsen, de la norma misma, en una relación *sui generis* con un sujeto o, como él mismo escribe, "en relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la consecuencia sancionadora". Siempre he creído que esta equiparación no se justifica. Kelsen confunde dos planos diversos: el *lógico* de los juicios normativos y el *ontológico* de la conducta jurídicamente regulada. Una cosa es la norma que impone un deber y otra distinta el deber impuesto por ella.)

La última definición refiérese al *objeto* —o *contenido*— del deber jurídico. Kelsen lo explica diciéndolo que es "la conducta opuesta" a la que condiciona la consecuencia sancionadora. Naturalmente que tal definición alude al objeto del deber jurídico secundario o, lo que es igual, al del impuesto por la norma sancionada. (El objeto del primario, u obligación de sancionar, tendría que definirse de otra manera.)

De acuerdo con la definición del deber jurídico:

"la norma de derecho que obliga al sujeto a abstenerse del acto violatorio, enlazando una sanción a dicho acto, no establece ningún deber jurídico de ejecutar la sanción o de 'aplicar' la misma norma. El juez —o, para usar una expresión más general, el órgano aplicador del derecho— puede hallarse jurídicamente obligado a ejecutar la sanción —en el sentido en que el sujeto está obligado a abstenerse de la violación, a 'obedecer' la norma jurídica —sólo cuando hay otra norma que enlaza

una nueva sanción a la no ejecución de la primera. En tal caso hay dos normas distintas: una que estipula que determinado órgano debe ejecutar una sanción contra un sujeto, y otra que obliga a otro órgano a ejecutar una sanción contra el primero, en el supuesto de que la primera sanción no sea impuesta. Relativamente a la segunda norma, el órgano de la primera no es un 'órgano aplicador' del derecho, sino un 'sujeto' que obedece o desobedece la ley. La segunda convierte en deber jurídico del órgano de la primera ejecutar la sanción señalada por la primera. El órgano de la segunda puede, a su vez, encontrarse obligado por una tercera a ejecutar la sanción estipulada por la segunda, y así sucesivamente." (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 69 de la trad. castellana.)

En este pasaje está el meollo de la doctrina kelseniana. El aserto de que la norma primaria "no establece ningún deber jurídico de ejecutar la sanción o de 'aplicar' la misma norma" deriva en realidad de la tesis —ya expuesta— de que un precepto de derecho sólo puede obligar cuando está sancionado por otro del mismo sistema. Como la relación entre la proposición secundaria (o sancionada) y la primaria (o sancionadora) se expresa por medio de la fórmula: 'Si *a* es, debe ser *b*; si *b* no es, debe ser *c*', podemos decir, de acuerdo con la tesis, que observar la conducta *b* no es deber jurídico por el hecho de que la correspondiente norma así lo disponga, sino porque hay otra que enlaza a la conducta contraria, como consecuencia jurídica, la obligación de observar el comportamiento *c* o, en otras palabras, de sancionar al autor del acto anti-jurídico. No es, pues, posible, de acuerdo con tal

opinión, que una norma de derecho obligue *por sí misma*; sólo puede obligar cuando está sancionada por otra del mismo ordenamiento que enlace a la conducta contraria (a la prescrita por la primera) el deber estatal de imponer una sanción al infractor. Kelsen extiende tal doctrina, según acabamos de verlo, no sólo a la proposición secundaria, sino a la primaria (y, por ende, a las normas descritas por tales proposiciones). Por ello —escribe— el órgano aplicador del derecho “puede hallarse jurídicamente obligado a ejecutar la sanción —en el sentido en que el sujeto está obligado a abstenerse de la violación, a ‘obedecer’ la norma jurídica, sólo cuando hay otra norma que enlace una nueva sanción a la no ejecución de la primera”. El nexo entre la última norma y la sancionadora de la secundaria es del mismo tipo que el que existe entre la primaria y la secundaria, ya que el supuesto de la segunda de las sancionadoras es el incumplimiento del deber estatuido por la primaria. Así lo expresa la fórmula: ‘Si *a* es, debe ser *b*; si *b* no es, debe ser *c*; si *c* no es, debe ser *d*.’ El deber de observar la conducta *c* no deriva, pues, de acuerdo con la tesis kelseniana, de la norma jurídica primaria, sino que está condicionado por la existencia de una tercera norma, sancionadora de aquélla. Y otro tanto habría que decir de la última de la serie.

La doctrina que acabamos de resumir no es congruente con otra ya examinada, según la cual

“únicamente el órgano puede proceder contrariamente al derecho, es decir, a la norma primaria, al no ejecutar la sanción cuando las condiciones de

la misma han quedado cumplidas” (pág. 71 de la obra que hemos venido citando).

Esta última tesis presupone que el órgano —en cuanto infractor potencial de la norma primaria— está obligado por ella a observar el comportamiento que la misma exige, o sea, sancionar al violador de la secundaria. La otra tesis, en cambio, hace depender tal deber no de la norma que lo impone, sino de la existencia de una tercera, sancionadora de la primaria. Las dos tesis son incompatibles, porque mientras una de ellas estriba en sostener que la norma primaria obliga *por sí misma* a quien debe sancionar al infractor de la secundaria, de acuerdo con la otra doctrina el órgano aplicador del derecho sólo puede hallarse jurídicamente obligado a ejecutar la sanción, a ‘obedecer’ la norma primaria, “cuando hay otra norma que enlace una nueva sanción a la no ejecución de la primera.” (*Opus cit.*, pág. 69.)

Otro aspecto interesante de la tesis sobre el deber jurídico consiste en sostener que este último no es un vínculo psicológico. El concepto de que habíamos es —de acuerdo con Kelsen— puramente normativo, “puesto que expresa cierta relación con el contenido de una norma jurídica. La afirmación de que una persona está legalmente obligada a cierta conducta, es un aserto sobre el contenido de una norma de derecho y no sobre acontecimientos reales, ni sobre el fuero interno del obligado”. Al establecer deberes o enlazar sanciones a la violación de los mismos,

“el orden jurídico puede tratar de inducir a los individuos a que cumplan esos deberes por temor

a las sanciones. Pero la cuestión sobre si alguien teme realmente la sanción y, llevado de tal temor, cumple su deber, es indiferente para la teoría jurídica. Si el deber jurídico se expresa diciendo que un individuo está 'ligado' por el orden vigente, esta forma de expresión no debe entenderse en el sentido psicológico de que la idea que el sujeto tiene de ese orden determina su comportamiento. Únicamente significa que en una norma jurídica válida, cierta conducta de las personas se pone en conexión con una sanción". (*Teoría General del Derecho y del Estado*, pág. 83 de la trad. castellana.)

El carácter puramente normativo del concepto que estamos examinando resulta evidente, según Kelsen, cuando se comparan las nociones jurídicas de deber y responsabilidad. Una persona es legalmente responsable de cierto comportamiento cuando está sujeta a una sanción si observa la conducta contraria. Ya hemos dicho que, normalmente al menos, el sujeto potencial del acto antijurídico y el sometido al castigo son la misma persona. Pero también es posible que no haya tal coincidencia.

Kelsen estudia con singular agudeza la distinción, establecida por la teoría tradicional, entre *responsabilidad basada en culpa y responsabilidad absoluta (liability)*.

"El principio de enlazar la sanción a la conducta de un individuo sólo cuando el resultado ha sido previsto o maliciosamente buscado por el actuante, no es completamente admitido en el derecho moderno. Los individuos son jurídicamente responsables no sólo cuando el resultado dañoso ha sido maliciosamente provocado por su conducta, sino

también cuando ha sido querido sin malicia, o, no habiendo sino querido, ha sido previsto por el sujeto y provocado por su actividad. Pero las sanciones pueden ser diferentes en todos estos casos. Caracterizanse por el hecho de que la conducta que constituye el acto antijurídico se encuentra psicológicamente condicionada. Un cierto estado mental del infractor, a saber, la previsión o el deseo del resultado perjudicial (la llamada *mens rea*), es elemento del acto antijurídico. Este elemento se designa por medio del término 'culpa' (*dolus* o *culpa* en el sentido amplio del término). Cuando la sanción es atribuida a una violación psicológicamente calificada, se habla de responsabilidad basada en culpa, o de culpabilidad, en contraposición a la responsabilidad absoluta." (*Obra citada*, página 76.)

Kelsen discute seguidamente el caso en que el derecho objetivo enlaza sanciones a la conducta que ha provocado sin intención o previsión un resultado dañoso. "La falta del cuidado prescrito por el derecho se llama negligencia, y ésta es considerada como otra especie de 'culpa', aun cuando menos grave que la que consiste en prever y tratar de provocar —con o sin malicia— el resultado dañoso. Hay, empero, una diferencia esencial entre los dos casos. Sólo el último implica una calificación psicológica del acto antijurídico; sólo entonces cierto estado espiritual del autor se convierte en condición esencial de la sanción." (*Opus. cit.*, pág. 77.) De la negligencia no puede decirse lo mismo, puesto que se caracteriza por una falta completa de previsión y de intención. Lo que en el caso se sanciona es la omisión de ciertas medidas

preventivas, el no ejercicio de esa especie de cuidado que, de acuerdo con la ley, el sujeto debía haber tenido. Por eso afirma Kelsen que, en cuanto acto antijurídico por omisión, la responsabilidad por negligencia debe considerarse, más que como caso de culpabilidad, como una especie de responsabilidad absoluta.

“Lo anterior resulta patente cuando se compara una violación por omisión que tenga el carácter de negligencia, con otra que implique culpabilidad. Un niño, jugando a la orilla de un lago, cae al agua y se ahoga. La madre que lo acompañaba no ejerció el cuidado necesario, porque tuvo el deseo de desprenderse del chiquillo. Previó la posibilidad del hecho y lo deseó maliciosamente. Éste es un caso de culpabilidad. En otro ocurre el mismo hecho, pero la madre omite el cuidado necesario, no porque desee la muerte del niño; al contrario, lo ama; pero en el momento crítico está leyendo un interesante pasaje de una historia policiaca y se olvida de lo que ocurre a su alrededor. Éste es un caso de imprudencia o negligencia. La madre no previó el accidente porque su conciencia estaba completamente ocupada en los acontecimientos ficticios de la novela; e incuestionablemente no tuvo la intención de que el accidente se produjera. Pero debió haber previsto la posibilidad de la desgracia y, por tanto, no haber leído un relato interesante y olvidar la circunstancia externa de que su hijo se encontraba jugando a la orilla del lago. El acto antijurídico cometido por ella consistió en no haber anticipado la posibilidad del accidente y no haber hecho lo necesario para evitarlo. Éste es el aspecto jurídico o moral, no el psicológico, de la situación. Desde el punto de vista psicológico no hay relación

entre la muerte del niño y la conducta de la madre. Su estado de ánimo respecto de la muerte del niño sólo puede ser caracterizado en sentido negativo. Si la responsabilidad absoluta consiste en el hecho de que una sanción sea enlazada a una conducta sin considerar si el resultado perjudicial ha sido previsto o querido por el actuante, y el infractor queda sujeto a una sanción, aun cuando no haya relación psicológica entre su estado de ánimo y el resultado perjudicial de su conducta, referir una sanción a un acto antijurídico cometido por imprudencia constituye entonces una especie de responsabilidad absoluta.” (*Opus cit.*, pág. 77.)