

EL PROBLEMA DE LA NORMA PERMISIVA COMO PRESUPUESTO PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO SUBJETIVO

Las presentes consideraciones están planteadas desde el punto de vista de la teoría del Derecho, y por eso antes de entrar en ellas debemos precisar en qué consiste esta última.

La teoría del Derecho se propone esclarecer el sentido de las *estructuras* jurídicas y de los *conceptos* jurídicos fundamentales. Intenta determinar si la norma constituye un imperativo o un deber ser, pregunta también por el supuesto de hecho, por los elementos integrantes de la proposición jurídica, etc., y por conceptos, tales como derecho subjetivo, relación jurídica, negocio jurídico, propiedad, etc. Todas estas estructuras y conceptos están como incluidos en todas o en gran parte de las normas jurídicas y constituyen como un esqueleto de las mismas.

La teoría del Derecho tiene que ser necesariamente *formalista*, en mayor o menor grado, porque para obtener estas estructuras y conceptos ha de dejar a un lado toda una serie de elementos concretos integrantes del sistema jurídico, tal como, por ejemplo, las múltiples particularidades de los contratos y testamentos, de la propiedad o de otro concepto cualquiera. Le interesa captar el aspecto común a todos estos elementos singulares de la reglamentación jurídico-positiva.

Pero la teoría del Derecho es también *formalista* en un segundo sentido: en cuanto estudia preferentemente las normas jurídicas y no las causas sociales que las producen, ni el modo como los particulares las cumplen, etc. Formalismo quiere decir (en este segundo sentido) estudio de las normas jurídicas aisladas de su contexto social.

Vemos, pues, que la teoría del Derecho constituye un estudio insuficiente por sí mismo de la realidad jurídica, pero a la vez un estudio necesario.

La teoría del Derecho es insuficiente, porque no dice nada de la conexión entre el Derecho y el medio social en que germina (lo que constituye fundamentalmente el cometido de la sociología jurídica) ni formula

un juicio crítico sobre el Derecho vigente (como hace el Derecho natural) ni analiza los aspectos concretos del sistema jurídico para esclarecer su sentido total (como hace la jurisprudencia), etc.

Pero la teoría del Derecho tiene, en cambio, funciones propias que las otras ciencias jurídicas no pueden cumplir y que sin embargo ellas aprovechan.

En efecto, con los métodos propios de las demás ciencias no es posible descubrir las estructuras y conceptos fundamentales del Derecho. Esto solamente es accesible al estudio formalista (en el doble sentido antes expuesto) en que consiste la teoría del Derecho.

La *vida jurídica práctica*, la que transcurre en los juzgados y en los bufetes, etc. necesita de ese repertorio de conceptos claves, tal como la propiedad, la posesión, el contrato, la personalidad jurídica, etc., que le permiten tener a su alcance en cualquier momento una serie de elementos comunes a todas las normas. Si le faltaran esos elementos la práctica jurídica se resolvería en una casuística infinita, en que cada caso nada tendría que ver con los demás. No habría, por ejemplo, condiciones generales exigidas para todas clases de contratos o testamentos, para ser testigo en ellos, para celebrar actos jurídicos, o aunque las hubiera los juristas prácticos las desconocerían. Ante cada testamento, contrato, transmisión, etcétera se verían obligados a investigar la capacidad requerida para realizar ese acto concreto, las condiciones de celebración del mismo, etc. La teoría del Derecho, en cambio, facilita la labor al determinar las estructuras y conceptos que se encuentran en todas, o por lo menos en la gran mayoría de las normas integrantes del sistema jurídico.

La *actividad legislativa* también necesita de (y en cierta medida los incorpora) los resultados de la teoría del Derecho. Es el propio legislador el que incluye en las leyes conceptos, tales como negocio jurídico, testamento, etcétera; es decir, estructuras o conceptos comunes a un grupo de normas dado. La teoría del Derecho no hace más que perfeccionar esta tarea, llevándola a cabo de un modo más sistemático y sobre todo descubriendo otros conceptos y estructuras que el legislador ha incluido en la ley sin haberlos definido expresamente (piénsese, por ejemplo, en los estudios de la doctrina moderna sobre el negocio jurídico).

La *sociología jurídica* maneja también conceptos que la teoría del Derecho le suministra, tal como el de familia, propiedad, etc. El sociólogo puede estudiar hasta cierto punto la familia sin consultar los resultados de la teoría del Derecho. Pero este estudio resultará incompleto si no toma en cuenta las relaciones de derechos y deberes que se dan entre sus miembros y para esto ya se requiere una referencia a las normas jurídicas,

porque no es posible estudiar esos derechos y deberes con independencia de las normas jurídicas que los establecen. Esto no quiere decir que la conducta práctica de las personas se ajuste siempre a lo establecido por las leyes, pues nadie ignora que estas leyes son violadas en muchos casos, pero aun en estos casos la prescripción ejerce cierta influencia sobre la conducta práctica. No cabe duda de que los delitos no pueden recibir una explicación suficiente si no se toma en cuenta la regulación legal (de no existir leyes se cometerían muchos más delitos, o se cometerían de otra forma).

También el *Derecho natural* ha de servirse de las aportaciones de la teoría del Derecho. El Derecho natural es un sistema de principios dotados de validez inmanente, independiente de su vigencia práctica. Aunque puede ejercer a veces una función conservadora, su misión es predominantemente crítica; es un sistema de principios con arreglo a los cuales es posible enmendar las imperfecciones del sistema vigente.

Ahora bien, esta confrontación crítica entre los principios del Derecho natural y la realidad jurídica existente se ejerce principalmente (aunque no exclusivamente) sobre las estructuras y conceptos generales del orden jurídico-positivo, tales como la familia, la propiedad, el delito, la pena, etc. Esto no excluye la crítica de *todos y cada uno* de los preceptos singulares integradores del orden, sino que constituye más bien su fundamento, pues son los *principios* que inspiran la regulación jurídico-positiva de cada una de las instituciones fundamentales los que constituyen el punto central de la crítica jusnaturalista. Para esto hay razones prácticas de peso, tal como la imposibilidad en que se encuentran los cultivadores del Derecho natural de conocer todos y cada uno de los aspectos de la legislación positiva y sobre todo la necesidad de unificar los criterios orientadores de la crítica. Así, cuando el jusnaturalista somete a crítica la propiedad jurídico-positiva para imponerle limitaciones en beneficio del bien común, intenta aplicar ese criterio *único* a cada uno de los casos particulares en que la legislación vigente se aparta de él. Esto será difícil, cuando no imposible, si el jusnaturalista aborda una por una todas las disposiciones singulares relativas al derecho de propiedad; será mucho más fácil si posee un conocimiento de las características generales de la legislación vigente en materia de propiedad. Este conocimiento sólo puede venirle de la teoría del Derecho.

Vemos, pues, cómo la teoría del Derecho es un modo importante de conocimiento jurídico. Sería absurdo, sin embargo, erigirla en el conocimiento jurídico por excelencia, capaz de absorber todos los demás. Está justificada la reacción contra la teoría del Derecho; entendida en ese sen-

tido exclusivista. Pero esta reacción no debe ir demasiado lejos y caer en el extremo contrario: eliminar una modalidad del conocimiento jurídico que no suplanta a las demás y, en cierto sentido, depende de ellas, pero que puede prestarles servicios apreciables.

En lo que sigue, vamos a esbozar unas consideraciones sobre el problema enunciado en el título.

La clasificación de las normas jurídicas.—El profano que abriera por primera vez un código, probablemente repararía antes que en ninguna otra en una diferencia que separa dos grandes grupos de normas: las positivas y las negativas. Esa diferencia consiste en que mientras las primeras se refieren a una acción determinada y precisa, las segundas se refieren a una omisión o no hacer.

A primera vista, pudiera pensarse que esta omisión o no-hacer tiene un carácter substantivo, independiente de y diferente del hacer. Según esto, el hombre actuaría unas veces y otras suspendería su actividad. Pero esto no es cierto. En realidad, el hombre actúa siempre porque su vida es continuo dinamismo y nunca se resuelve en un puro no-hacer. Ese no-hacer no es más que un modo de designar cierto tipo de acciones positivas, un expediente del lenguaje humano y no una realidad substantiva.

Lo que ocurre es que cuando el legislador se refiere a una acción positiva (tal como firmar un documento, matar una persona, trasladar el domicilio, etc.), está aludiendo directamente a esa acción, describiendo sus características, a veces minuciosamente (piénsese, por ejemplo, en las detalladas descripciones de cómo ha de firmarse un testamento ológrafo). Por el contrario, cuando se refiere a una omisión está describiendo también ciertas acciones, pero no directamente, sino *por contraste* con otra acción dada. Así, por ejemplo, cuando el Código Penal habla de abstenerse de matar o de respetar la vida de otro, el sentido de su expresión es el siguiente: "Será posible realizar cualquier acción que no sea la de matar." En realidad, están aludidas *todas* las demás acciones, a excepción de esta última. Se trata, como decíamos antes, de un simple expediente para aludir a todo un grupo de acciones de manera global. Así, pues, abstenerse no significa no-hacer, sino hacer algo, realizar una acción cualquiera de entre varias designadas conjuntamente.

Esta primera clasificación de las normas en positivas y negativas no tiene demasiada importancia y es susceptible de combinación con cualquiera de las normas de que vamos a hablar a continuación.

Antes de abordar otras clasificaciones vamos a estudiar brevemente la estructura de las normas jurídicas.

Imperativo y deber ser.—Los legisladores se expresan generalmente

de modo imperativo: no se debe matar, ni robar, ni impedir al otro el uso de los objetos de su propiedad, etc. Por esta razón, durante bastante tiempo las normas jurídicas fueron tenidas por imperativos, pero en nuestra época se elevaron críticas profundas contra esta doctrina, principalmente por parte de la teoría pura del Derecho.

Dice Kelsen: "Si en atención al fin del orden jurídico se supone la exigencia de que los hombres deben comportarse de modo tal que eviten el acto coactivo amenazador, puede entonces resolverse el orden jurídico en una suma de normas en las que aparece como mandada esa conducta que el orden jurídico tiene por fin, por ejemplo: no se debe matar, se debe restituir el préstamo recibido, etc. Pero es necesario tener presente que de ese modo queda sin expresión la relación con el acto coactivo, que es esencial para el carácter jurídico de la norma. La norma que estatuye la conducta que evita la coacción y que el orden jurídico tiene por finalidad, solamente importa una norma jurídica bajo la condición de que con ella deba expresarse en forma abreviada, por razones de comodidad en la expresión, lo que sólo la proposición jurídica enuncia cabal y correctamente: que bajo la condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo como consecuencia. Esta es la norma jurídica en su forma primaria. La norma que estatuye la conducta que evita la coacción sólo puede valer, por tanto, como norma jurídica secundaria" (1).

Esta norma secundaria tiene la forma de una proposición de deber ser: dada una acción de los particulares, el funcionario debe realizar el acto coactivo.

La doctrina kelseniana nos parece más exacta que la imperativista, porque pone de relieve de modo más preciso la verdadera estructura de la proposición jurídica. En cambio, la doctrina del imperativo se atiene a la pura expresión del legislador, sin calar en su sentido más profundo, o al menos sin ponerlo de relieve de un modo preciso.

Como muy bien dice Kelsen, lo decisivo es ver que la norma pone en relación la acción de los particulares con el acto coactivo del funcionario. El Derecho es un orden coactivo que no se limita a proponer conductas en forma de consejo o mandato, sino que amenaza con una sanción en caso de incumplimiento. Esto es lo que no aparece claramente expresado en la doctrina del imperativo jurídico. No se trata simplemente de que yo no mate, no robe o no incumpla los contratos, sino de que si no realizo esas acciones que el Derecho me exige, un funcionario me impondrá una sanción.

(1) KELSEN: *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, pág. 165.

El análisis sociológico muestra por su parte algo que confirma esta visión de la norma como un deber ser: la existencia de ciertos funcionarios encargados profesionalmente de imponer las sanciones previstas por las normas jurídicas tal como los jueces, policías, miembros del cuerpo de prisiones, etc.

La sociología tiene aquí un importante núcleo de problemas cuya solución es más difícil de lo que pudiera parecer a primera vista. Por de pronto, ha de explicar cómo y por qué se lleva a cabo en la práctica esa conexión entre la acción de los particulares y la acción coactiva de los funcionarios. Además, ha de analizar por qué los encargados de la coacción no hacen uso en beneficio propio de la fuerza que les ha sido concedida, o que han obtenido de algún otro modo. La realidad es que incluso los encargados de la coacción están sometidos a ella de tal manera, que la aplicación de sanciones constituye para ellos no un derecho que puedan ejercer a su antojo, sino un deber que han de cumplir, so pena de sufrir a su vez una sanción. Es preciso determinar cómo sucede esto; es decir, si los propios encargados de la coacción se la aplican unos a otros o si hay unas personas encargadas de aplicarla a los demás, sin que nadie pueda aplicársela a su vez a ellas, o si son los propios particulares los encargados de sancionar a los funcionarios en el caso de que éstos no cumplan con su deber. Hay aquí toda una serie de relaciones complejas entre particulares y encargados de la coacción por un lado y entre los encargados de la coacción entre sí, muy difíciles de analizar y a las que por cierto la sociología jurídica no concede demasiada atención (2). To-

(2) Dice Bertrand de Jouvenel: "La gran educadora de nuestra especie, la curiosidad, se despierta solamente ante lo sorprendente; han hecho falta los prodigios—eclipses o cometas—para que nuestros lejanos ascendientes se preocuparan de mecánica celeste. Han sido precisas las crisis para que nazca la Historia, y han sido precisos treinta millones de parados para que se generalice la investigación de las mecánicas económicas. Los hechos más incomprensibles no actúan sobre nuestra razón si se operan todos los días.

De ahí viene, sin duda, el que se haya reflexionado tan poco sobre la obediencia milagrosa de los agregados humanos, de miles o millones de hombres que se doblan ante las reglas y ante las órdenes de unos pocos.

Basta una orden para que la avalancha tumultuosa de los coches que en un gran país se deslizaban por la izquierda se cambie y se deslice por la derecha. Basta una orden, y un pueblo entero abandona los campos, los talleres y las oficinas e invade los cuarteles.

Una tal subordinación—ha dicho Necker—debe forzosamente llenar de extrañeza a los hombres que son capaces de reflexionar. Es un fenómeno singular, un hecho casi misterioso, el que la gran mayoría obedezca a una minoría." *El poder*, Madrid 1956, pág. 35.

dos estos problemas escapan ahora a nuestro interés y sólo pueden quedar aquí esbozados.

Lo cierto es que la doctrina kelseniana (esto es, lo que nos interesaba poner en claro), expresa de manera bastante adecuada la estructura interna de la norma jurídica. Esto no quiere decir que la doctrina imperativista desconozca por completo el carácter coactivo de las normas jurídicas. También los imperativistas saben que cuando los imperativos jurídicos no son cumplidos el Derecho establece la imposición de una sanción. La cuestión es, por lo tanto, poco más que de palabras. La ventaja de la formulación kelsiana radica en su mayor precisión que permite recoger en una fórmula unitaria lo que para la otra doctrina constituía una dualidad de momentos. La doctrina imperativista parece hablar de dos normas distintas, una de las cuales contendría el imperativo jurídico y la otra la sanción prevista para su incumplimiento. La doctrina kelseniana, en cambio, recoge, con mayor acierto, esta dualidad de momentos en una norma única. En realidad, no hay más que una norma en la que se establece la conducta exigida o prohibida por el Derecho y la correspondiente sanción.

Creemos, no obstante, que la fórmula kelseniana debe ser corregida en el siguiente sentido: la condicionalidad de la norma jurídica no es simple, sino doble. La sanción está condicionada por la acción del particular (por ejemplo, "el que matare será castigado"); pero, a su vez, la acción del particular está condicionada por lo que la doctrina alemana llama supuesto de hecho ("el que *en ciertas condiciones* matare a otro...") Así, pues, la acción del particular funciona como supuesto de hecho de la del funcionamiento, pero tiene a su vez su propio supuesto de hecho. El que mate solo será castigado *cuando* se hayan cumplido ciertas condiciones, tal como la falta de provocación del agredido. En cambio, en legítima defensa sí es lícito matar a otro. Lo mismo podemos decir de casi todas las acciones jurídicas. El propietario sólo puede gozar y disponer de la cosa *cuando* haya celebrado un contrato de compraventa que le dé derecho a ello, o cuando la haya recibido en herencia, etc.

En una obra reciente, Engisch reactualiza esta discusión al plantear un problema que, en gran medida, coincide con el anterior: el problema de si las normas jurídicas constituyen juicios categóricos o hipotéticos (3). Según Kant (tal como Engisch lo expone), los imperativos hipotéticos son simplemente buenos consejos de la forma: si quieres alcanzar este o aquel fin, has de emplear este o aquel medio. Son indicaciones técnicas, en las

(3) *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 1959.

que se presupone “hipotéticamente” cierto fin. Por el contrario, la función de un imperativo categórico consiste en decirme qué *fin* debo proponerme “sin consideración a ningún fin ulterior”, de forma incondicionada y absoluta (4). (Como puede verse, el “imperativo categórico” kantiano corresponde al imperativo de la teoría imperativista y el “imperativo hipotético” al deber de la teoría pura.)

Engisch se pregunta a cuál de estas dos categorías pertenecen las normas jurídicas. En su opinión, las normas jurídicas son a la vez categóricas e hipotéticas.

Son categóricas porque “el Derecho mismo fija los fines y exige su realización de forma tan incondicionada y *categórica* como la moral. Partiendo de esta base, al interpretar y manejar los imperativos jurídicos los *comprendemos* como medios para los fines que el Derecho ha encontrado buenos. Estos mismos fines deberán servir de hilos conductores” (5).

Engisch sabe que esta opinión ha de encontrar contradictores y sale al paso de las objeciones: “¿Acaso deja el Derecho a los particulares en libertad para los fines, limitándose a poner en su mano los *medios*, pregunta Engisch? Esta opinión puede fundarse en el hecho de que las normas jurídicas unen consecuencias, favorables o desfavorables, a determinadas acciones, con la indicación de que, si deseo o acepto estas consecuencias, puedo o debo realizar las correspondientes acciones. Así por un lado puedo perseguir efectos jurídicos lícitos mediante declaraciones de voluntad, celebración de contratos, solicitudes a las autoridades y otros actos semejantes; pero, por otra parte, puedo realizar “acciones no permitidas” y “acciones punibles”, siempre y cuando esté dispuesto a aceptar el pago de una indemnización o a sufrir una pena. Por eso oímos hablar al gran filósofo del Derecho italiano del Vecchio—desde luego con desaprobación—de los que afirman que al deudor le deja en libertad el Derecho para no pagar su deuda si prefiere someterse al embargo de sus bienes y que cualquiera puede cometer un delito siempre que esté dispuesto a aceptar la pena fijada por la ley” (6).

(4) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 2 Abschnitt, citado por Engisch. El propio Engisch cita también estas palabras de Kant: “Si el fin es razonable y bueno, no entra para nada en cuestión, sino sólo lo que hay que hacer para alcanzarlo. Los principios del médico que le sirven para curar a su paciente y los de un envenenador que le sirven para matar, son del mismo valor en la medida en que ambos sirven para realizar perfectamente sus respectivas intenciones.” Se refiere, naturalmente, a los imperativos hipotéticos, que Kant llama también “Imperative der Geschicklichkeit”.

(5) ENGISCH: *Ob. cit.*, pág. 30.

(6) ENGISCH: *Ob. cit.*, pág. 31.

Engisch no comparte esta opinión y, de acuerdo con el propio del Vecchio, cree que el Derecho tiene carácter categórico. “Según su sustancia, el precepto jurídico es un imperativo categórico. Exige incondicionalmente. Constituiría, desde luego, una incalificable confusión el afirmar que el sentido de la proposición jurídica es que se puede elegir entre matar y no matar, entre cárcel y libertad y que, por consiguiente, se puede cometer tranquilamente un asesinato, siempre que se esté dispuesto a pasar el resto de sus días entre los muros de una cárcel. El Derecho moderno prohíbe el asesinato de una manera tan inflexible como la ley mosaica. De igual modo, es un imperativo categórico el que impone inexorablemente la pena a quien viola la prohibición” (7).

No obstante, cree también Engisch que los imperativos jurídicos son, en cierto sentido, hipotéticos si se entiende esta expresión de modo distinto a como la entiende Kant: “No lo son en el sentido de que debemos cumplir determinados preceptos, si queremos alcanzar ciertos fines, sin que se nos diga nada obligatorio sobre los fines mismos; pero lo son en el sentido de que están unidos a ciertas condiciones fijadas en parte de modo explícito y en parte tácito. Así, por ejemplo, la prohibición de matar, dejando a un lado su carácter categórico, supone una situación normal, y no una situación de excepción como la constituida por la legítima defensa, o una previa sentencia de muerte o la guerra” (8).

En nuestra opinión, Engisch no tiene razón cuando afirma que el Derecho contiene proposiciones categóricas. Si nos atenemos al aspecto más superficial de la expresión legislativa, sí parece contenerlas (el legislador dice “no matarás”, “no robarás”, etc.). Pero en el fondo estos enunciados no agotan el sentido de la proposición jurídica. El sentido completo de ésta es: si alguien mata o roba, recibirá una sanción. Es esta conexión de ciertas acciones de los particulares con el acto coactivo de los funcionarios, lo que da sentido *jurídico* a las proposiciones legislativas.

Veamos esto, en concreto, en relación con el punto en que Engisch apoya su argumentación: los fines últimos a que tiende el Derecho, tal como la seguridad, la igualdad, la distribución justa de la riqueza, etc. El legislador o el grupo humano en que se origina el Derecho han de poseer valoraciones sobre todos estos fines y esas valoraciones presuponen la existencia de ciertos juicios categóricos, porque esos fines son valiosos por

(7) ENCISCH: *Ob. cit.*, pág. 32. Engisch caracteriza aquí adecuadamente la estructura hipotética de la proposición jurídica, pero de la doble condicionalidad que contiene sólo alcanza a ver la primera parte (el supuesto de hecho condiciona la acción), pero no la segunda (la acción condiciona el acto coactivo del funcionario).

(8) ENCISCH.

sí mismos, sin consideración a ningún otro fin ulterior. Todo esto se encuentra a la base del Derecho, pero no constituye una realidad jurídica, sino moral, psicológica o social. Lo *jurídico* comienza únicamente cuando todas estas valoraciones vigentes en la conciencia del grupo son impuestas *coactivamente* a sus componentes.

Por esta razón, la justicia, seguridad, etc. figuran en el orden jurídico como fines que se espera *imponer* a los individuos. Fijémonos, por ejemplo, en un fin como la paz. Para conseguirla el Derecho exige a los hombres que se abstengan de atentar contra la vida y la propiedad de los demás y les amenaza con una sanción. El sentido de la ordenación jurídica es el siguiente: "Si alguien perturba la paz, recibirá un castigo." Estas prescripciones son, por consiguiente, hipotéticas. Para que fueran categóricas, habrían de decir: "Respetar la propiedad y la vida de los demás" (sin hablar para nada de la sanción).

Así, pues, en ninguno de los dos sentidos de que hablaba Engisch contiene el Derecho juicios categóricos: estos juicios o bien son valoraciones morales, no jurídicas, o bien expresiones incompletas de las proposiciones jurídicas.

Como hemos visto en todo lo que antecede, la discusión sobre el carácter categórico o hipotético de las proposiciones jurídicas se resuelve en la que versa sobre su carácter *coactivo*. Si el Derecho estuviera integrado por una serie de imperativos categóricos mandaría sin más, no proponería sanción alguna. Se limitaría a decir: no mates, no robes, cumple los contratos, etc. Desde el momento en que impone sanciones ha de ligar las acciones de los hombres al acto *coactivo* y ha de expresarse por tanto de modo hipotético.

Pero quizás conviniera abandonar todas estas discusiones sobre el carácter categórico o hipotético de las proposiciones jurídicas, que en el fondo no son más que un intento de meterlas o sacarlas en los moldes kantianos. Estas discusiones formales recubren un acuerdo sobre lo esencial: que las proposiciones jurídicas exigen una conducta de los hombres bajo la amenaza de una sanción.

Prohibiciones y obligaciones (normas primarias y secundarias).—Las palabras de Kelsen, citadas más arriba, hablan de una doble categoría de normas: primarias y secundarias. Las primeras *ponen* una acción (robar o matar, por ejemplo) como condición del acto *coactivo*. Las segundas mandan la acción contraria, sin expresar relación de ninguna clase con el acto *coactivo*. Esta clasificación contiene también un núcleo de verdad, pero debe sufrir muchas correcciones.

Por de pronto no es cierto que la norma secundaria no exprese rela-

ción alguna con la coacción. El sentido verdadero de la misma es, a nuestro juicio, el siguiente: cuando alguien realice la acción permitida (por ejemplo, pagar una deuda, circular por la carretera a la velocidad debida, abstenerse de matar, etc.), el funcionario se abstendrá de realizar la coacción. La referencia a la coacción es tan clara aquí como en el caso anterior. Esto no es un simple juego de palabras. Traducido a términos corrientes, significa que el Derecho amenaza con imponer sanciones en algunos casos, pero en otros asegura que nadie ha de sufrir perjuicio alguno. Toda la seguridad de los particulares se basa en esta garantía jurídica de no ser entorpecido en la realización de determinadas acciones.

Tan importante como advertir qué es lo que está prohibido, y, por tanto, ha de acarrear consecuencias desagradables para el agente, es señalar los límites de lo lícito, de lo que es posible realizar sin temor a incurrir en sanciones. Por eso la terminología kelseniana, que parece aludir a una cierta primacía de una de las normas sobre la otra, debe ser abandonada, a nuestro juicio.

En segundo lugar, afirma Kelsen que una de las normas no hace más que expresar en términos indirectos lo que la otra expresa directamente. Kelsen participa, al decir esto, de una opinión corriente entre los juristas: la de que todo que no lo esté jurídicamente prohibido es lícito y todo lo que no sea lícito está jurídicamente prohibido.

No hay duda de que esto se cumple en la generalidad de los casos, pues aunque entre ambas proposiciones no hay ninguna conexión lógica porque no hay contradicción alguna entre dos normas que sancionen respectivamente una acción y la acción contraria (por ejemplo, el que matar, será castigado, y el que se abstenga de matar lo será también) si hay por lo menos conexión moral, porque es moralmente absurdo que si una acción está prohibida, la acción contraria también lo esté. En efecto, si lo estuviera, el hombre no tendría salida alguna, y fuera cual fuera su conducta, sufriría un castigo, lo que repugna a nuestras concepciones morales.

Para mayor claridad, vamos a examinar, no obstante, aquellas dos proposiciones por separado.

Veamos, en primer lugar, si todo lo que no está prohibido es jurídicamente lícito. Ya hemos visto que esto se cumple en la mayoría de los casos, pero ¿cabén acaso excepciones?

Hay casos en los que la coacción no está ligada a ninguna acción libre del sujeto, sino a una cualidad física. Bajo el nacionalsocialismo ocurría esto con las personas de raza judía a las que no se hacía responsables por ningún acto personal, sino por algo que en último término escapaba a su libre determinación. Así, pues, cualquiera que fuera su conducta,

habrían de sufrir la coacción. Aquí parece fallar la regla de que todo lo que no está prohibido es jurídicamente lícito.

Pero, si bien se mira, no hay en este caso ninguna norma dirigida a los judíos, pues la norma ha de dirigirse siempre a la conducta libre de los hombres, lo que, en términos técnicos, significa que la condición del acto coactivo ha de ser siempre una acción humana y las normas jurídicas de nuestro ejemplo se dirigen, en realidad, a los funcionarios encargados de la coacción, pero no a los judíos. No hay, por lo tanto, auténtica prohibición de dos acciones opuestas. En la época actual serán muy raros los ejemplos, si es que podemos encontrar alguno.

Las cosas cambian en el otro supuesto (cuando una acción es declarada lícita, la acción contraria es prohibida). Esto se da en un gran número de casos. Por ejemplo, cumplir el servicio militar está permitido y no cumplirlo prohibido, pagar impuestos permitido y no pagarlos prohibido. *Hay, no obstante, un buen número de excepciones.*

El propietario, por ejemplo, puede usar y disponer de las cosas de su propiedad; pero también puede dejar de hacerlo. El ciudadano corriente puede hacer uso de los parques públicos, pero también puede dejar de hacerlo, si así lo desea. Hay toda una serie de acciones de tal naturaleza que están permitidas a la vez que sus opuestas. Este es el caso de los llamados derechos subjetivos. Comenzamos a ver la importancia que la clasificación de las normas tiene para la definición de esta figura jurídica.

Normas permisivas como normas creadoras de derechos subjetivos.— Es preciso distinguir de los deberes las normas permisivas o normas creadoras de derechos, que son las que autorizan a realizar series de acciones contrapuestas, cuyo ejemplo más típico son las que establecen el derecho de propiedad.

No obstante, por muy claro que pudiera parecer lo anterior, la existencia de este último grupo de normas es puesta en cuestión por un gran número de autores.

Algunos consideran a las normas permisivas como simples aclaraciones del sentido de otras normas. Esto tiene lugar de dos maneras: *a)* La norma permisiva establecida en favor de una persona encierra en el fondo una obligación impuesta a otra. Así (según un ejemplo de del Vecchio), cuando el Derecho autoriza al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de su obligación, lo que en realidad está diciendo es que el deudor tiene la obligación de pagar (9). *b)* El permiso supone la exclusión

(9) DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1942, pág. 304.

del imperativo jurídico de una persona que estaba incluida en él hasta el momento. "En otros casos, en cambio, dice del Vecchio, la norma permisiva tiene el significado de *negación*, o por lo menos de limitación de una norma precedente. Supongamos que existe cierta prohibición general, pero que para ciertos casos especiales se cree oportuno eximir de ella a una clase de personas, o bien a todos aquellos que se encuentren en determinadas circunstancias; y entonces, con el fin de lograr esto, se emite una norma bajo formulación permisiva" (10).

Ambas opiniones encierran una parte de verdad, pero no agotan la significación de la norma permisiva.

La primera de ellas tiene razón al afirmar que el permiso concedido a una persona es en el fondo una obligación impuesta a los demás, porque un permiso no protegido (que cualquiera pudiera perturbar a su antojo) no sería eficaz. Entre el permiso y su protección jurídica (el deber de respetar lo impuesto a los demás miembros de la comunidad) se da una vinculación de carácter *moral* o *social*. Esto es algo tan general, que siempre se supone que la concesión del permiso lleva consigo la imposición de la obligación (lo contrario sería notoriamente injusto) y el Derecho no necesita emplear más que *una sola expresión* para las *dos* normas.

Así, pues, es cierto que todo permiso supone el deber de respetarlo, sí; pero supone mucho más que esto. Por el hecho de que los demás estén obligados a respetar ciertas acciones mías, yo no tengo permiso para realizarlas. Es precisa una declaración formal del Derecho autorizándome para ello, y esta autorización tiene un sentido autónomo que no se disuelve en la obligación de respetar. La norma que permite a alguien usar y disponer de las cosas de su propiedad no es idéntica a la que manda a los demás respetar ese uso y disfrute. La primera de ellas quiere decir que si el propietario realiza ciertas acciones no sufrirá por ello coacción alguna de los órganos estatales; esto es, que su acción es lícita. La segunda quiere decir que los demás miembros de la comunidad no deben perturbar la realización de esas acciones y que si la perturban sufrirán una sanción.

Lo que ocurre es que ambas normas van tan ligadas en nuestros Derechos positivos, que fácilmente se cae en la tentación de identificarlas.

Por eso, para hacer ver con mayor claridad la distinción, es preciso recurrir a los casos en que ambas normas van separadas, que no son tan infrecuentes como pudiera parecer. Es cierto que a todo permiso corresponde, por lo general, un deber de respeto, pero no es cierto lo con-

(10) *Id., id.*

trario. Cuando alguien está realizando un trabajo, los demás están obligados a respetarlo; y, sin embargo, el trabajador no está *autorizado* a realizar su trabajo, sino *obligado* a ello. El deber de respetar está unido en este caso a un deber y no a un permiso.

Más claro es aún el caso de que el deber de respeto no vaya unido a ninguna acción humana, sino a un objeto inanimado (deber de respetar ciertos objetos dotados de valor artístico o religioso) o a un animal (deber de respetar la vida de ciertos animales).

Así, pues, el permiso no se reduce al deber de respetar y no sólo porque a veces se dan por separado, sino porque, aun en los casos en que van unidos, tiene una significación independiente. La norma que me autoriza a realizar algo añade un plus a la que impone a los demás el deber de respetarme y viceversa. Ambas forman un complejo de sentido que puede darse dentro de un orden jurídico, pero que no se da necesariamente.

La segunda opinión pretende reducir el permiso a un simple expediente destinado a excluir del imperativo jurídico a ciertas personas sometidas a él. Es cierto que el permiso puede jugar este papel, pero no es menos cierto que tampoco se reduce a él. "Si, como se ha pretendido—escribe Engisch—, se derogara la prohibición del aborto, eso significaría la eliminación de un imperativo. Esta eliminación no sería a su vez ni un imperativo ni parte integrante de otro imperativo. En el imperativo se liga la voluntad de los sometidos al Derecho, en el precepto derogatorio se la deja en libertad" (11).

Pero, además de su significación liberatoria, el imperativo de nuestro ejemplo tiene una significación positiva: la de *permitir* el aborto. A partir del momento de la publicación de la ley, ninguna madre podría sufrir coacción por practicarlo.

Todos los intentos de reducir la norma permisiva a otra norma de significado distinto, nos parecen, en consecuencia, frustrados. Esta simplificación excesiva de la realidad jurídica es evidentemente sugestiva (yo mismo la he aceptado alguna vez, y, en un trabajo anterior, he llegado a decir que el permiso es la forma cortés del mandato (12)); pero no explica suficientemente todos los aspectos de esa realidad.

Como hemos podido apreciar, todos los intentos se reducen a explicar todas las normas jurídicas por reducción a una sola: la prohibitiva. El Derecho sería, según esto, un sistema de normas en las que ciertas conductas (las vulgarmente llamadas delitos o infracciones) están señaladas

(11) ENGISCH: *Ob. cit.*, pág. 24.

(12) *Les concepts fondamentaux du Droit privé européen*, Saarbrücken, 1958 (trabajo de Diploma del Instituto de Estudios europeos).

como condición de un acto coactivo de los funcionarios. Este es el sentido de la teoría pura del Derecho, que como negación radical ha motivado la revisión de muchos viejos conceptos jurídicos, tal como este de derecho subjetivo que ahora nos ocupa, *pero no ha logrado arrinconarlos*. Esta revalorización de viejos conceptos se percibe incluso en autores que, como Engisch tienen afinidades con el neokantismo.

Tres tipos distintos de situaciones jurídicas.—Los tres tipos de normas hasta aquí descritos dan lugar a tres tipos también distintos de situaciones jurídicas: la prohibición, la obligación (o deber) y el permiso.

Un comportamiento está prohibido cuando quien lo realiza sufre o debe sufrir una sanción y no la sufre en caso contrario. Está prohibido matar o robar a otro, circular a mayor velocidad de la debida, etc.

Un comportamiento es debido u obligatorio cuando, si el autor del mismo, lo pone en práctica no sufre sanción alguna; pero sí la sufre en el caso contrario. Yo tengo la obligación de pagar los impuestos, de hacer el servicio militar, de cumplir los contratos una vez firmados, etc. Si realizo estas acciones no sufriré castigo alguno; pero si las omito lo sufriré.

Una conducta está permitida cuando yo puedo llevarla a cabo si lo deseo; pero también puedo omitirla libremente. En ninguno de los dos supuestos he de sufrir sanción alguna. Por eso constituye un permiso o autorización la propiedad de una cosa que yo puedo vender o no vender, sobre la que puedo edificar o abstenerme de ello, etc. Constituye también un permiso la posibilidad de circular por las carreteras o de utilizar los lugares públicos, tal como los parques, playas, etc.

En relación con el permiso o autorización queda aún una última cuestión por tratar, que no carece de importancia para determinar la estructura de la norma jurídica: antes hemos dicho que la norma jurídica tiene una estructura hipotética (dados ciertos supuestos de hecho, tendrá lugar el acto coactivo, o bien la omisión del mismo). Pero en las normas permisivas parece que la acción no coactiva del funcionario está condicionada por una acción cualquiera del particular; esto significa que esa conducta habrá de tener lugar en cualquier caso y que, por lo tanto, no es una acción condicionada. La norma permisiva vendría a tener el siguiente sentido: "el funcionario no realizará la coacción."

Pero esto no es cierto. En primer lugar, no lo es que el funcionario deba abstenerse de la coacción ante *cualquier* acción del particular, pues solamente *ciertas* acciones están comprendidas en el permiso (por ejemplo, en la propiedad, las que en la terminología jurídica corriente se

llaman de goce y de disfrute). La norma permisiva autoriza la realización de conductas contrapuestas (gozar o no gozar, disfrutar o no disfrutar, etcétera), pero dentro de un ámbito limitado.

Pero, en segundo lugar, la norma permisiva sólo autoriza la realización de ciertas acciones sobre un objeto determinado. Así, el propietario sólo puede disfrutar de las cosas objeto de su propiedad, el arrendatario de la casa arrendada, etc. Todos los demás objetos quedan excluidos del ámbito de la autorización.

Según esto, la estructura de la norma permisiva viene a ser la siguiente: "Cuando dados ciertos supuestos de hecho un sujeto realice tales o cuales acciones (o sus contrarias), el funcionario deberá abstenerse de la coacción." Se trata de un juicio hipotético, que encierra, como toda norma jurídica, una doble condicionalidad.

Norma permisiva y derecho subjetivo.—Hemos visto que los intentos de absorber la norma permisiva en la prohibitiva resultaban infundados. El Derecho subjetivo sigue la misma suerte de la norma permisiva.

Se suele definir el derecho subjetivo como un poder concedido a una persona para la defensa de sus intereses o como un señorío de la voluntad, etc. Si examinamos cómo se concretan en la práctica ese poder o señorío, descubriremos que siempre se reducen a lo siguiente: la posibilidad que el titular del derecho tiene para realizar ciertas acciones o sus contrarias. El poder del propietario consiste en la posibilidad de edificar un edificio en su finca o bien abstenerse de ello, de plantar o no plantar, vender o no vender, gravar o no gravar con una hipoteca. El núcleo de acciones comprendidas en el derecho puede ser más amplio o más reducido, en algunos casos puede quedar limitado a una sola acción, pero siempre se trata de acciones que el sujeto *puede* realizar u omitir, según su libre parecer.

Las llamadas limitaciones a los derechos no constituyen una excepción a lo que acabamos de decir. Las limitaciones del derecho de propiedad, por ejemplo, tienen por objeto excluir del núcleo de facultades atribuidas al propietario las que se considera que no debe continuar disfrutando tal como la facultad de destruir las obras de arte, la de usar de la propiedad en perjuicio de un tercero, o la de rescindir libremente el contrato de arrendamiento. Pero queda siempre intacto un núcleo de acciones que el propietario *puede* realizar o no, según su voluntad.

A esta posibilidad de hacer u omitir se reducen de hecho el "señorío de la voluntad", "el poder atribuido al sujeto", etc. El mismo término "facultad", que se emplea para designar los componentes del derecho sub-

jetivo, da idea de la concepción del derecho como un repertorio de posibilidades de hacer u omitir.

Ahora ya podemos ver por qué, líneas más arriba, decíamos que el problema del derecho subjetivo estaba íntimamente ligado al de la norma permisiva. Aunque el derecho subjetivo contiene otros elementos además del permiso, el permiso constituye, sin embargo, su núcleo esencial, el llamado elemento interno del mismo.

El derecho subjetivo constituye, dentro de los ordenamientos jurídicos de tipo occidental al menos, una realidad incuestionable, que no se deja reducir a realidades jurídicas de otro tipo. Esta es quizá una de las razones capaces de explicar la escasa penetración del neokantismo jurídico en la jurisprudencia de tipo tradicional, a pesar de la identidad parcial de sus propósitos.

La teoría pura del Derecho pretende, en efecto, algo que también persigue la jurisprudencia: el estudio de las estructuras y conceptos fundamentales del Derecho, conceptos tales como el de norma jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica, negocio jurídico, etc. Sin embargo, la jurisprudencia ha seguido su camino sin proceder a la renovación radical de conceptos que la teoría pura pretendía exigirle. Revoluciones de este tipo son muy difíciles en la jurisprudencia teórica, y esto es lo que, por cierto, constituye la mayor garantía de su carácter científico. Los juristas están de acuerdo sobre los principios básicos de la ciencia jurídica y las aportaciones (tal como las de la doctrina alemana a la teoría del negocio jurídico o al supuesto de hecho) se insertan en el tronco común de conceptos ya admitidos. No se da en la jurisprudencia la incesante renovación de conceptos característica de otros tipos de saber. El concepto de derecho subjetivo es uno de los elementos integrantes de la realidad jurídica occidental. Cabe imaginar un orden jurídico sin derechos subjetivos y un tipo de ciencia jurídica que explique e interprete ese orden distinto del nuestro; pero nuestra ciencia jurídica, si quiere ofrecer una versión de nuestro orden jurídico, no puede desconocer, a nuestro juicio, la existencia, dentro de él, de los permisos, autorizaciones o facultades (expresiones que designan la posibilidad de hacer u omitir una determinada acción) y *consiguientemente* de los derechos subjetivos, como realidades autónomas, independientes de los deberes.

LUIS G. SAN MIGUEL