

The recent discussion about legal positivism is whether or not a iuspositivist conception can explain two characteristics of contemporary legal systems that seems indisputable: that the existence of law is practice dependent and that moral reasoning forms part of the processes of identification and application of contemporary legal systems. Those characteristics can be referred to as thesis of the social sources of law and the thesis of incorporationism.

The first part of this book centers on the question on the debate between exclusive and inclusive legal positivism and the moral argumentation of constitutional law.

The second part deals with methodology from the scope and limits of conceptual analysis to the valuable recovery of ideas such as those of Cassirer and von Thiering.

Legal Theory / Teoría del derecho

José Juan Moreso (Ed.)

Legal Theory / Teoría del derecho

Legal Positivism and Conceptual Analysis /
Positivismo jurídico y análisis conceptual

Proceedings of the 22nd IVR World Congress
Granada 2005

Volume I



www.steiner-verlag.de

ARSP

ARSP Beiheft Nr. 106

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Franz Steiner Verlag



Franz Steiner Verlag



Nomos

ISBN 978-3-7089-0390-0

José Juan Moreso (Ed.)

Legal Theory / Teoría del derecho

Oscar Vergara Lacalle .

ARSP BEIHEFT 106

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie

Archives de Philosophie du Droit
et de Philosophie Sociale

Archives for Philosophy of Law
and Social Philosophy

Archivo de Filosofía Jurídica y Social

José Juan Moreso (Ed.)

Legal Theory / Teoría del derecho

Legal Positivism and Conceptual Analysis /
Positivism jurídico y análisis conceptual

Proceedings of the 22nd IVR World Congress
Granada 2005

Volume I

José Juan Moreso, Barcelona

Introduction

This volume presents twenty-four works from various Workshops of the XXII World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy held in Granada in May 2005. All of them bear some relation to relevant questions studied in the legal theory of today. These works are grouped in two sections; the first dedicated to legal positivism such as the conception of law and the second raises some methodological questions.

The recent discussion about legal positivism is whether or not a iuspositivist conception can explain two characteristics of contemporary legal systems that seem undisputable: on the one hand, that the existence of law depends on a certain social practice or, in other words, that the existence of law is practice-dependent and, on the other hand, that moral reasoning forms part of the processes of identification and application of contemporary legal systems. We can call the first characteristic the thesis of the social sources of law and the second the thesis of incorporationism. I shall mention both briefly.

The existence of law is not a natural phenomenon similar to the existence of the planets or stars. The planets and the stars exist independently of the beliefs and attitudes of people. That the Earth is not flat is a truth regardless of what human beings think about it. Equally, the existence of a queue to buy tickets for the theatre is not a natural phenomenon. In order to understand a row of people in a queue, a set of beliefs and attitudes that support this institutional phenomenon are necessary: the acceptance of certain constitutive rules, defining the queue, and the acceptance of certain rules that attribute rights and duties to the position that one has in the queue (shortly: that one has the duty of waiting until those who were first have bought their tickets before those who come later in the queue may buy theirs).

The existence of queues is, so to speak, practice-dependent. It exists, in the sense of Searle, as an institutional fact. Then, in a much more complex form, legal systems also have an institutional existence; they are similar to a queue and not to planets. It is for this reason that the weakest thesis of the social sources of law seems obvious: the existence and content of the law in a society depend on a set of complex social facts.

Nevertheless, it is also certain that law and legal texts often refer to morality. The civil codes, for example, usually describe immoral contracts as void and constitutional bill of rights prohibit cruel or degrading treatment. In doing so, it seems that they incorporate certain moral guidelines, that is to say, that in order to identify cruel and degrading treatments forbidden by the constitutional law has to go to moral argumentation.

The recent debate between exclusive and inclusive legal positivism, which many of the works of this volume talk about, is centered on this question. Also it is possible, obviously, as other works maintain, to argue that legal positivism cannot give an account of these characteristics and that some type of iusnaturalist doctrine is more acceptable. This is not the place to take part in this debate, but without doubt there are elements to build a more complete understanding of the nature and limits of law to be found there.

The second part is more heterogeneous. This part contains works dealing mainly

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN: 978-3-515-08910-4

Zugleich: 978-3-8329-2685-4



ISO 9706

Jede Verwertung des Werkes außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Übersetzung, Nachdruck, Mikroverfilmung oder vergleichbare Verfahren sowie für die Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen.
© 2007 Franz Steiner Verlag, Stuttgart.
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.
Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim
Printed in Germany

El destinatario de las normas jurídicas en la tradición positivista. Un estudio en torno a R. von Jhering*

Abstract

Una de las tesis que tradicionalmente han sido defendidas por la tradición del positivismo jurídico es la tesis coactiva, según la cual el derecho consiste en un conjunto de normas coactivas, en el sentido de impuestas por medio de la fuerza¹. Pero, sin abandonar esta corriente, ha habido históricamente diversas maneras de entender las relaciones entre derecho y fuerza. Si, pues, hasta comienzos del s. XX era opinión común la idea de que el derecho constituía un conjunto de mandatos o normas de conducta cuya eficacia se garantizaba a través de la amenaza del uso de la fuerza coactiva a los transgresores de aquéllas; a lo largo del siglo pasado, empero, algunos autores muy destacados dieron en sostener la opinión de que la fuerza disponible por jueces y funcionarios venía a constituir sustancialmente el objeto mismo de toda regulación jurídica². Según esta última concepción, el derecho tendría primordialmente la función de articular las condiciones de legitimidad para el uso de la fuerza, designando a los sujetos a los que se encomienda tal uso y determinando los casos y modalidades en los que puede utilizarse³. Entre quienes sustentan la primera tesis, que afirma que la fuerza constituye la garantía del derecho, es lugar común citar a Austin⁴ y, a menudo, se cita también a Jhering⁵. Entre los defensores de la segunda tesis es habitual mencionar a Kelsen, Olivecrona y Ross, habiéndose suscitado una polémica entre Bobbio y Olivecrona en punto a determinar si fue el mencionado Olivecrona o fue Kelsen el primero en adoptarla. Sin embargo, es problemático incluir a Jhering dentro del primer grupo y no dentro del segundo⁶, en cuyo caso habría que atribuirle la primera formulación histórica de la tesis. Este trabajo, de carácter histórico, parte de la citada polémica y trata de verificar la constancia de la segunda tesis en las obras no sólo de Kelsen y Olivecrona, sino sobre todo de Jhering.

- * Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto "Tradición y renovación en el positivismo jurídico. Análisis crítico de los intentos contemporáneos de rehabilitación", subvencionado por la Universidad de La Coruña (año 2002) y por la Xunta de Galicia (aprobado el 4 de julio de 2003, código PGIDIT Q3PXIB10104PR, para los años 2003-2005) del que es investigador principal el Prof. Pedro Serna Bermúdez, al que agradezco enormemente sus observaciones tanto sobre la forma como sobre el fondo de este trabajo, sin las cuales, ciertamente, habría errado el tiro.
- 1 Sobre la tesis coactiva en la tradición del positivismo jurídico, *cf.* Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Turín, Giappichelli, 1979, pp. 171-187.
 - 2 La mención de ambas tesis acerca de las relaciones entre derecho y fuerza constituye un lugar común a la hora de tratar las relaciones entre el derecho y el Estado. Esto no significa que todos los autores convengan en afirmar que el carácter esencial y especificador del derecho sea la fuerza. *Cf.* Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, en su versión española *El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, p. 99; Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2.ª ed., Princeton University Press, 1990, en su versión castellana *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 183-184). Para una correcta inteligencia de este punto, *vid.* Seoane Rodríguez, José Antonio; Rivas Palá, Pedro, *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Granada Comares, 2005, en prensa, parte primera.
 - 3 Lumia, Giuseppe, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, Milán, Giuffrè, 1973. Se ha consultado la versión española: *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Madrid, 1981, p. 19.
 - 4 *Cf.* Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Se ha consultado la versión castellana: *El objeto de la jurisprudencia*, trad. de J. R. de Páramo Argüelles, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 40].
 - 5 Hacen referencia a Jhering, por ejemplo, Bobbio, Norberto, "Diritto e forza", en *Rivista di diritto civile*, XII, n.º 6, 1966, p. 538; Catania, Alfonso, "Il diritto come organizzazione della forza", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1974, pp. 371-373.

1. La polémica en torno a la autoría de la tesis de la fuerza como contenido de las normas jurídicas, o del derecho como organización de la fuerza: Kelsen vs. Olivecrona

En 1958 escribí Ross algo polémico: "Tenemos que insistir, por ende, en que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta y no en el hecho de que están respaldadas por la fuerza"⁷. Y en una nota añadía: "He tomado este punto de vista de Hans Kelsen. Véase, por ejemplo, su *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 17. Karl Olivecrona sostiene la misma tesis en *The law as fact*, 1939, 134 y sigs."⁸

Siguiendo esta indicación, Bobbio vino a decir más tarde que la originalidad de la tesis "corresponde sobre todo a Kelsen"⁹, del cual citaba, sin embargo, la *General Theory of Law and State* (1945)¹⁰, siendo así que Olivecrona, como tendremos ocasión de ver, expone su teoría en 1939¹¹. Un año después de aparecido el libro de Ross, Kelsen se limita a este respecto a afirmar la coincidencia en este punto entre la teoría realista del danés y su teoría pura¹².

En 1966 Bobbio publicó un artículo sobre el tema específico de la fuerza como contenido del derecho, donde insiste en atribuir la originalidad de la tesis a Kelsen¹³, lo que más adelante provocará la respuesta de Olivecrona¹⁴. No obstante, reconoce Bobbio que Kelsen no presta demasiada atención a la nueva teoría. Sostiene ahora el profesor italiano que su formulación se remonta a 1925¹⁵ y que sólo se la menciona *en passant* en la *General Theory*, de 1945¹⁶. Añade que tampoco hay mención particularizada de la tesis en la *Reine Rechtslehre*¹⁷, ni siquiera en la segunda edición¹⁸, destacando que habría pasado desapercibida de no haber sido acogida por Ross en

- 6 La pista que apunta a Jhering antes que a Kelsen la obtenemos de Rodríguez Molinero, Marcelino, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Salamanca, Librería Cervantes, 1991, p. 172.
- 7 Ross, Alf, *On Law and Justice*, Londres, Stevensons & Sons Ltd., 1958. Hemos consultado la versión española *Sobre el derecho y la justicia*, 5.ª ed., trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 52.
- 8 *Ibid.* (nota 18), p. 52.
- 9 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rojo Acuña revisada por J. Guerrero, Bogotá, Temis, 1999, p. 174. Esta obra es una fusión de las obras *Teoría della norma giuridica*, Turín, Giappichelli, 1958 y *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Turín, Giappichelli, 1960.
- 10 Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Universidad de Harvard, Cambridge Mass., 1945.
- 11 Olivecrona, Karl, *Law as fact*, 1.ª ed., Copenhagen (Einar Munksgaard) - Londres (Humphrey Milford), 1939, pp. 123-210.
- 12 "Esto quiere decir - escribe Kelsen - que la teoría realista de Ross - en completa concordancia con la Teoría pura del derecho - caracteriza al derecho como un sistema de normas coactivas de deber ser, es decir, de normas que prescriben a ciertos órganos jurídicos que ellos, en determinadas condiciones, *deben* dirigir actos de fuerza contra seres humanos [Kelsen, Hans, "Eine 'Realistische' und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice", en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, X (1959), p. 3. Existe versión castellana: "Una teoría 'realista' y la teoría pura del derecho", en Kelsen, Hans, *Contribuciones a la Teoría pura del derecho*, 3.ª ed., Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1995, p. 13].
- 13 Bobbio, Norberto, "Diritto e forza", *cit.*, p. 537.
- 14 Esta se produce años después, con ocasión de la publicación en 1970 de los *Studi per una teoria generale del diritto*, donde se recoge el artículo de Bobbio recién mencionado. Es por esta publicación que Olivecrona tiene conocimiento del artículo en cuestión.
- 15 Fecha en que se publica el libro de Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Viena, Julius Springer, 1925.
- 16 Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, *cit.*
- 17 Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1.ª ed., Leipzig - Viena, Franz Deuticke, 1934.
- 18 Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, Franz Deuticke, 1960.

el citado *On Law and Justice*, de 1958. Por último señala que la tesis se ha convertido en uno de los puntos cardinales de la teoría del derecho de Olivecrona¹⁹.

Catania atribuye también a Kelsen el "mérito" de haber concebido el derecho como organización de la fuerza²⁰. Señala a este respecto las dos ediciones de la *Reine Rechtslehre*, más la *General Theory of Law and State*, a las que ya nos hemos referido, y añade el ensayo "Law as a Specific Social Technique", de 1941²¹.

En su artículo "On the Problem of Law and Force in Recent Literature"²², Olivecrona rebate tanto a Bobbio como a Catania. En lo que respecta al primero, repara el profesor sueco en que, a pesar de remitir a la *Allgemeine Staatslehre*, de 1925, Bobbio no ofrece citas de dicha obra. Y, en relación a Catania, señala que sólo cita una frase de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, de 1934. Por ello considera que la primera formulación de la debatida tesis ha de buscarse en la primera edición de su propio *Law as fact*, de 1939. A su juicio, Bobbio se ha dejado influir por el citado libro de Ross *On Law and Justice*, donde, como vimos, se atribuía a Kelsen la autoría de la tesis. La primera formulación kelseniana se halla, en lo que alcanza a ver Olivecrona, en el mencionado artículo "Law as a Specific Social Technique", de 1941, al que Kelsen debió de concederle cierta importancia, pues lo recogió posteriormente en los indicados *What is Justice?*, de 1957, y *General Theory of Law and State*, de 1945²³.

La *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* publica al año siguiente la contestación de Bobbio²⁴. Admite el profesor italiano haber obtenido información de Ross, pero se reafirma en lo escrito, pues, en su opinión, no sólo existen pasajes de la *Allgemeine Staatslehre*, de 1925, que lo certifican, sino que, además, constituye uno de sus temas centrales²⁵. Por otro lado, aclara, él no dice ni que Olivecrona tome la tesis de Kelsen ni lo contrario. Solamente insiste en que, cronológicamente, la tesis aparece antes en Kelsen que en Olivecrona²⁶.

Con posterioridad a esta polémica, ha habido algún pronunciamiento más. Aquí se hará referencia a las opiniones de dos de los mayores especialistas en el realismo escandinavo, Jes Bjarup y Enrico Pattaro.

El primero considera que debe destacarse la opinión de Olivecrona, según la cual, las normas jurídicas constituyen prescripciones sobre el empleo de la fuerza jurídica y añade que Ross ha sido influido por esta idea y que Kelsen "también se adhiere a esta interpretación"²⁷.

Pattaro, sin embargo, no se aviene a esta interpretación. Para él, es Kelsen el primero en apartarse de la tradición iuspositivista del s. XIX, no al considerar lo coactivo como el elemento esencial de lo jurídico, en lo que la continúa, sino al tenerla por su contenido específico — en este punto cita la *Reine Rechtslehre*, de 1934 —, lo que, añade, le lleva a alterar la distinción tradicional entre normas primarias y secundarias invirtiéndola — aquí cita la *General Theory of Law and State*, de 1945²⁸. Así,

19 Hace referencia a la versión italiana de Olivecrona, Karl, *Law as fact* (1939), *cit.*

20 Catania, Alfonso, "Il diritto come organizzazione della forza", *cit.*, p. 373.

21 Kelsen, Hans, "Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, 9 (1941), pp. 75-97, recogido en *What is Justice*, Berkeley - Los Angeles, 1957, pp. 231-256.

22 Olivecrona, Karl, "On the Problem of Law and Force in Recent Literature", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1976, pp. 548-552.

23 *Ibid.*, pp. 550-551.

24 Bobbio, Norberto, "Ancora su diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, pp. 514-518.

25 *Ibid.*, pp. 414-415. Cita los §§ 5B, 6A y 10 de la mencionada *Allgemeine Staatslehre*.

26 Bobbio, Norberto, *art. cit.*, p. 515.

27 Bjarup, Jes, *Skandinavisk Realismus*, Friburgo - Munich, Karl Alber, 1978, p. 140.

28 Pattaro, Enrico, *Temi e problemi di Filosofia del Diritto*, Bolonia, CLUEB, 1994, pp. 93-97.

pues, en la *Reine Rechtslehre* de 1934 se encuentra ya la tesis de que el derecho consiste en la organización de la fuerza²⁹.

Hasta aquí los datos de la polémica. Ahora vayamos directamente sobre los textos.

En el caso de Olivecrona, es palmario y queda fuera de toda duda que expone la tesis en su obra de 1939. Según explica, el derecho es fuerza organizada, por lo que juzga desafortunada la división conceptual entre derecho y fuerza, que no constituyen realidades opuestas. Antes bien, el derecho supone cierta clase de fuerza y no difiere sustancialmente de la que usa el delincuente³⁰. Pensar otra cosa, opina, es metafísica. También lo es afirmar que el derecho está garantizado por la fuerza, tesis que, en su opinión, responde a la idea de que el derecho como conjunto de normas está dotado del poder indefinible — que reside en su fuerza vinculante — de crear derechos y deberes. Comoquiera que éstos son, según su teoría del derecho, poderes y vínculos imaginarios sin correspondencia objetiva con la realidad, se deduce que no hay nada que garantizar³¹.

Para Olivecrona, la distinción entre normas primarias y secundarias sobre la base del destinatario no apunta a nada relevante. Tanto el Derecho civil como el penal son a la vez normas para los ciudadanos y para los funcionarios públicos. El legislador se propone dirigir la conducta de los ciudadanos y, como medio para ello, dicta normas sobre el uso de la fuerza³². Pero adviértase que se trata de normas cuyo contenido exclusivo es el uso de la fuerza, de donde los ciudadanos — mediante un razonamiento es de suponer — han de deducir qué es lo que se espera que hagan³³. Es una ilusión, para él, pensar que las normas primarias tienen un significado independiente: "La situación real es que el derecho — el conjunto de reglas que se puede resumir como derecho — consista principalmente en reglas sobre la fuerza, reglas que contienen patrones de conducta para el uso de la fuerza"³⁴.

En punto a la *Reine Rechtslehre* de Kelsen, conviene examinar con detalle los §§ 12 y 13. En ellos, el autor declara seguir la Teoría jurídica del s. XIX al establecer la diferencia específica del derecho, no en su carácter normativo, basado en la categoría formal de deber ser, sino en su carácter coactivo. El § 12 lleva por título precisamente "El derecho como norma coactiva"³⁵, y afirma que es propio de la mencionada Teoría jurídica pensar que la norma jurídica "sea una norma coactiva en el sentido de una norma reguladora de la coacción"³⁶. Esta afirmación resulta extraña, sin embargo, porque la tesis del contenido coactivo del derecho no es ni mucho menos general en el s. XIX, a cuya Teoría jurídica parece que la imputa.

Característico también de la Teoría jurídica del s. XIX es, según el autor checo, afirmar que el concepto de lo antijurídico (*Unrecht*) no se desprende de cierta cualidad inherente o su relación con una norma metajurídica o moral, sino que tiene únicamente que ver con el hecho simple y llano de que el ordenamiento jurídico reaccione contra ella por medio de un acto de coacción³⁷.

29 *Ibid.*, p. 98.

30 Olivecrona, Karl, *Law as fact*, *cit.*, pp. 122-123.

31 *Ibid.*, pp. 124-126.

32 *Ibid.*, pp. 132-133.

33 Lo que motiva a los ciudadanos a efectuar este razonamiento práctico no sólo es el temor interiorizado a las sanciones que los funcionarios públicos les aplicarán si se verifica el ilícito, sino también otros factores como la moral, la educación o la propaganda. Sobre el particular, *vid.* Vergara Lacalle, Oscar, *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio sobre el pensamiento de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004, pp. 256-264.

34 Olivecrona, Karl, *Law as fact*, *cit.*, p. 134.

35 "Das Recht als Zwangsnorm" (Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed., *cit.*, p. 25).

36 "[...] eine Zwangsnorm im Sinn einer Zwang anordnenden Norm sei [...]" (*ibidem*).

37 *Ibid.*, pp. 25-26.

En este párrafo, como en el siguiente, que vamos a examinar a continuación, parece que lo que Kelsen quiere destacar es el carácter positivista de la Teoría jurídica del s. XIX, que ve en la coactividad el carácter específico del derecho, al margen de todo valor trascendente, constituyendo, pues, una Teoría inmanente, punto de vista que, como señala al comienzo del § 13, recepta (*einnimmt*) la Teoría pura del derecho. Consecuentemente, el concepto de lo antijurídico sólo depende de que cierto comportamiento sea considerado condición para la realización de un acto coactivo estatal y nada tiene que ver con que sea o se considere un comportamiento nocivo o que contraríe los deseos de la autoridad normativa³⁸. En esta línea – y esto es justamente lo que de nuevo parece añadir la Teoría pura del derecho –, lo injusto deja de ser la negación del derecho, para constituir una específica condición del derecho y, en consecuencia, un objeto posible de conocimiento jurídico³⁹. Y agrega que “éste [el conocimiento jurídico] puede igualmente concebir lo injusto sólo como derecho”, es decir: “Lo antijurídico no significa – como hace creer la concepción tradicional – una interrupción en la existencia del Derecho, sino precisamente lo contrario: en lo antijurídico se confirma la existencia del Derecho, que consiste en su validez, en el “deber ser” del acto coactivo en tanto consecuencia jurídica⁴⁰.”

Concluye este párrafo con una alusión al iusnaturalismo, al que – comenta – parece que retorna la Teoría jurídica del momento, renunciando al elemento de la coacción por mor de una cierta idea del Derecho en la que descansaría su validez y permitiría justificar las normas. Kelsen descalifica esta posición como iusnaturalista y se sitúa al margen⁴¹.

No parece, pues, en resumen, que Kelsen esté pensando en estos párrafos en algo distinto que en situar su teoría en la órbita del positivismo del s. XIX, que le parece venía siendo abandonado a comienzos del s. XX. Por ello proclama su renuncia a todo análisis trascendente, al mismo tiempo que retoma la tesis decimonónica que sitúa en lo coactivo la esencia del derecho, desarrollándola a través de la novedosa tesis de que el hecho antijurídico no implica la contravención del derecho. Sin embargo, es claro que nada dice acerca de la tesis del derecho como regulación de la fuerza. Parecería, pues, que con esta base Olivecrona tendría razón.

En realidad, pocos pasajes más hay en la *Reine Rechtslehre* que nos puedan arrojar luz acerca de esta cuestión. La clave puede estar quizás implícita en su consideración estática del derecho como norma jurídica. Conforme a lo que se acaba de establecer, ésta tiene la estructura abstracta de ilícito – sanción, donde el primer elemento está constituido por la figuración de cierta conducta a la que, a través del nexo lógico deber ser, se imputa una sanción, segundo término de la relación. Por lo tanto, si no hay valores trascendentes al derecho y toda norma tiene esta estructura, parece que se desprende que toda norma jurídica, el derecho, se limita a regular el uso de la fuerza.

Esta conclusión se ve reforzada cuando entra a analizar el derecho desde un punto de vista sociológico-funcional en el § 14, considerado como una específica técnica social consistente en enlazar una sanción al supuesto de hecho que contempla

38 *Ibid.*, p. 26.

39 *Ibid.*, p. 27.

40 *Ibid.*, pp. 27 y 28. De este modo, lo injusto abandona su posición extrasistemática con respecto al derecho.

41 No vemos tan claro que el s. XIX en su conjunto hubiera abandonado totalmente el elemento ideal del derecho para ser recobrado otra vez por la Teoría del derecho del s. XX. Cf. Binding, Karl, *Handbuch des Strafrechts*, (Leipzig, 1885), reimpr. Aalen, Scientia, 1991, pp. VIII-IX; Jhering, Rudolf v., *Der Zweck im Recht*. (Göttinga, 1877-1883), 4.ª ed., vol. I, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1904, reimpr. Hildesheim – Nueva York, Georg Olms, 1970, p. 108, en relación con las pp. 333-338.

la conducta contraria a la que se desea. Ésta, la conducta que se desea, es “motivada” por medio del expediente de sancionar la conducta contraria⁴². Pero, opina Kelsen, esto no permite apreciar la índole jurídica de las normas que consiste en su relación con el acto coactivo. Por eso escribe: “La norma que estatuye la conducta que evita la coacción – y que el orden jurídico tiene por finalidad –, solamente importa una norma jurídica bajo condición de que con ella deba expresarse – en forma abreviada, por razones de comodidad en la exposición – lo que sólo la proposición jurídica enuncia cabal y correctamente: que bajo condición de la conducta contraria ha de acontecer un acto coactivo como consecuencia. Ésta es la norma jurídica en su forma primaria. La norma que estatuye la conducta que evite la coacción sólo puede valer, en consecuencia, como norma jurídica secundaria⁴³.”

El hecho de que Kelsen dé la primacía a la norma que establece la sanción por considerar a ésta esencial al derecho, al margen de todo fin trascendente, nos debe hacer pensar que el jurista checo admite implícitamente la tesis de que el derecho sirve específicamente para administrar la fuerza.

Pero esta admisión implícita parece que también se da en la *Allgemeine Staatslehre*, de 1925. En esta obra, a los efectos que nos interesan, comienza Kelsen afirmando que el orden jurídico es un sistema de normas de derecho. Considera, asimismo, que cada norma jurídica tiene que reflejar la naturaleza del derecho considerado en su totalidad. Por tanto, “si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica es una norma reguladora de la coacción⁴⁴.” Su esencia consiste en una proposición en la que se enlaza deónticamente un acto coactivo con un supuesto de hecho. Por ello, considera que la norma primaria no es la que determina la conducta debida para evitar la coacción – “no se debe matar”, “se debe devolver el depósito” –, sino la que imputa la sanción en determinado supuesto⁴⁵. Y más adelante dice *en passant*: “Cuán insostenible sea ésta [la tesis que pone al Estado tras el derecho] se comprueba con el hecho de que ese Estado aparentemente distinto en esencia del derecho es también sólo derecho, un sistema de normas jurídicas especiales, esto es, reguladoras de la coacción⁴⁶.” En cuanto a las normas que estatuyen la conducta debida para evitar la coacción (denominadas por Kelsen secundarias), afirma que no poseen el menor carácter jurídico consideradas en sí mismas, pues sólo tienen sentido como representaciones auxiliares previas (*vorläufige Hilfsvorstellungen*) por relación con las normas reguladoras de la coacción.

En otro lugar, al tratar de la administración directa del Estado (cuando construye escuelas, atiende a los enfermos, etc.), considera que en este caso no se puede hablar de una función estatal en el sentido de función jurídica formal, sino en un sentido exclusivamente material. Recuerda que según la Teoría pura, la norma jurídica enlaza deónticamente un supuesto de hecho con un acto de coacción. “Con esto – concluye – se expresa la idea de que el derecho es esencialmente un orden coactivo y el Estado un aparato de coacción⁴⁷.”

Sorprende el hecho de que Kelsen no preste demasiada atención a una tesis que supuestamente es nueva y eventualmente suya. Lo razonable es que cuando alguien lanza una tesis que avanza sobre lo que se ha estado sosteniendo hasta ese momento subraye el hecho de que, en efecto, constituye una novedad. Esto no sucede

42 Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1.ª ed., cit., p. 29.

43 *Ibid.*, p. 30.

44 “Ist aber das Recht eine Zwangsordnung, dann ist Jede Rechtsnorm eine Zwang anordnende Norm” (Kelsen, H., *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 47).

45 *Ibid.*, p. 51.

46 *Ibid.*, p. 53.

47 *Ibid.*, p. 239.

en las obras que hemos examinado, de donde el lector, aunque con no demasiado esfuerzo, tiene que extraerla por sí mismo. Pues bien, todo esto queda aclarado en una obra anterior, donde Kelsen trata explícitamente de la tesis. La obra es *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*⁴⁸.

En esta obra es meridionalmente claro que Kelsen conoce la tesis y, si en obras posteriores no le presta la atención debida a semejante novedad es, seguramente, porque la atribuye expresamente a Jhering. Escribe: "La teoría de que el mandato legislativo se dirige a los órganos del Estado procede de Jhering"⁴⁹. Se trata, opina, de una teoría importante porque, invocando la naturaleza formal de lo jurídico, rechaza que la norma de derecho sea, jurídicamente, un imperativo dirigido al pueblo (*an das Volk gerichtet*). Evita, por tanto, concebir la norma jurídica como un mandato al pueblo de comportarse conforme a derecho⁵⁰.

Parece, pues, que Kelsen se adhiere a la teoría jheringiana de que el derecho se dirige a los órganos del Estado. Esto explicaría su escasa atención a esta teoría en obras sucesivas. Sin embargo, son suyas también estas palabras: "Tiene que rechazarse decididamente la opinión de que la norma jurídica constituya un imperativo dirigido a los órganos del Estado"⁵¹. ¿Por qué dice esto? Esto no lo dice porque crea que la norma jurídica está destinada al pueblo, sino porque la norma jurídica no se destina a nadie, ya que, en su opinión, en esta etapa de su pensamiento, no es un imperativo, sino un juicio lógico. El juicio lógico o hipotético (si es A, debe ser B) no necesita destinatario. Sobre esta base, el problema no es a quién se destina la norma jurídica, sino a quién obliga⁵². La idea de que la norma jurídica está destinada a alguien es un corolario de la teoría imperativista — quien emite una orden se dirige a alguien —, pero no necesita ser aceptado por quien no comparte esta teoría. A su vez, la teoría imperativista no comporta necesariamente el corolario de que las normas jurídicas estén destinadas a los órganos públicos y no al pueblo. La teoría imperativista requiere, en efecto, destinatario — esto es lo que rechaza Kelsen —, pero si puede prescribir una conducta a determinados hombres (los que componen los órganos públicos), se pregunta Kelsen, ¿por qué no a los hombres todos?⁵³. Si no se le da la debida importancia a la forma lógica de la norma jurídica, no es posible "extraer las conclusiones adecuadas de su correcta interpretación [de Jhering] acerca de la relación formal entre la norma jurídica y los sujetos de derecho"⁵⁴.

2. Donde se deshace el entuerto

Parece, pues, que el resultado de nuestras pesquisas apunta a Jhering, cuya obra estudiamos ahora. Al efecto nos centraremos especialmente en su *Der Zweck im Recht*⁵⁵, sin perjuicio de tomar en consideración otros trabajos del llamado "segundo Jhering"⁵⁶.

48 Kelsen, H.: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubinga, Mohr, 1911. Se ha consultado la 2.ª ed. de 1923, reimpr. Aalen, Scientia, 1984.

49 "Die Lehre, der Gesetzesbefehl richtet sich an die Staatsorgane, stammt von Jhering" (*Ibid.*, p. 383). Si esto es así, Olivecrona podía haber hecho una referencia similar, que no hace en efecto, en el artículo que dedica al jurista alemán: Olivecrona, K., "Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft", en *Jherings Erbe. Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970, pp. 165-176.

50 Kelsen, H.: *Hauptprobleme...*, cit., p. 384.

51 *Ibid.*, p. 395.

52 *Ibid.*, pp. 379-380.

53 *Ibid.*, p. 385.

54 *Ibidem*.

55 Jhering, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, cit. La traducción de los textos que se citan en esta obra

Sabido es que Jhering pasó de ser uno de los máximos exponentes de la llamada "jurisprudencia de conceptos" a ser el impulsor de una nueva vía que hace de la finalidad la clave para comprender el fenómeno jurídico. La raíz de este giro ha de buscarse en el último volumen de su obra *Geist der römischen Rechts* (1852-1865), donde había ensayado una nueva definición del derecho subjetivo basada en la noción de interés, que le obligó a emprender una nueva investigación acerca del tema del fin en el derecho, la cual se tornó tan prolija que hubo de comenzar una nueva obra (*Der Zweck im Recht*) y posponer el final de la primera hasta tanto ésta estuviera acabada. Por desgracia, ambas quedaron sin terminar.

El pensamiento básico de esta nueva manera de ver el derecho gira en torno a la idea de que "la finalidad es la creadora de todo el derecho"⁵⁷. Para el jurista alemán, "todas las normas e instituciones morales tienen su último fundamento en los fines prácticos de la sociedad"⁵⁸. En concreto, el derecho sirve para asegurar las condiciones de vida de la sociedad. Así lo define en el cap. VIII, que versa sobre la coacción, como "la forma de la seguridad de las condiciones de vida de la sociedad creada a través de la fuerza coactiva del Estado"⁵⁹.

Sin embargo, el derecho no asegura todas las condiciones de vida de la sociedad.

a) Las hay que son extrajurídicas, que son las que se corresponden con la naturaleza, alcanzables con o sin esfuerzo, materia en la que el derecho carece de toda participación⁶⁰. La legislación, por ejemplo, no necesita prescribir los preceptos "come", "bebe", "defiéndete de la amenaza sobre tu vida", etc. b) Otras son condiciones jurídicamente mixtas, pues por lo general no requieren ser garantizadas por medio de la fuerza. Es el caso de las cuatro condiciones de vida fundamentales de la sociedad; a saber, el mantenimiento de la vida, la reproducción, el trabajo y el tráfico o la relación (*Verkehr*). La razón es que actúan aquí tres motivos poderosos, como son el instinto

es mía, sin perjuicio de haber tenido a la vista la versión castellana *El fin en el derecho*, trad. de D. Abad de Santillán, Granada, Comares, 2000.

56 En particular, el famoso opúsculo *Der Kampf ums Recht* (Viena, 1872), 7.ª ed. por E. Wolf, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1989. En él se explica el hecho, según él, de que todo derecho ha sido conquistado por la lucha y defiende la idea de que todo hombre tiene la obligación de mantener su derecho. También tomamos en consideración cierta conferencia suya que tuvo lugar en la Sociedad Jurídica Vienesa el 12 de marzo de 1884, con el título "Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles", publicado en la *Allgemeine juristen Zeitung*, ese mismo año y recogido en el libro Jhering, Rudolf von, *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles. Mit einer Vorbemerkung und einem anschließendem Interpretations- und Einordnungsversuch von Otto Behrends*, Nápoles, E. Jovene, 1986, contrapartida del anterior opúsculo, pues ambas contribuciones versan sobre el sentimiento del derecho, bien que esta conferencia aborda el tema desde el punto de vista del contenido, tratando de responder a la pregunta "¿de dónde procede el contenido de los más altos principios y verdades que designamos como contenido de nuestro sentimiento del derecho?" (p. 10).

57 Jhering, Rudolf von, *Der Zweck im Recht*, cit., vol. I, p. v.

58 *Der Zweck*, vol. II, p. IV.

59 "[...] die Form der durch die Zwangsgewalt des Staates beschafften Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft" (*Ibid.*, p. 345). La cursiva es nuestra. Esta tesis tiene algo que ver con la teoría jurídica de Jeremy Bentham, según la cual el derecho tiene como función hacer posible un conjunto de condiciones que contribuyen a la mayor felicidad de la comunidad política, siendo la principal de ellas la de seguridad. Cfr. Bentham, Jeremy, *Principles of the Civil Code*, en *The Works of Jeremy Bentham*, J. Bowring (ed.), vol. I, (Edimburgo, Tait, 1843), Thoames Press, Bristol, 1995, pp. 302 ss. Jhering se reconoce tributario del pensamiento de Bentham en lo referente al carácter social de lo moral (Cfr. Jhering, R. v., *Der Zweck...*, vol. II, pp. 133-134). Pero esto se refleja también en su teoría del derecho. En esta definición se echa esto de ver cuando pone en la seguridad la función principal del derecho (Bentham, *op. cit.*, p. 307). Cfr. Cruz, Luis M., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de Jeremy Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000, pp. 246-250.

60 *Ibid.*, p. 352.

de conservación, el instinto sexual y el instinto de lucro. Aquí el derecho sólo es preciso excepcionalmente para reprimir, en función del bien común, respectivamente, el suicidio, el celibato, la mendicidad y la usura⁶¹. c) Finalmente se dan condiciones puramente jurídicas, en las que la sociedad está a merced del derecho para el fin de su seguridad. Así, son comunes en todas partes preceptos como "no matarás", "no robarás", "pagarás tus deudas", "obedecerás al poder público", "abonarás tus impuestos al Estado", "harás el servicio militar", etc. Si bien todo ello es prescrito por el Estado en interés de sus miembros, la contravención no es excepcional⁶².

¿Qué aportan todas estas consideraciones a la cuestión que a nosotros nos interesa? Su interés radica en que dejan claramente establecido que el derecho sólo existe allí donde es necesario utilizar la coacción en beneficio de la sociedad, que, si bien tiende hacia la autorregulación, siguiendo su propio interés, movida por la palanca del egoísmo social, no es inmune a los ataques del egoísmo individual, desconociendo la máxima de que "en la ley te proteges y te afirmas tú mismo; defiende la ley, pues es la condición de tu existencia"⁶³. Este es justamente el tema de *Der Kampf ums Recht*, donde, con magnífica retórica, efectúa Jhering una apología (de carácter moral) de la acción de defensa del derecho, donde compara al ciudadano que no lucha con el pueblo que no lucha: confirma su sentencia de muerte⁶⁴.

Esta presencia, bastante notable, de lo moral en sus obras, así como la firme adhesión que el autor alemán presta a sus preceptos, en combinación con la precitada idea de que la sociedad se autorregula en orden a sus fines, no debe hacernos pensar que Jhering sea un autor iusnaturalista. Desmiente esto explícitamente en el trabajo mencionado *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles*, donde, ante el dilema de si la fuente de la moral es la naturaleza o la historia, responde sin ambages que lo segundo⁶⁵.

El derecho tiene que ver, pues, con la coacción ejercida por el Estado allí donde es preciso para garantizar que los individuos puedan alcanzar sus fines sociales. Es de interés ahora dar un paso más allá con el fin de explicar cuál es la función del derecho en relación con la coacción, no obstante que ésta se deja adivinar a través de la definición de derecho que se acaba de citar *supra*, como la *forma de la seguridad* de las condiciones de vida de la sociedad. Parece ciertamente poderse intuir que el derecho tenga una función conformadora de la coacción. De ser así, el derecho consistiría en el cauce a través del cual el Estado formaliza la coacción al servicio de los fines sociales que la requieren. A continuación se muestran una serie de pasajes que confirman estas ideas.

61 *Ibid.*, pp. 352-358.

62 No es el lugar de analizar las causas, pero es útil tener en cuenta la distinción que Jhering establece entre el egoísmo social y el egoísmo individual. El tema del egoísmo individual en Jhering pensamos se conecta con la idea benthamiana de "expectativa" (*expectation*), en el sentido de que, por así decirlo, el egoísta (individual) se constituye en un *miops* social, ya que al asegurar la ganancia para el momento presente, perjudica a la sociedad y, con ello (pues hay fines que sólo son alcanzables en sociedad) a él mismo en el futuro. *Cfr.* Bentham, *Principles*, *cit.*, p. 308. Sobre las condiciones puramente jurídicas, *vid.* p. 358-360. Esto ha sido estudiado con detalle por Cruz, L., *op. cit.*, pp. 99 ss.

63 *Ibid.*, p. 438. Acerca de la inteligencia del bien común, *vid.* pp. 436-445.

64 *Der Kampf ums Recht*, *cit.*, p. 15. Sobre el carácter moral de esta doctrina, *cfr.* p. 16: "[...] no es el objetivo intarés crematístico el que mueve al lesionado a suscitarse el proceso, sino el dolor moral que le causa la injusticia infligida"; p. 30: "[...] el completo abandono de él [de la afirmación del derecho] [...] [equivale a] un suicidio moral".

65 *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles*, *cit.*, *passim*. Adelanta la respuesta, no obstante, en las pp. 11-12. En el resto de la conferencia se dedica a probar la falsedad de la que llama visión nativista (*nativistische Ansicht*) y la veracidad de la visión histórica (*historische Ansicht*) desde varios puntos de vista.

Así, cuando dice: "La esfera de la coacción coincide con la del derecho y el Estado. No, en efecto, en el sentido de que el Estado coaccione directamente todos los fines que persigue — el arte y la ciencia no pueden ser coaccionados y, sin embargo, se cuentan ambos entre los fines del Estado actual —, sino en el sentido de que él [el Estado] reúne al menos a través de la coacción los medios que requiere para ellos [los fines]"⁶⁶. Y justo al comienzo del capítulo VIII leemos: "La segunda palanca del orden social es la coacción. La organización social del salario es la relación, la de la coacción el Estado y el derecho [...]"⁶⁷.

Un poco más adelante, el jurista alemán distingue dos clases de coacción: la propulsiva (*propulsiver Zwang*), cuya finalidad es la negativa de la defensa, y la compulsiva (*kompulsiver Zwang*), que tiende positivamente a la ejecución de una acción. Pues bien, esta segunda tiene por objeto la organización de la coacción para los fines de la sociedad y se fundamenta en la realización de dos conceptos: "del Estado y del derecho — la instalación del poder, que ejerce la violencia de la coacción, y la exposición de normas para el ejercicio del mismo"⁶⁸. A continuación utiliza, a modo de resumen, la expresión "coacción organizada" (*organisiertes Zwang*)⁶⁹ y, en otro lugar, habla del "derecho como política de la violencia" (*das Recht als Politik der Gewalt*) y añade: "Ella misma no abdica como violencia, para dejar el puesto al derecho, sino que mantiene su puesto y añade el derecho sólo como un momento accesorio de sí misma — la violencia justa"⁷⁰.

En caso de necesidad — estima el profesor alemán — la violencia puede existir sin el derecho y ha ofrecido la prueba de ello, pero "el derecho sin la fuerza es un nombre vacío, sin realidad alguna, pues tan sólo la violencia, que realiza las normas del derecho, hace del derecho lo que es y debe ser"⁷¹. Otro pasaje significativo es aquel en el que afirma que "[...] el fin de la existencia del individuo no se puede realizar en la tierra sin coacción, ésta es lo primero y en ella radica por ende el origen del derecho como violencia justa"⁷² y más adelante dice que hay que poner de parte del derecho "la preponderancia de la violencia"⁷³.

Para el jurista de Aurich, el concepto de Estado va íntimamente unido al de derecho, pues "el derecho no puede cumplir con su misión hasta tanto el Estado no ha sido realizado"⁷⁴. Y añade más adelante: "La organización social de la coacción [...] significa lo mismo que *Estado y derecho*. El Estado es la sociedad como poseedora de la fuerza coactiva reglada y disciplinada. El conjunto de los principios según los cuales actúa de esa manera: la disciplina de la coacción, es el derecho"⁷⁵.

66 *Der Zweck im Recht*, *cit.*, p. 65.

67 *Ibid.*, p. 181.

68 *Ibid.*, p. 183.

69 *Ibidem*.

70 *Ibid.*, p. 193.

71 *Ibid.*, p. 196.

72 *Der Zweck*, p. 226.

73 "Todo el problema de la organización de la coacción depende de poner de parte del derecho la preponderancia de la violencia" (*das Übergewicht der Gewalt*) (*ibid.*, p. 227).

74 *Ibid.*, p. 239. A su vez, de todos, el fin más importante del Estado es el de formación y garantía del derecho (*ibid.*, p. 240).

75 *Ibidem*. Hay que aclarar (*cfr.* nota 71) que el concepto de Jhering de Estado es más amplio que el de derecho, pues aquél incluye entre sus fines el fomento de las artes y las ciencias, los cuales no pueden ser coaccionados. Estado y derecho no son lo mismo. *Cfr.* también las siguientes citas: "La organización de la violencia social de la coacción tiene dos lados: el establecimiento del mecanismo exterior de la violencia y la exposición de los principios que regulan su uso. La forma de la solución (*Lösung*) de la primera tarea es la violencia del Estado, la de la segunda el derecho. Ambos conceptos se condicionan mutuamente: la violencia del Estado tiene necesidad del derecho; el

Pero quizás, el dato más significativo radique no tanto en tal o cual cita, sino más bien en la idea, que Jhering expresa nítidamente, de que las normas jurídicas se dirigen o tienen como destinatarios a los jueces y funcionarios públicos en general. Demosle la palabra: "Si repetimos desde este punto de vista de la consideración del Estado y del derecho, la pregunta anterior: a quién se dirigen los imperativos del Estado, entonces la respuesta sólo puede ser: a los órganos a quienes está confiado el manejo de la coacción, desde los monarcas y las más altas esferas de la jerarquía funcional hasta los agentes más subalternos — todo precepto jurídico, todo imperativo estatal se caracteriza por el hecho de que algún titular del poder estatal está encargado de su realización práctica"⁷⁶. De un modo más claro dice: "el criterio [*das Kriterium*] de una norma jurídica no consiste en su eficacia externa respecto del pueblo [*Volk*], sino en la interna en relación a los funcionarios públicos [...]"⁷⁷. La norma jurídica, para Jhering, es primariamente un "imperativo abstracto para los órganos del poder público". El efecto externo, esto es, su observancia por parte del pueblo, es algo "secundario"⁷⁸.

Terminamos añadiendo un último pasaje, por si cupiera alguna duda, que confirma con claridad lo que dejamos escrito: "Todos los imperativos legales sin excepción están dirigidos en primer término a los funcionarios: todo el código civil, el código penal, todas las leyes y reglamentos financieros, policiales, militares, etc. *son simplemente reglas para la administración del poder coactivo del Estado*"⁷⁹.

Es así, pues, que antes que en Olivecrona o Kelsen, la tesis — correcta o incorrectamente, eso ya es otra cuestión — está ya configurada en Jhering⁸⁰.

3. Conclusión

Las diferencias mencionadas en el primer apartado acerca de la autoría de la tesis pudieran provenir de la distinta fuente teórica de donde extraen estos autores la fundamentación de la tesis en cuestión. Así, Olivecrona la obtiene a partir de una consideración filosófico-positiva basada en último extremo en una ontología materialista que reduce la vida humana a un conjunto de fenómenos psicofísicos más o menos concertados, cuyos resortes operativos son manipulados por el poder mediante un conjunto de mecanismos que se reducen en última instancia a una ponderada o bien dosificada administración de la fuerza; lo que constituye una nueva radicalización por

derecho, de la violencia del Estado" (*Ibid.*, p. 242). — Una última cita: "La definición corriente de derecho dice: el derecho es el conjunto de normas coactivas válidas en un Estado, [pues bien, quien esto dice], en mi opinión, ha dado de lleno con lo correcto" (*Ibid.*, p. 249).

76 *Ibid.*, p. 261. Hay que aclarar que esto es así desde un punto de vista estructural. Desde un punto de vista teleológico es opinión de Jhering que las normas jurídicas están destinadas a los ciudadanos en general (p. 235).

77 *Ibid.*, p. 262.

78 *Ibid.*, p. 263. Esto es así considerado el imperativo "según su forma". Desde un punto de vista "teleológico", sin embargo, puede entenderse que están dirigidas a las personas privadas.

79 "[...] Regulative für die Handhabung der staatlichen Zwangsgewalt" (*Ibidem*).

80 Podría recurrirse al precedente de Bentham, pero esto no sería del todo correcto. Este autor afirma que todas las normas jurídicas se podrían formular en términos de leyes que llama "adjetivas", en tanto que dirigidas a los jueces en orden al castigo del infractor, pero esto sólo es una cuestión de conveniencia. No hay que fijarse en las palabras, opina, sino que hay que penetrar a través de ellas y fijarse en las ideas que hay detrás y, en este caso, lo que hay detrás de una ley adjetiva es siempre una ley sustantiva, destinada a dirigir la conducta del sujeto "agente". Cf. Bentham, Jeremy, *Of Laws in General* (1782), H. L. A. Hart (ed.), Londres, Athlone Press, 1970, pp. 140-145. Acerca de estos conceptos en Bentham, *vid. Cruz, L., op. cit.*, pp. 223-226.

otra vía del pensamiento de Jhering, abierto conceptualmente a una explicación ulterior de carácter moral.

El caso de Kelsen es distinto y más coherente, como él mismo advierte en cierto modo. En efecto, tanto Jhering como Olivecrona consideran las normas jurídicas como imperativos y, desde este punto de vista, lo mismo da considerar como sus destinatarios a los ciudadanos que a los órganos del Estado. Es más, desde la perspectiva de los fines del derecho, podrían considerarse como primariamente jurídicas las normas dirigidas a los ciudadanos, antes que las dirigidas a los órganos del Estado. Todo depende de la perspectiva. Esto no sucede, decimos, en la teoría pura del derecho, la cual constituye una radicalización formalista del positivismo jurídico decimonónico, en el sentido de que la norma jurídica es vista por Kelsen como un juicio lógico (no un imperativo) en el que se imputa una sanción a un acto típico, de donde se infiere que conceptualmente sólo puede servir de un modo primario para administrar el uso de la fuerza.

Como es sabido, a partir de 1960, Kelsen termina retornando al imperativismo propio del positivismo jurídico. Sería muy interesante analizar las causas de este retorno, pero esta cuestión excede el marco del presente estudio.

En conclusión, si bien la tesis de la fuerza como contenido del derecho puede ser más coherente con la teoría pura kelseniana, al menos en la fase considerada en este estudio, es Jhering el primero en formularla.