

EL DERECHO Y LA NATURALEZA

HANS KELSEN

Traducción de MOISES NILVE

Este artículo de Hans Kelsen corresponde al primer capítulo de su obra *Théorie Pure du Droit*, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1933. Resulta superfluo destacar la importancia cada vez más creciente de la Teoría Pura del Derecho para la ciencia jurídica, que ya ha merecido dos traducciones al castellano. La primera debida al eminente jurista español Profesor Luis Legaz y Lacambra y publicada bajo el signo de "Editorial Revista de Derecho Privado", Madrid, 1933, con el subtítulo de *Método y conceptos fundamentales*. La segunda a cargo del Dr. Jorge G. Tejerina para la Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, que vio la luz bajo el sello de "Editorial Losada, S.A.", Buenos Aires, 1941, con el subtítulo *Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. La nueva versión al castellano que ofrecemos, por una parte viene a llenar el amable vacío que significa la circunstancia de que hace ya varios años ambas ediciones se encuentran totalmente agotadas, a punto tal de tornarse casi imposible encontrarlas en plaza, con lo cual estudiantes y estudiosos se hallan privados de un primordial elemento de trabajo; por otra parte, esta nueva versión es la expresión más notable de un científico en permanente esfuerzo de superación y aclaración de sus ideas. En efecto, con la publicación de la *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, 1945), traducida al castellano por el ilustre Profesor mexicano Eduardo García Máynez (*Teoría General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, México, 1949) —versión también agotada—, Kelsen ha dado en América una nueva formulación de su Teoría del derecho. Por último, la edición de 1953 contiene varios párrafos inéditos del autor que en su mayor parte nos dieron a conocer en las conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la visita que hizo en agosto de 1949. (N. del T.).

EL DERECHO Y LA NATURALEZA

1. - ¿QUÉ ES UNA TEORÍA PURA DEL DERECHO?

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional.

Como teoría pretende limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura contestar a la pregunta qué es y cómo se forma el derecho, pero no a la cuestión cómo debe ser o cómo debe formarse. Es ciencia del derecho y no política jurídica.

Al calificarse como Teoría "pura" entiende constituir una ciencia que tiene por único objeto al derecho e ignora todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños, lo que parece constituir una exigencia intrínseca. Basta dar una ojeada sobre el desarrollo de la ciencia jurídica tradicional en el curso de los siglos XIX y XX para comprobar hasta qué punto se ha ignorado tal principio metódico. Con una falta total de sentido crítico la ciencia del derecho se ha mezclado con la psicología y la biología, con la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se estima autorizado a penetrar y, más aún, considera que su prestigio científico se jerarquiza tomando en préstamo conocimientos de otras disciplinas, con lo cual el resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica.

2. - CIENCIAS DE LA NATURALEZA Y CIENCIAS SOCIALES.

CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN.

a) *La naturaleza y la sociedad.*

Siendo el derecho un fenómeno social, la ciencia del derecho forma parte del grupo de ciencias que estudian la sociedad desde distintos puntos de vista. Estas ciencias difieren en su esencia de las ciencias de la naturaleza, dado que la sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza.

Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos a los otros por un principio particular: el de causalidad. Toda ley natural hace aplicación de este principio. Así la ley según la cual un metal se dilata cuando se le aplica el calor, establece una relación de causa a efecto entre el calor y la dilatación del metal. La ciencia primitiva consideraba

a la casualidad como una fuerza existente en el interior de las cosas, cuando que en rigor de verdad se trata de un principio de conocimiento.

La sociedad es un orden que regula la conducta de los hombres. Esta conducta aparece, ante todo, como un fenómeno natural. Una ciencia que estudiara la sociedad aplicando el principio de causalidad sería una ciencia de la naturaleza, con el mismo título que la física o la biología. Pero si nos acercamos más, percibiremos que en nuestros juicios sobre la conducta de los hombres, aplicamos otro principio, desde todo punto de vista diferente del principio de causalidad, al cual la ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, cuál es la aplicación de dicho principio a las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Recién entonces estaremos en condiciones de oponer las ciencias sociales a las ciencias de la naturaleza y ver en la sociedad un orden o un sistema diferente del de la naturaleza.

b) *La imputación en el pensamiento jurídico.*

Para describir su objeto, ya se trate del derecho en general o de un orden jurídico particular, como el derecho internacional o el derecho nacional de un Estado, la ciencia jurídica formula lo que llamamos reglas de derecho. En esta labor no recurre al principio de causalidad que interviene en las leyes naturales, sino a otro principio. Una regla de derecho afirma por ejemplo: "si un individuo ha cometido un crimen, debe ser castigado"; "si no abona su deuda, debe sufrir una ejecución forzosa dirigida contra sus bienes", o de una manera más general: "si se ha cometido un acto ilícito, debe ser aplicada una sanción".

Al igual que en la ley natural, la regla de derecho establece una relación entre dos hechos, pero mientras en la ley natural hay una relación de causa a efecto, la causalidad no interviene en la regla de derecho. El crimen no es la causa de la sanción, la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos, resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada. Esta norma es el sentido que se da a uno o muchos actos que los hombres han cumplido en el espacio y en el tiempo y a los que se denomina costumbre, ley, fallo judicial o acto administrativo.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho), prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito. No sucede lo mismo en la relación causal: el efecto no sigue a la causa porque así esté prescripto o autorizado por una norma; el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombres.

Cuando decimos que una norma es "creada" por un acto, nos servimos de una metáfora destinada a expresar la idea de que este acto tiene un sentido normativo. Una norma creada por un acto cumplido en el espacio y en el tiempo la denominamos positiva, y se distingue de todas las otras normas que no han sido creadas de esta manera, que no han sido "puestas", sino solamente "supuestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son dos órdenes positivos en la medida en que sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etc.

Una ciencia del derecho o una ética científica sólo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Toda norma es la expresión de un valor, de un valor moral si se trata de una norma moral, de un valor jurídico si se trata de una norma jurídica. Si constatamos que la conducta de un individuo corresponde o no a una norma positiva, emitimos un juicio de valor, pero tal juicio no difiere esencialmente de una constatación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona a una norma positiva y mediante ella al hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", pero solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que constate que un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una constatación de hecho.

Para definir la relación que la norma jurídica establece entre el acto ilícito y la sanción, la ciencia jurídica formula una regla de derecho que establece que la sanción debe¹ seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y proponemos en castellano el de imputación, la sanción es imputada al acto ilícito. También decimos que un individuo es *zurechnungsfähig* (responsable), cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o *unzurechnungsfähig* (irresponsable), cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por la razón que es un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de un conducta. El mismo acto cometido por

¹ El idioma alemán emplea aquí el verbo *sollen*.

un individuo irresponsable no es relacionado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la relación específica existente entre el acto ilícito y la sanción, es así sobrentendida en la proposición de que un individuo es o no es jurídicamente responsable de su conducta. La calificación jurídica del autor de un acto ilícito constituye uno de los elementos de la definición de este acto, tanto en lo que se refiere al acto ilícito así definido como a que la sanción es imputada.

La imputación relaciona, pues, dos actos de conducta humana, el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. Tampoco la ciencia del derecho pretende dar una explicación causal de los comportamientos humanos a los cuales las normas jurídicas se aplican.

c) La imputación en el pensamiento primitivo.

El estudio de las sociedades primitivas permite concluir que interpretan la naturaleza con la ayuda del principio de imputación. Probablemente extraña a la mentalidad del primitivo, la idea de la causalidad, fundamento de las ciencias de la naturaleza, aparecería en un estado más avanzado de la civilización y no sería, por lo tanto, una idea innata, como se la ha podido suponer. Desde que el primitivo interpreta los fenómenos que percibe por medio de sus sentidos, no recurre, según parece, al principio de causalidad, sino a las reglas aplicables a sus relaciones con los otros miembros del grupo social del cual forma parte.

Recordemos ante todo un hecho fundamental: cuando los hombres viven en sociedad, la noción del bien y del mal se forma en su espíritu, y arriban al pensamiento de que en tales circunstancias los miembros del grupo deben conducirse de una manera determinada, es decir conforme a ciertas normas. Las primeras normas sociales han tenido verosimilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y la muerte en el interior del grupo son, sin duda, los crímenes más antiguos y la vendetta la primera sanción establecida por el orden social. Esta sanción está fundada sobre el principio social más primitivo, el de la retribución, que se manifiesta tanto en lo que respecta a la pena como a la recompensa. Podemos formularlo así: "si un individuo actúa bien, debe ser recompensado y si actúa mal, debe ser penado". Entre la condición y la consecuencia, entre la acción buena o mala y la recompensa y la pena no hay una relación de causa a efecto, sino una imputación, la recompensa o la pena son imputadas a la acción a la cual debe "retribuir".

Cuando el hombre primitivo siente la necesidad de explicar los fenómenos naturales los considera como recompensas o penas, según se produzcan a su favor o en su contra. Un acontecimiento ventajoso es la recompensa de una conducta buena, en tanto que un acontecimiento desfavorable es la pena de una mala acción. Esta interpretación de la naturaleza no es pues causal, sino normativa, dado que se funda sobre la norma social de la retribución.

d) *El animismo, interpretación social de la naturaleza.*

El animismo es la convicción del hombre primitivo según el cual las cosas tienen un alma, que están animadas por espíritus poderosos pero invisibles que se esconden en su interior o a su alrededor. En definitiva, las cosas son personas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, sea según el principio de retribución, sea bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los espíritus indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos es donde emana la pena o la recompensa. La relación entre la buena conducta y la recompensa entre la mala acción y la pena, es así establecida por seres sobrehumanos y poderosos que dirigen la naturaleza.

El animismo es, por lo tanto, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Tampoco la naturaleza tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna, pues no es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; es un elemento de la sociedad, un orden normativo fundado sobre el principio de imputación. El hombre primitivo ignora el dualismo de la naturaleza y de la sociedad, del orden causal y del orden normativo. Ha sido necesaria una larga evolución para que el hombre civilizado llegara a concebir estos dos métodos diferentes de relacionar los hechos entre sí y para que hiciera una distinción entre el hombre y los otros seres, entre las personas y las cosas. La interpretación normativa se reserva hoy por hoy para las relaciones sociales de los hombres entre sí, en tanto que las relaciones entre las cosas son el objeto de una explicación causal. La ciencia moderna de la naturaleza es de esta manera el resultado de una emancipación del espíritu humano que se ha desprendido del animismo y de su interpretación social de la naturaleza. Durante el período del animismo el hombre no conocía otro orden que el normativo de la sociedad. Para arribar a la noción de la naturaleza concebida como un orden causal, ha sido necesario que se liberara del animismo descubriendo el principio de causalidad.

En otra obra¹ hemos tratado de demostrar que el principio de causalidad ha emanado de la norma de la retribución que establece una relación entre la buena conducta y la recompensa, entre la mala acción y la pena. Ahora bien, esta relación está fundada sobre el principio de imputación de tal manera que la noción de causalidad sería en último análisis el resultado de una transformación de la noción de imputación. La aparición de esta transformación debe ser buscada en las teorías de los primeros filósofos de la Grecia antigua. En este sentido, resulta significativo que la causa haya sido designada en griego por la palabra *alía*, que primitivamente significaba culpabilidad. Se consideraba, pues, que la causa es responsable del efecto y que éste es imputado a la causa como la pena es imputada al crimen.

Una de las primeras formulaciones del principio de causalidad se encuentra en el célebre pasaje de Heráclito: "El sol no traspasará los límites que le están prescriptos, caso contrario las Erinnias, sirvientas de la justicia, lo perseguirán". La ley natural con esta formulación está muy próxima a una norma jurídica que diría: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sancionado". Pero el momento decisivo en el pasaje de una interpretación normativa a una explicación causal de la naturaleza, se produce cuando el hombre se ha dado cuenta que las relaciones de las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que se distinguen de las relaciones entre los hombres por ser éstas reguladas por las normas.

Ha sido necesaria una larga evolución para que el principio de causalidad se liberara completamente del principio de imputación y de todo rastro de razonamiento animista. Así la idea estaba todavía muy extendida a principios de este siglo en que hay una necesidad absoluta en la relación de causa a efecto. Se trata ciertamente de un residuo de la concepción animista según la cual el efecto está ligado a la causa por una voluntad absoluta, una autoridad todopoderosa.

e) Ciencias causales y ciencias normativas.

El principio de causalidad ha sido también aplicado a los actos de conducta humana considerados como hechos pertenecientes al orden causal de la naturaleza; de aquí la constitución de ciencias causales como la psicología, la etnología, la historia o la sociología, que buscan explicar los actos de conducta huma-

¹ *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1946; traducida al inglés bajo el título *Society and Nature* (Chicago, 1943) y al castellano bajo el título *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945). Ver también nuestro artículo *Causality and Imputation*, en la revista *Stoica*, vol. 61, 1950, págs. 1-21.

na estableciendo entre ellos relaciones de causa a efecto. No examinaremos aquí en qué medida pueden alcanzar su fin. Si bien por su objeto pertenecen al grupo de ciencias sociales, son ciencias causales, de la misma especie que la física, la biología o la fisiología, de las cuales sólo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar.

Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian los actos de conducta humana no como se desarrollan efectivamente en el orden causal de la naturaleza, sino en relación con las normas que prescriben cómo deben desarrollarse. Son pues, ciencias normativas, entre las cuales encontramos la ética y la ciencia del derecho.

Que una ciencia sea denominada normativa no significa que tiene por objeto prescribir una conducta determinada ni dictar normas aplicables a la conducta de los individuos. Su papel es solamente describir las normas y las relaciones sociales que ellas establecen. El sabio que las estudia no es una autoridad social; solamente busca comprender los hechos y no dirigir la sociedad.

Para una ciencia normativa una sociedad es un orden normativo (moral, religioso o jurídico) constituido por un conjunto de normas. Un individuo está sometido a un orden normativo en la medida en que su conducta está regulada por las normas de tal orden. Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescripta en la misma norma se realizará igualmente. Sería difícil entonces admitir que una proposición de este género pueda tener el carácter de una verdadera ley natural, comparable a la de la dilatación de los metales bajo el efecto del calor. Nosotros no tenemos, por otra parte, por qué pronunciarnos aquí sobre este punto, dado que las ciencias sociales normativas no se interesan por las relaciones causales que pueden existir entre los fenómenos sociales.

f) *Leyes causales y leyes normativas.*

Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia. Pero la naturaleza de esta relación no es la misma en los dos casos. Indiquemos ante todo la fórmula del principio de causalidad: "si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá", o para tomar un ejemplo concreto: "si un metal es calentado se dilatará". El principio de imputación se formula de forma diferente: "si la condición A se realiza, la consecuencia B debe producirse".

He aquí algunos ejemplos extraídos del dominio de las leyes morales, religiosas o jurídicas: "si alguien os presta un servicio debéis reconocerlo"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "si alguien comete un pecado debe hacer penitencia"; "el ladrón debe ser encarcelado".

En el principio de causalidad la condición es una causa y la consecuencia su efecto. Va de suyo que aquí no interviene ningún acto humano ni sobrehumano. En el principio de imputación, por el contrario, la relación entre la condición y la consecuencia es establecida por actos humanos o sobrehumanos. Por otra parte, cada causa concreta es simultáneamente efecto de otra causa y cada efecto la causa de otro efecto. Hay, pues, por definición, cadenas infinitas de causas y efectos y cada acontecimiento es el punto de intersección de un número infinito de cadenas causales.

Otro proceso totalmente distinto sucede en el caso de la imputación. La condición a la cual se imputa una consecuencia moral, religiosa o jurídica, no es necesariamente una consecuencia imputable a otra condición. En las cadenas de la causalidad tienen un número infinito de eslabones, las de la imputación no tienen más que dos. El acto bueno al cual se imputa la gratitud, el pecado al cual se imputa la penitencia, el robo al cual se imputa la cárcel, todas estas condiciones a las cuales es imputada una consecuencia moral, religiosa o jurídica, son el punto final de la imputación.

Por el contrario, la causalidad no conoce punto final. La idea de una causa primera, análoga o punto final de la imputación, es incompatible con la noción de causalidad, al menos tal como la física clásica la concibe. Se trata de un residuo de la época en que el principio de causalidad todavía no se había liberado completamente del principio de imputación.

g) Causalidad e imputación.

La diferencia fundamental entre la causalidad y la imputación consiste, pues, en que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene. O dicho en otros términos, la naturaleza pertenece al dominio de la necesidad, en tanto que la sociedad al de la libertad. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, mientras su conducta esté determinada por las leyes causales. En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral, religiosa o jurídica, ya se trate de una buena acción, de un pecado o de un crimen, se imputa a este acto la consecuencia (recompensa, penitencia o pena) determinada por la ley examinada, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa que no sea otro acto.

No hay duda que en el lenguaje corriente decimos que una buena acción, un pecado o un crimen es imputado a su autor, pero esto significa simplemente que el autor de la buena acción debe ser recompensado, que el pecador debe hacer penitencia y que el criminal debe ser castigado. La buena acción, el pecado o el crimen no pueden ser separados de su autor para su imputación.

Determinar quién ha ejecutado tal buena acción, quién ha cometido tal pecado o tal crimen, no es un problema de imputación; es una cuestión de hecho.

El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen, en otros términos quién debe ser recompensado, hacer penitencia o ser penado. La recompensa, la penitencia o la pena son la consecuencia de una condición específica a la cual ella es imputada. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. Pero lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en un comportamiento humano, en la norma moral, religiosa o jurídica que establece la condición de una consecuencia específica.

h) Imputación y libertad.

Lo expuesto nos lleva a considerar el problema de la libertad atribuida al hombre en su calidad de miembro de una sociedad, de persona sometida a un orden moral, religioso o jurídico. Por libertad se entiende generalmente el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, tal como ha sido concebido —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre es libre o que su voluntad es libre puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en consecuencia, por deducción, que puede llegar a ser responsable de sus actos, ser recompensado, que se le puede imponer una penitencia o una sanción. La libertad sería así la condición misma de la imputación moral, religiosa o jurídica.

Sin embargo, lo contrario es lo verdadero. El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, deviene el punto final de una imputación, es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).

A menudo se ha querido salvar el libre albedrío tratando de probar que la voluntad humana no está sometida al principio de causalidad, pero tales esfuerzos han sido siempre vanos. Se

ha pretendido, por ejemplo, que cada hombre hace en sí mismo la experiencia del libre albedrío. Pero esta experiencia no es más que una ilusión. No es menos erróneo afirmar la imposibilidad lógica de someter la voluntad al principio de causalidad por la razón de que ella formaría parte del yo y del tú, sujeto del conocimiento, y escaparía de todo conocimiento, incluyendo el conocimiento causal. En los hechos, la voluntad es un fenómeno psicológico que cada uno puede observar en su propia experiencia y en la de los otros recurriendo al principio de causalidad. Ahora bien, la afirmación de que existe el libre albedrío solamente podría tener un sentido si se lo relacionara a la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es de toda evidencia que el yo sujeto del conocimiento escapa como tal al conocimiento causal, dado que no puede ser simultáneamente sujeto y objeto del conocimiento.

Los físicos modernos pretenden que ciertos fenómenos, tales como la reflexión de un electrón particular producida por el impacto contra un cristal, no están sometidos al principio de causalidad. Admitamos que su interpretación sea exacta. De aquí no cabe deducir que la voluntad del hombre puede ser también exceptuada del principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada de común. La afirmación de que el libre albedrío existe no vale para el dominio de la realidad natural sino para el de la validez de un orden normativo (moral, religioso o jurídico). Además dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Por el contrario, expresa la idea positiva que el hombre es el punto final de una imputación.

Si la conducta de los hombres debiera ser sustraída a las leyes causales para poder ser sometida al principio de imputación, la causalidad en el sentido de necesidad absoluta, sería naturalmente incompatible con la libertad y una fosa infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y del indeterminismo. No hay contradicción entre el determinismo y el libre albedrío, si la libertad de la voluntad humana es entendida en el sentido que le hemos dado. Nada impide, en efecto, aplicar a la conducta de los hombres dos esquemas de interpretación diferentes.

Para las leyes causales las conductas humanas forman parte del dominio de la naturaleza; se encuentran enteramente determinadas por causas de las cuales son sus efectos. No pudiendo escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no gozaría de ninguna libertad. Pero las mismas conductas pueden también ser interpretadas a la luz de normas sociales, ya se trate de leyes morales, religiosas o jurídicas, sin que haya que renunciar, por

lo tanto, al determinismo. Seriamente no correspondería exigir que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fuera recompensado, por la razón que el crimen de uno o el acto heroico del otro sólo fueran el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen de una recompensa a un acto heroico no excluye la idea de una determinación causal de las conductas humanas, puesto que el régimen mismo de las penas y las recompensas ha sido instituido con la idea que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de encauzar a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Si entonces el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, esta libertad, que le es atribuida en el orden social, no es incompatible con la causalidad a la cual está sometido en el orden de la naturaleza. Además, el principio de imputación utilizado por las normas morales, religiosas y jurídicas para regular la conducta de los hombres, presupone asimismo el determinismo de las leyes causales.

Esta es la solución puramente racional y no metafísica que damos al problema de la libertad y con la cual mostramos que no hay un verdadero conflicto entre la necesidad y la libertad. Allí donde se oponen dos filosofías pretendidamente inconciliables (la filosofía racionalista y empírica del determinismo y la filosofía metafísica de la libertad), vemos dos métodos paralelos de conocimiento, fundados sobre la causalidad y la imputación, respectivamente, pero ambos racionalistas y empíricos.

i) *Aplicación de las normas sociales a hechos que no son conducta humana.*

En su sentido originario el principio de imputación establece una relación entre dos actos que emanan sea de dos individuos diferentes (el que ha realizado una buena acción y el que lo recompensa; el que ha cometido un crimen y el que lo castiga), sea de uno solo (el que debe hacer penitencia, que es el mismo que ha cometido un pecado). En ambos casos el acto prescripto está condicionado por otro acto. Sin embargo también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescripto está condicionado parcial o totalmente por hechos que no son conducta humana. Así, se prevé penas diferentes para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta del culpable puede ser la misma en los dos casos. La diferencia en la pena resulta entonces de un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto, hecho éste que es un fenómeno fisiológico y no un elemento de la conducta del culpable. Lo mismo sucede cuando hay obligación de reparar un

daño material, este daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescripto por la norma está condicionado a la vez por una conducta humana y por un hecho exterior a esta conducta. Algunas normas van más allá y hacen abstracción de toda conducta humana. Una religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolación de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia carece de todo carácter de conducta humana.

Remarquemos por último que la sanción prescripta por una norma jurídica está condicionada por un acto ilícito, pero que ella puede alcanzar a un individuo distinto al autor del acto. Ningún elemento de la conducta de aquel individuo contra la cual sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión solamente es responsable de la conducta de otro y como tal es el objeto de la sanción, sin haber sido el autor del acto ilícito al cual dicha sanción es imputada.

j) Normas categóricas.

Como acabamos de ver, la imputación no relaciona solamente un acto prescripto o autorizado a una conducta como condición. Puede también relacionarlo a un hecho de otra naturaleza. Se trata por lo tanto de una extensión del sentido originario de imputación; la conducta prescripta puede ser imputada no importa a qué condición que se realiza en el dominio de la naturaleza.

¿Es posible ir aun más lejos y admitir la existencia de normas sociales que prescriban una conducta determinada sin condición, o lo que es lo mismo, en toda circunstancia, como ser el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentirás", "no matarás", "no cometerás adulterio"? Si estas normas tuvieran verdaderamente el carácter de normas categóricas, sería imposible descubrir en ellas una relación entre una condición y una consecuencia y el principio de imputación no se aplicaría.

Pero es evidente que una acción determinada no puede ser prescripta sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en las condiciones establecidas. Lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde y no importa cómo. Las normas que prohíben la mentira, la muerte o el adulterio no pueden ser violadas u observadas sino en ciertas condiciones determinadas. Si se admitiera que establecen obligaciones categóricas, podría observárselas durmiendo y el sueño sería el estado ideal desde el punto de vista moral. La omisión de un acto está condicionado por el conjunto de cir-

cunstancias en las cuales este acto puede ser cumplido. Además toda prohibición está acompañada de algunas reservas. Aun las normas más fundamentales, tales como la prohibición de mentir, matar o robar, traen aparejadas reservas importantes, ya que hay circunstancias en las cuales está permitido mentir, matar o robar.

Podemos afirmar, pues, que toda norma social, ya sea que prescriba una acción o una omisión, es aplicable solamente en las condiciones determinadas. La misma establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia *debe seguir* a la condición. Tal es el anunciado del principio de imputación que en la esfera de lo social es el equivalente del principio de causalidad aplicable a la esfera de la naturaleza.

3. — OBJETO DE LA CIENCIA DEL DERECHO.

Después de haber establecido que la ciencia del derecho es una ciencia normativa y no una ciencia de la naturaleza, corresponde ahora hacer el ensayo de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, dado que el mismo puede ser considerado sea en el estado de reposo, como un sistema establecido, sea en movimiento en la serie de actos por los cuales es creado después de ser aplicado.

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Se trata de la particular significación de los actos por medio de los cuales las normas jurídicas son creadas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de la validez de las normas jurídicas.

a) *Validez de una norma.*

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial, diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber por un hecho natural que transcurre en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento la conducta que prescribe debe realizarse, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en este tiempo y en este lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos, cualquiera que sea el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y del tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez material y personal, son ilimitadas cuando la norma puede aplicarse a todo hecho que sea o a la humanidad entera. Tal es el caso cuando la constitución de un Estado federal reparte la materia de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere en principio a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente. La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.

b) El acto y su significación.

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar entonces ni con este acto ni con los hechos. Es preciso distinguir netamente, en tanto que sea posible, la norma, del acto que la ha creado. Esta labor no presenta, por otra parte, dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acontece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera

inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúne en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa produciendo la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena a muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído, de la misma manera en que son percibidas las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito, puede enunciar por sí mismo, indicar su propia significación. Esta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar por sí misma una interpretación científica. Un acto social por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye un cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquéllos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así, a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que establecerá un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen que coincidir necesariamente. Lo que dio celebridad al llamado capitán de Köpenick¹ fue un acto cuyo sentido subjetivo pretendía ser una orden administrativa, pero objetivamente fue un delito. Si una sociedad secreta condena a muerte a un individuo que lo considera traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia, esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos exteriormente en nada se distinguan de la ejecución de una sentencia de muerte.

¹ Localidad de los alrededores de Berlín, donde en 1906 un zapatero vestido con un uniforme de capitán de ejército, se hizo entregar por el alcalde el contenido de la caja municipal, pretendiendo que se trataba de una orden de las autoridades militares.

Considerado desde su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir de una operación intelectual. En el caso de tratarse de esta interpretación objetiva debe hacerse abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos dicha norma en la palabra de Cristo exhortándonos a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida de acuerdo al Evangelio, en el Sermón de la montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinado. Pero para que este acto constituya una norma moral, es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta"; sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiera directa o indirectamente a este agitador la autoridad de dictar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena a muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Solamente una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo

un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución por su parte puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera constitución a la cual no será posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse, ¿por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera constitución? ¿Por qué tienen la significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Aquí se trata del hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera constitución constituye un conjunto de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta constitución. No es por lo tanto una norma de derecho positivo, nunca fue "puesta", sino solamente su-puesta. Nos ocuparemos más adelante sobre su significación y acerca del papel que desempeña en el orden jurídico, pero desde ya podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos la calidad de hechos creadores de normas válidas, es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden jurídico al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera constitución de un Estado, la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de las normas positivas.

La existencia de las normas, o lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas después de ser aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de cier-

tos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones, la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica fundada sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a constatar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. A menudo la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá desde luego un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario, luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de prisión de seis meses a dos años. ¿Esta pena es entonces prescripta o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "el que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de prisión de seis meses a dos años por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada.

c) *El derecho es un sistema de normas.*

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres adecúan o no su conducta. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquéllos con los cuales se relacionan, sólo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la constitución; realiza un acto legislativo conforme a la constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la constitución y por la ley dictada por el parlamento. De la misma manera cuando el juez, fundándose sobre el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son de acuerdo a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho no actúa por sí mismo. Solamente es el hombre el que actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea el modo en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene esta particularidad, de que regula su propia creación y aplicación. La constitución regula la legislación en la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También tienen el carácter de actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto, un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídica y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida en el sentido de que está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho es, pues, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de acto permitido por la norma.

La afirmación de que la conducta de los hombres está enteramente determinada por el derecho no significa que esta con-

ducta sea necesariamente motivada por las nociones de que los hombres se han formado por normas jurídicas. Solamente quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos regidos por este orden, que las normas las determinan de manera normativa y no causal. En otros términos, no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde un punto de vista jurídico o al cual el derecho positivo, nacional o internacional, no le sea aplicable. De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas.

La ciencia jurídica puede, pues, brindar del derecho una doble definición, según se coloque desde el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas que determinan los actos de conductas humanas y en el segundo como un conjunto de actos de conductas humanas determinados por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que tienen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, o lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

d) Norma jurídica y regla de derecho.

Contra la tesis de que las normas jurídicas constituyen el objeto de la ciencia del derecho se ha sostenido que estas normas son solamente el instrumento utilizado por el jurista para describir al derecho. De la misma manera que las ciencias de la naturaleza recurren a las leyes causales para explicar los fenómenos naturales, la ciencia del derecho explicaría la conducta de los hombres con la ayuda de las normas jurídicas. Esta objeción proviene de una confusión entre la norma jurídica y la regla de derecho.

Entendemos por reglas de derecho (*Rechtssätze*) a las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por los actos jurídicos. Si consideramos que las reglas de derecho son también normas, estamos empleando la palabra norma en un sentido descriptivo y no originario. Las reglas de derecho no son creadas por los actos jurídicos, es decir por los individuos que tienen la calidad de órganos o de miembros de una comunidad jurídica; sino son formuladas por los juristas desearos de comprender y describir el derecho, pero que no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que ellos estudian.

La función de los órganos y de los miembros de una comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas que regulan la conducta de los individuos que forman parte de esta comunidad y no en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento jurídico. No hay duda que para crear una norma jurídica es necesario disponer de un cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez constatar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero desde el punto de vista del derecho, estos conocimientos previos no juegan un papel esencial. Sólo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre la base de los conocimientos que han adquirido. Un miembro de un parlamento puede tener sólo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

La tarea del jurista, por el contrario, consiste en conocer el derecho, describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. En tanto que la norma jurídica impone obligaciones y confiere derechos subjetivos, la regla de derecho tiene un efecto diferente, ya que solamente puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar como justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si un jurista queriendo describir esta norma formulara una regla de derecho que dijera: "el que comete un robo debe ser condenado a una pena de prisión", esta regla de derecho sería falsa.

La regla de derecho es en la ciencia jurídica el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad.

De aquí resulta que la regla de derecho no es imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras¹. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es el de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que por un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurí-

¹ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsakt*, Tübingen, 1911; 2ª edición, 1923.

dica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía infligir una multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera que sea la forma gramatical bajo la cual se presenta. También lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige.

La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las normas de derecho son los juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por las normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede decirse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro del orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas sino que no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corresponde entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide decir que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia jurídica, o lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría del derecho para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, donde aquí se trata de una creación epistemológica y no de una creación por el trabajo del hombre, en el sentido en que se dice que el legislador crea una ley. De la misma manera los fenómenos naturales que forman el objeto de las ciencias causales no son creados por ellas sino en un sentido puramente epistemológico.

Podría objetarse que la regla de derecho formulada por la ciencia jurídica es una repetición superflua de la norma jurídica ya que se limita a reproducir el contenido. En los hechos la reproducción es tan poco superflua como la acción de un músico al ejecutar una sonata. Este despliega una actividad totalmente diferente a la del compositor, ya que se dice que él interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la función del jurista respecto de la obra del legislador.

e) *La regla de derecho es una ley social.*

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son al igual que las leyes naturales juicios hipotéticos y por lo tanto no categóricos. Ello significa que las reglas de derecho establecen una relación entre una condición y una consecuencia según el esquema "si A, entonces B". La naturaleza de esta relación no es sin embargo la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: "Si A es, entonces B es". Dicho en otros términos: Si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B le sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si A es, entonces B debe ser", es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir (aunque efectivamente no lo sigiera). Ejemplo: "si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, en tanto que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero en ambos casos se trata de un juicio hipotético y éste permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales con las cuales las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. La sola circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres, permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

f) *Derecho positivo y derecho natural.*

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas de derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo", únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla de la siguiente manera: "si el órgano legislativo del Estado argentino ha dictado una norma general prescribiendo a todo tribunal argentino penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto a dicha norma general constata que un individuo ha

cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado argentino”.

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de las proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la relación entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tiene la significación de una norma, como es el caso para las reglas de derecho. Entre un robo y el castigo del ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescribe castigar a los ladrones y pertenece al derecho positivo, es decir establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte esta norma no es afectada por la constatación que algunos robos sean cometidos sin que el ladrón sea castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legislatriz, cual sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada por las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Pretendiendo encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Esta tendría su origen en la orden de Dios (“que sea la luz y la luz fué”) y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada del desconocimiento de la distinción entre lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto implica la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que constituyen dicho orden. Sin duda, no es necesario que estos individuos se conduzcan en toda circunstancia y sin excepción de la

manera prescrita por las normas jurídicas, ya que siempre hay un cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Pero un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Como lo veremos más adelante, un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental que es una hipótesis científica que atribuye a la primera constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Según lo dicho la norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho partiendo del principio de que la constitución con la cual se relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera constitución de un Estado, la ciencia del derecho sólo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. También un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que constituyen dicho orden; son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.