

## *I. Derecho y naturaleza*

1. La "pureza" 15
2. Lo que acontece y su significado jurídico 15
3. El sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. La autoatribución de significado 16
4. La norma 17
  - a) La norma como esquema de explicitación conceptual 17
  - b) Norma y producción de normas 18
  - c) Validez y dominio de validez de la norma 23
  - d) Regulación positiva y negativa: obligar, facultar, permitir 28
  - e) Norma y valor 30

## I. DERECHO Y NATURALEZA

### 1. La "pureza"

La *Teoría pura del derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una doctrina general sobre el derecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales. Ofrece, sin embargo, también una teoría de la interpretación.

En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica.

Al caracterizarse como una doctrina "pura" con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Éste es su principio fundamental en cuanto al método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos xix y xx, muestra claramente qué lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza. En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el derecho. Cuando la *Teoría pura del derecho* emprende la tarea de delimitar el conocimiento del derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.

### 2. Lo que acontece y su significado jurídico

Si se parte de la distinción entre ciencias naturales y ciencias sociales, y, por ende, de una distinción entre naturaleza y sociedad, como distinción entre los diferentes objetos de esas ciencias, se plantea entonces, por de pronto, el interrogante de si la ciencia jurídica es una ciencia natural o una ciencia social; de si el derecho es un objeto natural o un objeto social. Pero esta contraposición

de naturaleza y sociedad no es posible sin más ni más, puesto que la sociedad entendida como la convivencia fáctica de los seres humanos, puede ser pensada como una parte de la vida en general, y, por ello, como una parte integrante de la naturaleza; y en tanto el derecho —o aquello que, por de pronto, se suele considerar tal—, por lo menos en cuanto se encuentra con una parte de su ser en el dominio de la naturaleza, pareciera tener una existencia plenamente natural. Si se analiza, en efecto, uno cualquiera de los acontecimientos fácticos considerados jurídicos, o que se encuentran en alguna relación con el derecho —como pudiera ser una votación parlamentaria, un acto de la administración, la sentencia de un juez, un negocio jurídico, un delito—, cabe distinguir dos elementos: uno es un acto sensiblemente perceptible que de por sí acaece en el tiempo y en el espacio, o bien, una serie de semejantes actos: el externo acontecer de acciones humanas; el otro elemento está constituido por la significación jurídica, es decir: la significación que el acontecimiento adquiere por el lado del derecho. Se reúnen hombres en un recinto, pronuncian discursos, algunos levantan las manos, otros no: esto es lo que acontece externamente. Su significación: se ha resuelto dictar una ley, se ha producido derecho. Aquí se encuentra la distinción, enteramente corriente para los juristas, entre los procedimientos legislativos y su producto, la ley. Otro ejemplo: un hombre, revestido con la toga, pronuncia desde un sitial elevado determinadas palabras a un hombre que se encuentra delante suyo. Jurídicamente este acontecimiento externo significa que se ha pronunciado una sentencia judicial. Un comerciante escribe a otro una carta de determinado contenido; el segundo le responde con otra carta. Ello significa: han cerrado, desde el punto de vista del derecho, un contrato. Alguien provoca, con cierta actividad, la muerte de otro. Jurídicamente ello significa un homicidio.

### 3. *El sentido subjetivo y el sentido objetivo de los actos. La autoatribución de significado*

En un acto como un acontecimiento fáctico externo, no cabe, sin más, captar visual o auditivamente su significación jurídica, a la manera, por ejemplo, como se perciben las propiedades naturales de un objeto, como el color, la dureza, el peso. Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan. Alguien dispone por escrito de su patrimonio para el caso de su muerte. El sentido subjetivo de esta acción es un testamento. Objetivamente, desde el punto de vista jurídico, puede quizás —en razón de algún defecto de forma— que no lo sea. Cuando una organización clandestina, con el propósito de liberar a la patria de sus lacras, condena a muerte a alguien

considerado por ella como un traidor, lo que subjetivamente considera, y denomina, como una condena capital que hace cumplir por un hombre de confianza, objetivamente, desde el punto de vista jurídico, no constituye la ejecución de una sentencia de muerte, sino un asesinato político, aunque en cuanto al acontecer externo en nada se distinga del cumplimiento de una condena capital. Un acto —en cuanto se expresa a través de palabras verbalmente formuladas, o escritas— puede él mismo enunciar algo sobre su significado jurídico. En ello se encuentra una peculiaridad del material dado al conocimiento jurídico. Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural. Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que inician un negocio jurídico. El conocimiento conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico.

#### 4. La norma

a) *La norma como esquema de explicitación conceptual.* El acontecimiento externo que, por su significación objetiva constituye un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es, pues, en todos los casos, en cuanto suceso que se desarrolla en el tiempo y en el espacio, sensiblemente perceptible, un trozo de la naturaleza y, en cuanto tal, determinado por leyes causales. Sólo que ese suceso, en cuanto tal, como elemento del sistema de la naturaleza, no es objeto de un conocimiento específicamente jurídico, y, de esa suerte, no constituye en general nada que sea derecho. Lo que hace de ese acontecimiento un acto conforme a derecho (o contrario a derecho) no reside en su facticidad, en su ser natural —es decir: en su ser determinado por leyes causales, encerrado en el sistema de la naturaleza—, sino el sentido objetivo ligado al mismo, la significación con que cuenta. El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido, que le otorga significación en derecho, de suerte que el acto puede ser explicitado según esa norma. La norma funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa. Puesto que también en la concepción de que el acto exhibe un acontecer natural, sólo recibe expresión

una explicitación determinada, diferente de la normativa, a saber: una explicitación causal. La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma. Que un hecho sea la ejecución conforme a derecho de una sentencia de muerte, y no un homicidio, es una cualidad ésta —sensiblemente no perceptible— que aparece sólo a través de un proceso intelectual: a partir de la confrontación con un código penal y el código de procedimientos penales. Que el intercambio de cartas, antes referido, signifique haber celebrado un contrato, proviene exclusiva y únicamente de que esa situación fáctica encaja en ciertas disposiciones del código civil. Que un documento, ya no sólo por su sentido subjetivo, sino conforme a su sentido objetivo, sea un testamento válido, deriva de que satisface las condiciones bajo las cuales pueda valer como testamento, conforme a las disposiciones de ese código. Que una reunión de personas sea un congreso y que el resultado de sus actividades constituya jurídicamente una ley obligatoria; con otras palabras: que estos sucesos posean esa significación, expresa sólo que el acontecimiento todo corresponde a las normas de la constitución. Esto es: que el contenido de un suceso fáctico coincide con el contenido de una norma tenida por válida.

b) *Norma y producción de normas.* El conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorguen a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho). Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre *deba* comportarse de determinada manera. Éste es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros. Están dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros cuando, conforme a su sentido, proponen (ordenan) ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando se le otorga el poder de establecer él mismo normas. Se trata —en este sentido— de actos volitivos. Cuando un hombre, a través de una acción cualquiera, exterioriza la voluntad de que otro hombre actúe en determinada manera: cuando ordena, o permite o autoriza esa conducta, el sentido de su acción no puede ser descrito con el enunciado que afirma que el otro así actuará, sino sólo con el enunciado de que el otro así debe actuar. Aquel que ordena o autoriza, quiere; aquel que recibe la orden, o al que se da el permiso o la autorización, debe. En esto la palabra “deber” es utilizada aquí en un significado más extenso que el usual. Conforme a los usos corrientes lingüísticos, un “debe” sólo tiene correspondencia con el ordenar algo; el “está permitido”, con una permi-

sión; el “puede”, con una autorización. Aquí, empero, designaremos con “deber” el sentido normativo de un acto orientado intencionalmente al comportamiento de otro. En el término “deber” está comprendido el “estar permitido” y el “estar facultado”. Puesto que una norma puede no sólo mandar algo, sino también permitirlo, y especialmente, autorizarlo. Cuando aquel al que se ordena o permite una determinada conducta, aquel al que se faculta con respecto de determinada conducta, quiera preguntar por el fundamento de encontrarse bajo una orden, tener una permisión o estar autorizado (y no, por la causa del acto mediante el cual se le ordena, permite o faculta), sólo puede preguntar: ¿por qué debo? (o también, en los usos lingüísticos corrientes: ¿me está permitido?, ¿puedo comportarme así?). “Norma” es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento. Debe tenerse en cuenta con ello que la norma, como sentido específico de un acto intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, es algo distinto del acto de voluntad cuyo sentido constituye. Dado que la norma es un deber, mientras que el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, es un ser. De ahí que la circunstancia de hecho que se presenta en el caso de un acto semejante, tendrá que ser descrita mediante el enunciado: alguien quiere que otro se deba comportar de determinada manera. La primera parte del enunciado se refiere a un ente existente, el hecho real del acto de voluntad; la segunda parte, a un deber, a la norma como sentido del acto. Por ello no corresponde —como muchas veces se afirma— sostener que el enunciado: “un individuo debe algo”, no significa nada diferente de: “otro individuo quiere algo”; es decir, que la enunciación de un deber pudiera reducirse a la enunciación de que algo es.

La distinción entre ser y deber no puede ser explicada más de cerca. Se encuentra inmediatamente dada a nuestra conciencia.<sup>1</sup>

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede

<sup>1</sup> Con respecto al concepto de “deber” vale lo mismo que George Edward Moore (*Principia Ethica*, Cambridge, 1922, pp. 7 y ss.) dice del concepto “bueno”: “‘bueno’ es una noción simple, así como ‘amarillo’ es una noción simple”. Un concepto simple no es definible y —lo que conduce a lo mismo—, no es analizable. Para evitar malos entendidos debe recalcar que la afirmación de que la distinción entre ser y deber se encuentra dada en forma inmediata a nuestra conciencia, de ninguna manera significa que el contenido del deber, lo debido, aquello que es debido y que, en ese sentido, es “bueno”, pueda ser reconocido en forma inmediata a través de una facultad espiritual especial; no significa que exista una “intuición” específica para lo bueno y lo malo (cfr. Karl Menger. *Moral, Wille und Weltgestaltung, Grundlegung zur Logik der Sitten*. Viena, 1934, p. 28.) El contenido del deber consiste en aquello que un orden positivo, moral o jurídico, prescribe; es determinado a través de actos de voluntad y, cuando es así determinado, es reconocido.

seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea.<sup>2</sup>

Este dualismo entre lo que es y lo debido no significa, con todo, que lo que es y lo debido se encuentren lado a lado sin relación alguna. Se sostiene que "lo que es puede corresponder a lo debido"; vale decir: algo puede ser tal como debe ser; también se dice que lo debido está "orientado" hacia un ser, que algo debe "ser". La expresión: "algo que es corresponde a un deber" no es enteramente correcta; puesto que no es lo que corresponde a lo debido, sino aquel "algo", que por un lado "es", corresponde al "algo" que, por el otro lado, "debe ser", lo cual metafóricamente, se designa como contenido de lo que es, o como contenido del deber. Cabe expresar esto también diciendo: cierta cosa, sobre todo, una determinada conducta, puede tener la propiedad de existir, o la propiedad de deber existir. En ambas enunciaciones: "la puerta será cerrada", y "la puerta deberá cerrarse", el hecho de "cerrar la puerta" una vez es afirmado como existente, como siendo, y la otra vez, como debido. La conducta que es y la conducta debida no son idénticas; la conducta debida es igual a la conducta real, difiriendo sólo en la circunstancia (modalidad) de que una tiene existencia, y la otra debe producirse. De ahí que corresponda distinguir el comportamiento estatuido como debido en una norma, del comportamiento fáctico correspondiente. Pero el comportamiento estatuido como debido en la norma, en cuanto contenido de la norma, puede cotejarse con el comportamiento correspondiente a la norma (lo que quiere decir: al contenido de la norma). La conducta debida en cuanto contenido de la norma no puede, con todo, ser el comportamiento fáctico, correspondiente a la norma.

En todo caso, se caracteriza también esta conducta correspondiente a la norma y, por lo tanto, una conducta real, como una conducta debida; queriéndose decir que ella es tal como debe ser. La expresión "conducta debida" es ambigua. Puede referirse a la conducta que, en la norma, como su contenido, debe ser, y que es debida aun cuando no se haya producido; pero también puede referirse a la conducta fácticamente producida que corresponde al contenido de la norma. Si se afirma que lo debido está "dirigido" hacia una realidad, que la norma está "dirigida" a una conducta real, se sostiene entonces que la conducta fáctica correspondiente al contenido de la norma, el contenido real, es equiparada al contenido del deber, y la conducta efectiva a la conducta debida en razón de la norma, aun cuando, en mérito de la diferencia modal: ser real en un caso, ser debida, en el otro, no sean idénticas.

Las acciones cuyo sentido es una norma pueden cumplirse de diversas maneras. Mímicamente, el agente de tránsito ordena con un determinado movimiento de sus brazos que nos detengamos; con otro movimiento, que debemos seguir

<sup>2</sup> Arthur N. Prior, *Logic and the Basis of Ethics*. Oxford, 1944, p. 18, expresa este pensamiento en la frase: "Es imposible deducir una conclusión ética a partir de premisas completamente no éticas."

adelante. Otros símbolos: una luz roja significa una orden para el conductor de un automóvil de detenerse; una luz verde, que debe seguir circulando. A través de palabras, pronunciadas o escritas: puede darse una orden recurriendo a la forma lingüística de un imperativo, por ejemplo "¡Calla!" Pero también utilizando una forma enunciativa: "Te ordeno que te calles." Mediante esta forma pueden formularse también permisiones o autorizaciones. Se trata de enunciados sobre el acto cuyo sentido es una orden, un permiso, una autorización; sin embargo, el sentido del enunciado no constituye una proposición sobre un hecho real, sino una norma que establece un deber; vale decir: una orden, una permisión, una autorización. Una ley penal puede contener la proposición: "El hurto será castigado con prisión." El sentido de esta oración no consiste, como su tenor literal pareciera mostrarlo, en enunciar algo sobre un acontecer fáctico, sino que es una norma: una orden o una autorización para que el hurto sea castigado con prisión. El proceso legislativo es una serie de acciones que, en su conjunto, tienen el sentido de normas. Cuando se afirma que mediante uno de los actos arriba mencionados, o a través de los actos del procedimiento legislativo,<sup>3</sup> se "produce" o "promulga" una norma, se trata solamente de una expresión figurada para decir que el sentido o el significado del acto, o de los actos que constituyen el procedimiento legislativo, es una norma. Con todo, corresponde diferenciar el sentido subjetivo del objetivo. "Debido" es el sentido subjetivo de todo acto de voluntad de un hombre orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otro. Sólo que no todo acto posee también objetivamente ese sentido. Sólo cuando también cuenta, objetivamente, con el sentido de un deber, se caracteriza a lo debido como "norma". Así, al ser lo "debido" el sentido objetivo del acto, se expresa que la conducta, hacia la cual el acto se orienta intencionalmente, es considerada como debida no sólo desde el punto de vista del individuo que cumple el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante; y ello incluso cuando la voluntad, cuyo sentido subjetivo es el deber, haya cesado fácticamente de existir, en cuanto con la voluntad no desaparece el sentido, lo debido. El deber "vale" aunque haya cesado el querer; mas vale inclusive cuando el individuo, cuyo comportamiento según el sentido subjetivo del acto de voluntad es debido, nada sepa de tal acto y de su sentido; vale cuando ese individuo es considerado como obligado, o facultado a actuar como se debe. Entonces ese deber, como un deber "objetivo", es una "norma válida", que obliga

<sup>3</sup> No puedo mantener la opinión, que anteriormente sostuviera, de que las votaciones constitutivas de una decisión mayoritaria, mediante la cual se sanciona una ley, no configuran necesariamente actos de voluntad, puesto que muchos de los votantes desconocen el contenido de la ley que votan, o sólo lo conocen insuficientemente, y en cuanto al contenido del querer tiene que ser consciente para el agente volitivo. Cuando el miembro del parlamento vota a favor de un proyecto de ley cuyo contenido ignora, el contenido de su voluntad es una suerte de autorización. El votante quiere que se convierta en ley aquello que contenga el proyecto, sea lo que sea, por el cual vota.



a quien está dirigida. Tal es, pues, el caso, cuando el acto de voluntad, cuyo sentido subjetivo es un deber, ha recibido ese sentido objetivo a través de una norma; cuando ese acto ha sido autorizado por una norma que, por ello, vale como una norma "superior". La orden de un *gangster*, de entregarle cierta suma de dinero, tiene el mismo sentido subjetivo que la orden de un funcionario del fisco; a saber: el sentido de que el individuo, al cual la orden se dirige, entregue una determinada cantidad de dinero. Pero sólo la orden del funcionario fiscal, y no la orden del *gangster*, tiene el sentido de ser una norma válida que obligue al receptor; sólo una, y no la otra, es un acto productor de una norma. Ello, en cuanto la acción del funcionario fiscal se encuentra autorizada por una ley impositiva, mientras que el acto del *gangster* no reposa en ninguna norma que así lo faculte.<sup>4</sup> Que el acto legislativo, que subjetivamente tiene el sentido de lo debido, posea también objetivamente ese sentido, es decir: el sentido de una norma válida, proviene de que la constitución otorga al acto de legislar ese sentido objetivo. El acto constituyente no cuenta sólo con un sentido subjetivo, sino también con un sentido normativo objetivo, cuando se presupone que corresponde actuar como lo prescribe el constituyente. Cuando una persona que se encuentra en peligro le pide a otra que la auxilie, el sentido subjetivo de su exigencia es que la otra le debe prestar auxilio. Mas sólo tenemos una norma objetivamente válida, que obligue a la otra, si vale la norma general de amar al prójimo, quizás establecida por un fundador de una religión; y esa norma sólo vale como objetivamente obligatoria si se admite que uno debe comportarse como el fundador de la religión lo ha ordenado. Una presuposición semejante, fundante de la validez objetiva, será designada aquí como norma fundante.<sup>5</sup>

No se trata, por lo tanto, del hecho real de un acto volitivo dirigido a un comportamiento determinado de otro, sino nuevamente de una norma de deber, a partir de la cual se sigue —en un sentido objetivo— la validez de la norma

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, p. 40. Ernst Mally. *Grundgesetze des Sollens, Elemente der Logik des Willens*. Graz, 1926; caracteriza el deber como el sentido del querer (p. 10). Lo que aquí es expuesto como distinción entre el deber como sentido subjetivo de un acto de voluntad, y el deber como su sentido objetivo, lo expone Mally como la distinción entre el "deber" y el deber "fáctico". El deber "fáctico" aparece, según Mally, cuando se introduce el concepto de "justificación". Que algo sea debido, no implica afirmar que "algo sea fácticamente debido". De ello depende toda justificación. Una exigencia —inclusive en el sentido subjetivo de la palabra— justificada, es evidentemente de por sí exigible, corresponde a un deber; puede estar sólo justificada de hecho, cuando ese deber existe fácticamente... Existe (por lo menos) una circunstancia de hecho que fácticamente es debida, p. 18. Lo que yo designo como "deber" en sentido objetivo, lo designa Mally como deber "fáctico", pero esta expresión constituye una autocontradicción, si por "hecho" se entiende una realidad. Si por validez "objetiva" de una norma no se entiende nada distinto de lo designado en el texto que antecede, la observación de Alf Ross en "Imperatives and Logic". *Philosophy of Science*, vol. II, 1944, p. 36, de que "la creencia de la validez objetiva pertenece al depósito de trastos de la metafísica religiosa moral", no es pertinente.

<sup>5</sup> Cfr. *infra*, p. 196 y ss.

según la cual el otro debe comportarse conforme al sentido subjetivo del acto de voluntad.

Los actos constituyentes del hecho de la costumbre pueden también establecer normas mediante las cuales un comportamiento queda determinado como debido. Cuando los hombres, que conviven socialmente, actúan durante cierto tiempo bajo ciertas condiciones idénticas, de manera de algún modo igual, surge en cada individuo la voluntad de actuar en la manera como los miembros de la sociedad consuetudinariamente actúan. El sentido subjetivo de los actos constituyentes del hecho de la costumbre, no es, por de pronto, un deber. Sólo cuando tales actos se han sucedido durante cierto tiempo, aparece en cada individuo la representación de que debe actuarse como los miembros de la sociedad suelen hacerlo, y el querer que también los restantes miembros de la sociedad se deban comportar así. Si un miembro de la sociedad no actúa en la forma en que los otros miembros suelen hacerlo, su conducta es objeto de reproches por aquéllos, puesto que no se conduce como ellos lo quieren. Así el hecho de la costumbre se convierte en una voluntad colectiva, cuyo sentido subjetivo es un deber. Como norma objetivamente válida sólo puede ser entendido el sentido subjetivo de los actos constituyentes de la costumbre, cuando la costumbre es introducida por una norma superior como una circunstancia productora de normas. Dado que el hecho de la costumbre está constituido por actos de conducta humana, las normas producidas por la costumbre son establecidas por actos de conducta humana, y, de ese modo, de igual manera que las normas cuyo sentido subjetivo es ser actos legislativos, son también normas *impuestas*, es decir: normas *positivas*. La costumbre puede producir tanto normas morales, como normas jurídicas. Las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando la constitución de la comunidad establece a la costumbre —y, ello, una costumbre especialmente caracterizada— como un hecho productor de derecho.

Finalmente corresponde advertir que una norma puede ser, no sólo el sentido de un acto volitivo, sino también —como contenido significativo— contenido de un acto de pensar. Una norma puede no sólo ser querida sino también meramente pensada sin ser querida. Entonces ya no es una norma *impuesta*, ya no es una norma *positiva*. Es decir, no es necesario que una norma sea *impuesta*; puede que sea *supuesta* solamente en el pensamiento.<sup>6</sup>

c) *Validez y dominio de la validez de la norma.* Con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma. Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto en cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien, admitido, permitido, autorizado. Cuando nosotros, como hemos propuesto anteriormente, recurrimos a la pala-

<sup>6</sup> Cfr. *infra*, p. 23.

bra “deber” con un sentido que comprende todos esos significados, podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no. Si la existencia específica de la norma es designada como su “validez”, recibe expresión así la modalidad particular en que se presenta, a diferencia de la realidad de los hechos naturales. La “existencia” de una norma positiva, su validez, es diferente de la existencia del acto de voluntad cuyo sentido objetivo ella es. La norma puede valer aun cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, haya dejado de existir. Más: ella adquiere validez justamente cuando el acto de voluntad, cuyo sentido constituye, ha cesado de existir. El individuo que con un acto suyo intencionalmente dirigido hacia el comportamiento de otro, ha producido una norma jurídica, no tiene que continuar queriendo ese comportamiento para que valga la norma que constituye el sentido de su acto. Cuando los hombres que actúan como órganos legislativos, deciden promulgar una ley que regule determinadas contingencias, y de esa manera le otorgan validez, orientan luego sus decisiones a la regulación de otros objetos; y las leyes promulgadas por ellos pueden valer aun cuando hayan muerto hace mucho y, por consiguiente, cuando de ninguna manera pueden quererlas. Es inadecuado caracterizar a las normas, en general, y a la norma jurídica en especial, como “voluntad”, o “imperativo” —sea del legislador, sea del Estado—, si por “voluntad” o “imperativo” se entiende un acto psíquico de voluntad.<sup>7</sup>

Puesto que la validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella sea aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación. Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que —como se suele decir— no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez. Mas la posibilidad de una conducta que no corresponde a la norma tiene que darse también. La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse. Validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden tempo-

<sup>7</sup> Cfr. *General Theory of Law and State*, pp. 29 y ss. La doctrina allí expuesta, de que la validez de la norma no es un hecho psicológico y, por ende, no constituye una orden —en cuanto acto psíquico y volitivo—; y que la validez de la norma deba ser distinguida de su efectividad, gana en claridad cuando, como en el texto, se caracteriza la norma como el sentido de un acto de voluntad.

ralmente. Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz; es decir, antes de ser obedecida y aplicada; el tribunal que aplica en un caso concreto una ley, inmediatamente después de haber sido dictada, y, por ende, antes de que haya podido ser efectiva, aplica una norma jurídica válida. Pero una norma jurídica deja de ser considerada como válida, cuando permanece sin eficacia duraderamente. La eficacia es condición de la validez en aquella medida en que la eficacia debe aparecer en la imposición de la norma jurídica, para que no pierda su validez. En ello corresponde prestar atención a que, bajo la noción de eficacia de una norma jurídica, que enlaza a una determinada conducta como condición, una sanción como consecuencia, no ha de entenderse únicamente el hecho de que esa norma sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales —esto es, que la sanción sea ordenada y cumplida en un caso concreto—, sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico —es decir, que se realicen los comportamientos mediante los cuales se evita la sanción. En la medida en que el instituir sanciones tiene por finalidad impedir (prevenir) las conductas que son condición de la sanción —la ejecución de delitos—, el caso ideal de validez de una norma jurídica se daría cuando la misma en ningún caso recibiera aplicación, por cuanto la representación de la sanción por cumplirse en el caso de un delito se ha convertido en motivación, en los sujetos sometidos al orden jurídico, para abstenerse del delito. Entonces, la eficacia de la norma jurídica se limitaría a su acatamiento. Pero puede que el acatamiento de la norma jurídica haya sido suscitado por otros motivos, de suerte que lo que tiene “eficacia” no sea propiamente la representación de la norma jurídica, sino la representación de una norma religiosa o moral. Más adelante nos referiremos a las muy significativas relaciones entre validez y la así llamada eficacia de la norma jurídica.<sup>8</sup>

Si con la expresión: la norma se refiere a una determinada conducta, se alude a la conducta que constituye el contenido de la norma, corresponde indicar que la norma puede referirse a otros contenidos objetivos distintos de la conducta humana, pero sólo en cuanto éstos son condiciones o efectos de la conducta humana. Una norma jurídica puede establecer que, en caso de una catástrofe natural, los que no estuvieran directamente afectados quedan obli-

<sup>8</sup> Cfr. *infra*, p. 215 y ss. De que sólo la norma eficaz hasta cierto grado, es válida, concluye que validez y eficacia son idénticos, constituye el mismo error lógico en que se incurre cuando, a partir del supuesto de que el “placer” y sólo el “placer” es “bueno”, se concluye que lo “bueno” es idéntico al “placer”. Moore *op. cit.*, p. 10, llama a esta falta lógica “falacia naturalista”: “Puede que sea verdad que todas las cosas que son buenas, también sean algo más (por ejemplo, placenteras) . . . Pero son demasiados los filósofos que han pensado que, tan pronto han designado esas otras propiedades, ya estaban efectivamente definiendo lo bueno; que esas propiedades, en realidad, no eran simplemente ‘otras’, sino, absoluta y completamente, lo mismo que el bien. Esta tesis propongo denominarla la ‘falacia naturalista’ . . .”

gados, según las posibilidades, a prestar auxilio a las víctimas. Cuando una norma jurídica pone el homicidio bajo pena de muerte, tanto el hecho típico antijurídico, así como la consecuencia del ilícito, no consiste únicamente en una conducta humana específica dirigida hacia la muerte de otro hombre, sino también en una consecuencia específica de esa conducta: la muerte de un hombre, que es un acontecimiento fisiológico, pero no una acción humana. Dado que los comportamientos humanos, así como sus condiciones y efectos, se cumplen en el espacio y en el tiempo, es necesario que tanto el espacio como el tiempo en que se producen los acontecimientos determinados por la norma, se encuentren determinados en el contenido de la norma. La validez de normas que regulan conducta humana en general, y también en forma especial, las normas jurídicas, es una validez espacio-temporal, en la medida en que esas normas tienen como contenido sucesos espacio-temporales. Que la norma valga significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo; esto es, que ella se refiere a una conducta que sólo puede producirse en algún lugar y en algún momento (aun cuando quizás no se produzca en la realidad).

La relación de la norma al espacio y al tiempo constituye el dominio de validez espacial y temporal de la norma. Este dominio de validez puede estar limitado, pero también puede carecer de límites. La norma puede valer sólo para un espacio y un tiempo determinados —es decir, determinados por ella o por otra norma superior—, en cuanto sólo regula acontecimientos que se producen dentro de determinado espacio y en determinado tiempo. Pero puede también —por su sentido— valer para todo lugar y siempre; es decir, referirse a acontecimientos dondequiera y cuando quiera se produzcan. Tal es su sentido cuando no contiene determinaciones espacio-temporales particulares, y cuando ninguna otra norma superior delimita su dominio de validez espacial o temporal. No es que entonces ella valga más allá del espacio, y atemporalmente, sino sólo que no vale para un espacio determinado y tampoco para un tiempo determinado; su dominio de validez espacial y temporal permanecen indefinidos. El dominio de la validez de una norma constituye un elemento de su contenido, y ese contenido puede, como aún lo veremos, estar predeterminado, hasta cierto grado, por otra norma superior.<sup>9</sup>

En lo que hace al dominio de validez temporal de una norma positiva, es menester distinguir el tiempo anterior y el tiempo posterior a su promulgación. En general las normas se refieren sólo a comportamientos futuros; pero pueden hacerlo también con respecto a pasados. Así, una norma jurídica, que enlaza un acto coactivo como sanción a una determinada conducta como condición, puede determinar que un hombre que ha realizado cierta acción, no con posterioridad a la promulgación de la norma, sino ya antes de ello, deba ser sancio-

<sup>9</sup> Cfr. *infra*, p. 228 y ss.

nado, con lo cual la conducta queda calificada como delito.<sup>10</sup> Pero también con el acto coactivo que ella estatuye como consecuencia, puede una norma jurídica no referirse al futuro, sino también al pasado. Puede determinar no sólo que se cumpla, en el futuro, un acto coactivo bajo ciertas condiciones producidas antes de su promulgación, sino también que el acto coactivo, que de hecho ya fue cumplido en el pasado, sin ser debido (es decir, sin tener el carácter de una sanción), debió ser ejecutado en el pasado, de suerte que, en adelante valga como debido, esto es, como sanción. De esa manera, por ejemplo, se legitimó como sanciones, bajo el régimen nacional socialista en Alemania, ciertos actos de fuerza que, cuando fueron ejecutados constituían jurídicamente homicidios, y esa legitimación posterior con fuerza retroactiva calificó, retroactivamente también, como delitos a las conductas que los condicionaron. Una norma jurídica puede eliminar, con fuerza retroactiva, la validez de una norma promulgada antes de su creación, de modo que los actos de fuerza cumplidos, como sanciones, bajo la norma anterior son privados de su carácter de penas, o ejecuciones, y los hechos de conducta humana que fueron sus antecedentes son privados retroactivamente de su carácter de delitos. Con semejante fuerza retroactiva puede, por ejemplo, una ley dictada por un gobierno llegado al poder revolucionariamente, suprimir la legislación dictada por el gobierno anterior, legislación bajo la cual ciertas acciones, ejecutadas por los individuos pertenecientes al partido revolucionario, eran castigadas como delitos políticos. Cierto es que lo que ha acaecido, no puede transformarse en algo nunca acontecido; pero el significado normativo de lo hace mucho sucedido puede, con fundamento en normas promulgadas con posterioridad al acontecimiento a que se refieren, modificarse retroactivamente.

Junto al dominio de validez espacial y temporal, cabe también distinguir un dominio de validez personal y uno objetivo (o material). Puesto que la conducta que es regulada mediante las normas es un comportamiento humano, conducta de hombres, tenemos que toda conducta determinada por una norma debe ser escindida en un elemento personal y uno material: el hombre que debe actuar de determinada manera, y la forma y manera como debe hacerlo. Ambos elementos se encuentran inescindiblemente entrelazados. Pero ha de advertirse que no es el hombre en cuanto tal, abarcado por una norma, quien se encuentra sujeto a la norma, sino siempre sólo una conducta determinada de ese hombre. El dominio de validez personal se refiere al elemento personal de la conducta determinada en la norma. También este dominio de validez puede estar limitado o no. Un ordenamiento moral puede aparecer con la pretensión de valer para todos los hombres; es decir, la conducta determinada por las normas de ese ordenamiento es la conducta de todo hombre, y no solamente la de los hombres específicamente determinados por el ordena-

<sup>10</sup> Cfr. *infra*, p. 116 y ss.

miento. Usualmente se expresa ello diciendo que ese ordenamiento se dirige a todos los hombres. La conducta determinada por las normas de un orden jurídico estatal es sólo la conducta de los hombres que viven en el territorio del Estado o, cuando lo hacen en otras partes, que son ciudadanos del Estado. Se dice que el orden jurídico estatal sólo rige el comportamiento de los hombres determinados de esa manera; sólo esos hombres están sometidos al orden jurídico estatal, vale decir: el dominio personal de validez queda limitado a esos hombres. Cabe hablar de un dominio objetivo (material) de validez en la medida en que se tiene en mira las diversas orientaciones del comportamiento humano que son normadas: así la conducta económica, religiosa, política, etcétera. Decimos de la norma que determina el comportamiento económico de los hombres que regula la economía; de la norma que determina la conducta religiosa, que regula la religión etcétera. Se habla de objetos diversos de la regulación, queriéndose aludir con ello a las distintas orientaciones de la conducta determinada por las normas. Las normas de un ordenamiento regulan siempre conducta humana; sólo el comportamiento humano es regulable mediante normas. Otros objetos que no sean conducta humana pueden constituirse en el contenido de normas, pero sólo en relación con conducta humana, como ya se destacara, en cuanto únicamente condición o efecto de la conducta humana. El concepto de dominio objetivo de validez encuentra empleo, por ejemplo, cuando un orden jurídico total —como en el caso de un Estado federal— se articula en varios órdenes jurídicos parciales, cuyos dominios de validez se encuentran recíprocamente delimitados en relación con los objetos que ellos regulan; así, por ejemplo, los órdenes jurídicos de los Estados-miembros sólo pueden regular ciertos objetos bien determinados, enumerados en la constitución; o —como también se suele decir— cuando la regulación de esos objetos corresponde a la competencia (capacidad) de los Estados-miembros, mientras que la regulación de todos los restantes objetos queda reservada al orden jurídico del Estado central (orden que también constituye solamente un orden jurídico parcial); o, en otras palabras, cuando la regulación de todos los restantes objetos corresponde a la competencia del Estado central. El dominio objetivo de validez de un orden jurídico total es, sin embargo, siempre ilimitado, en cuanto semejante orden jurídico, por su propia índole, puede regular en cualquier sentido la conducta de los hombres sujetos a él.

d) *Regulación positiva y negativa: obligar, facultar, permitir.* La conducta humana regulada por un orden normativo es ora una acción determinada por ese orden, ora la omisión de esa acción. La regulación de la conducta humana, a través de un orden normativo, se produce de una manera positiva y una manera negativa. La conducta humana está regulada por el orden normativo en manera positiva, por de pronto, cuando se exige a un hombre una determinada acción, o la omisión de una acción determinada (cuando se exige la

omisión de una acción, la acción está prohibida). Decir que la conducta de un hombre es exigida por una norma objetivamente válida, significa lo mismo que afirmar que el hombre está obligado con respecto de esa conducta. En la medida en que el hombre actúa como la norma lo exige, cumple con su obligación, acata la norma; con un comportamiento opuesto, en cambio, "viola" la norma, o, lo que significa lo mismo, viola su obligación. También la conducta humana es regulada en un sentido positivo, cuando un hombre es facultado, por el ordenamiento normativo, a producir mediante una determinada acción determinadas consecuencias normadas por el orden; en especial —cuando el orden regula su propia producción—, producir normas, o intervenir en la producción de normas; o cuando el orden jurídico, que estatuye actos coactivos, faculta a un hombre a llevar a cabo esos actos coactivos bajo las condiciones estatuidas por el orden jurídico; o cuando se permite a un hombre, mediante una norma, una determinada conducta, prohibida por lo demás, norma mediante la cual el dominio de validez de la norma que prohíbe esa conducta es restringido; o cuando, por caso, una norma prohíbe con alcance enteramente general el recurso a la fuerza por un hombre contra otro, pero una norma particular lo permite en caso de necesidad. En la medida en que un hombre actúa en la manera como lo faculta una norma, o actúa en la manera en que, a través de una norma, positivamente se le permite conducirse así, aplica la norma. Facultado por una ley —que es una norma general— a resolver casos concretos, aplica el juez la ley a un caso concreto mediante su sentencia que expresa una norma individual; facultado por una sentencia judicial a ejecutar una determinada sanción, aplica el órgano de ejecución la norma individual de la sentencia judicial. En situación de necesidad, se aplica la norma que positivamente permite el uso de la fuerza. Pero también hay utilización de la norma en el juicio de si un hombre actúa o no actúa, conforme le exige comportarse, o se lo permite positivamente, una norma; o de que actúa o no actúa, tal como está facultado a hacerlo mediante una norma.

En un sentido muy lato, puede valer cualquier conducta humana, determinada en un orden normativo como condición o consecuencia, como facultada por ese orden y, en ese sentido, como regulada positivamente. De una manera negativa, la conducta humana está regulada por un orden normativo cuando esa conducta no está prohibida por el orden, sin estar positivamente permitida por una norma que limite el dominio de validez de una norma obligatoria; por ende, está permitida en un sentido sólo negativo. Esta función negativa de la permisión debe distinguirse de la positiva, en cuanto función de permisión consistente en un acto positivo. El carácter positivo de una permisión se destaca especialmente cuando la limitación de la norma que exige una determinada conducta se produce mediante una norma que permite la conducta por lo demás prohibida, bajo la condición de que la permisión sea otorgada por un órgano comunitario facultado para ello. La función —tanto negativa como



positiva— del permitir queda así ligada esencialmente con la función del obligar. Sólo dentro de un orden normativo, que exige determinadas conductas humanas, puede estar permitida una determinada conducta humana.

La palabra “permitir” se utiliza también en el sentido de “tener derecho”. Cuando en una relación entre A y B, A está obligado a soportar que B actúe de determinada manera, se dice que a B le está permitido (es decir, que tiene derecho) a actuar de esa manera. Y cuando A está obligado a cumplir alguna prestación en favor de B, se dice que a B le está permitido (es decir, que tiene derecho) a recibir de A la prestación determinada. En el primer caso, el enunciado que afirma que a B le está permitido conducirse de determinada manera, no dice otra cosa que la oración: A está obligado a soportar que B actúe de determinada manera. Y, en el segundo caso, la oración: le está permitido a B recibir determinada prestación de A, no quiere decir más que: A está obligado a cumplir cierta prestación a favor de B. La “permisión” de la conducta de B es sólo el reflejo del carácter obligatorio de la conducta de A. Este “permitir” no constituye una función del orden normativo distinta de “obligar”.<sup>11</sup>

e) *Norma y valor*. Cuando una norma estatuye una determinada conducta como debida (en el sentido de “exigida”), la conducta real puede corresponder, o contradecir, a la norma. Corresponde a la norma cuando es tal como, conforme a la norma, debe ser; contradice la norma, cuando no es tal como, conforme a la norma, debe ser, por ser lo opuesto a la conducta que corresponde a la de la norma. El juicio de que una conducta fáctica es tal como debe ser, conforme a una norma objetivamente válida, es un juicio de valor, y, por cierto, un juicio de valor positivo. Significa que la conducta fáctica es “buena”. El juicio de que una conducta fáctica no es como debe ser, conforme a una norma válida, por ser lo opuesto de una conducta que corresponde a la de la norma, es un juicio de valor negativo. Significa que la conducta fáctica es “mala”, “malvada”. La norma objetivamente válida, que establece como debida una determinada conducta, constituye un valor positivo o negativo. La conducta que corresponde a la norma, tiene un valor positivo; la conducta que contradice la norma, tiene un valor negativo. La norma considerada objetivamente válida funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico. Los juicios de valor que enuncian que una conducta fáctica corresponde a una norma considerada objetivamente válida, y que, en ese sentido, es buena, esto es: valiosa; o que contradice semejante norma y que, en ese sentido, es malvada (mala), es decir, contraria al valor, deben distinguirse de los juicios empíricos carentes de relación con una norma considerada objetivamente valiosa, lo que implica, a la

<sup>11</sup> En relación con este “permitir” (en el sentido de “dar derecho a”), he rechazado anteriormente la distinción entre un derecho que obliga y un derecho que permite (*imperative y permissive law*). Esta distinción, sin embargo, debe retenerse en relación con los otros significados de la palabra “permitir”: en especial, cuando por “permitir” se entiende también “facultar”. Cfr. *infra*, p. 57 y ss.

postre que: sin relación con una norma fundante presupuesta, enuncian que algo es y cómo lo es.<sup>12</sup>

El comportamiento fáctico a que se refiere el juicio de valor, que constituye el objeto de la valoración, y que cuenta con un valor positivo o negativo, es un hecho real existente en el tiempo y en el espacio, una parte de la realidad. Sólo un hecho real puede ser enjuiciado, cuando se le coteja con una norma, como valioso o desvalioso; puede tener un valor positivo o negativo. Lo que es valorado es la realidad.<sup>13</sup> En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidas por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobrehumana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios. Otros actos de voluntad humana pueden producir otras normas, contradictorias con las primeras, que constituyen a su vez otros valores, opuestos a los primeros. Lo que, conforme a aquéllas, sería bueno, puede ser malo según éstas. De ahí que las normas establecidas por los hombres, y no por una autoridad sobrehumana, constituyen sólo valores relativos. Es decir: la validez de semejante norma, que instituye como debida una determinada conducta, y el valor constituido a través de ella, no excluye la posibilidad de la validez de una norma que instituya como debida a la con-

<sup>12</sup> Moritz Schlick, el fundador de la escuela filosófica del positivismo lógico, afirma en su escrito "Fragen der Ethik". *Schriften zur wissenschaftlichen Weltauffassung*, t. 4. Viena, 1930, p. 11, que una norma (en cuyo respecto se refiere especialmente a una norma moral) "no es nada distinto a la mera reproducción de un *hecho* de la realidad; formula efectivamente sólo las condiciones bajo las cuales una acción, o un pensamiento, o un carácter, es considerado 'bueno', es decir, como éticamente estimado. La formulación de normas no es otra cosa que la determinación del concepto de lo bueno, cuyo conocimiento una ética emprende". El enunciado que dice que una conducta corresponde a una norma es, por lo tanto, un enunciado fáctico. Esto es incorrecto en cuanto el sentido de la valoración ética, es decir, el enunciado de que una conducta es buena, no consiste en la afirmación de un hecho real, esto es: de algo existente, sino de algo debido. Si la norma expone las circunstancias bajo las cuales una conducta es buena, no determina así cómo sea fácticamente una conducta, sino cómo debe ser. La norma no es un concepto o, como también dice Schlick, una definición. El concepto de algo expresa que, cuando algo posee las propiedades determinadas en la definición del concepto, cae bajo ese concepto. Es decir, es aquello que el concepto delimita; y cuando no posee esas propiedades, no encaja en ese concepto, lo que equivale a decir, que no es lo que el concepto delimita. El concepto no expresa que algo *deba* contar con las propiedades que la definición determina. El concepto de una buena conducta es: conducta que corresponde a una norma. Este concepto contiene tres elementos: "norma", "conducta" y "correspondencia" en cuanto relación entre "norma" y "conducta". Este concepto no expresa que una conducta *deba* corresponder a una norma, sino solamente que, cuando no corresponde a una norma, no encaja en el concepto de buena conducta y, por ende, que no *es* una conducta buena. Que la conducta *deba* corresponder a la norma, es el sentido de la "norma", que junto con "conducta" y "correspondencia", configura un elemento del concepto de buena conducta, pero no el sentido del concepto. La conducta es buena, no por corresponder al concepto, sino por corresponder a la norma. Puede contradecir la norma, pero no al concepto.

<sup>13</sup> Con respecto a la cuestión de si las normas pueden ser objeto de valoración mediante normas y, en especial, con respecto a la cuestión de si el derecho positivo puede ser valorado como justo o injusto, *cfr.* del autor: *Das Problem der Gerechtigkeit*.

ducta opuesta, constituyendo un valor contrario. Así, la norma que prohíbe en todos los casos el suicidio o la mentira, puede tener tanta validez como la norma que, en determinadas circunstancias, permite, o incluso directamente obliga, al suicidio o la mentira, sin que sea posible demostrar, por vías racionales, que sólo la una, y no la otra, debe ser tenida como válida. Se puede considerar tanto a la una, como a la otra (pero no a ambas simultáneamente), como válidas.

Pero cuando la norma constitutiva del valor, que prescribe una determinada conducta, es vista como proveniente de una autoridad sobrehumana, de Dios, o de la naturaleza creada por Dios, aparece con la pretensión de excluir la posibilidad de la validez de una norma que prescriba la conducta contraria. El valor constituido por una norma semejante es designado como absoluto; en contraposición con el valor que es constituido por la norma establecida por un acto volitivo humano. Con respecto a una teoría científica del valor sólo corresponde, con todo, tomar en consideración las normas establecidas por actos de voluntad humanos y los valores constituidos mediante ellos.

Si el valor constituido por una norma objetivamente válida, si el juicio de que algo real —una conducta humana fáctica es “buena” (es decir: valiosa), o “mala” (es decir: disvaliosa), expresa que esa conducta corresponde a una norma objetivamente válida (es decir, que debe ser tal como se ha producido), o que contraría a una norma objetivamente válida (es decir: que no debe ser tal como se ha producido), el valor como lo debido se contrapone a lo real como lo entitativo; valor y realidad —así como ser y deber— se escinden en dos esferas distintas.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Alf Ross. *Towards a Realistic Jurisprudence*. Copenhagen, 1946, p. 42 y ss., reprocha al dualismo lógico que yo expongo, dualismo entre ser y deber, realidad y valor, hechos entitativos y normas de deber, que el mismo no es sustentable junto con la tesis de una significación normativa de los hechos, con la de una valoración de la realidad. “Si el sistema normativo tiene algún interés para la ciencia del derecho, seguramente lo será en razón de que, de una manera u otra, puede ser utilizado para interpretar la realidad social, es decir, para establecer la concordancia o desacuerdo de ésta con el sistema normativo...” La norma de deber, no sería, empero, posible, si el ser y el deber constituyeran dos dominios distintos. Este reproche es incorrecto. Que el enunciado que afirma que algo es tiene un sentido enteramente distinto del enunciado que afirma que algo deba, o no deba ser, así como de que algo sea debido, no se sigue que algo sea, o no sea —en esto consiste el dualismo lógico entre ser y deber—; el enunciado no es incompatible, por ello, con que —como anteriormente se destacó (p. 6)— se dé entre ellos una relación. Que algo pueda ser como debe ser; que una realidad pueda ser valiosa, reposa en que el “algo” (esto es, en especial, un comportamiento fáctico), puede equipararse con “algo” que debe ser (en especial), con una conducta establecida en una norma (como debida), con la salvedad de la modalidad, que en un caso es el de la realidad, y en el otro caso, el modo del deber. Para representarse un ente real que corresponde a un deber, para lograr una realidad valiosa, no es necesario suponer que el deber pueda reducirse a un ente específico, o que el valor sea inmanente a la realidad. Ross opina que, si se pretende verificar la existencia, entre el ser y el deber, de una relación de correspondencia o falta de correspondencia (*agreement* o *disagreement*), es necesario “que los dos sistemas sean comparables y, por ende, que tengan algo en común”. Lo que en común tienen es el “algo” que es debido y que, simultánea-

Si se denomina al enunciado que declara que un comportamiento humano corresponde, o no corresponde, a una norma objetivamente válida, será necesario entonces distinguir el juicio de valor de la norma constitutiva del valor. En cuanto juicio enunciativo puede, en cuanto se refiere a la norma de un orden que mantiene validez, ser verdadero o falso. El enunciado de que, conforme a la moral cristiana, es bueno amar a sus amigos y odiar a sus enemigos, es falso, si una norma de la moral cristiana ordena no sólo amar a los amigos, sino también a los enemigos. La proposición de que es conforme a derecho sancionar a un ladrón con la horca, es falsa, cuando conforme al derecho válido sólo debe ser castigado con privación de libertad, pero no con privación de la vida. Una norma, en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino sólo válida o no válida.

La sentencia judicial denominada “juicio”, no constituye una proposición enunciativa en el sentido lógico del término, así como tampoco lo es la ley que aplica, sino una norma; una norma individual, por cierto, limitada en su validez a un caso concreto, a diferencia de la norma general denominada “ley”.

Corresponde distinguir el valor constituido por una norma considerada objetivamente válida, del valor consistente, no en la relación a una norma semejante, sino en la relación de un objeto al que se orientan el deseo o voluntad de un hombre, o de muchos hombres. Según que el objeto corresponda o contrarie ese deseo o voluntad, tendrá un valor positivo o negativo; será “bueno” o “malo”. Si se designa al enunciado en que se establece la relación de un objeto con el deseo o la voluntad, hacia él orientados, de uno o de muchos hombres, como juicio de valor y, por ende, al objeto, cuando corresponde al deseo o voluntad, como bueno, y como malo, cuando contraría al deseo o voluntad, ese juicio de valor no se distingue de un enunciado empírico puesto que formula solamente la relación entre dos hechos reales, y no la relación entre un hecho real y una norma, objetivamente válida, que establece un deber. Se trata sólo de un juicio especial de realidad.

Si la declaración de alguien, de que algo es bueno o malo, sólo constituye la expresión inmediata de que *él* desea esa cosa (o su contraria), tal declaración no constituye ningún “juicio” de valor, puesto que no tiene ninguna función de conocimiento, sino una función de componente emocional de la conciencia; y si la declaración está dirigida hacia la conducta de otro, se trata de la expresión de una aprobación o reprobación emotiva, como las exclamaciones: “¡bravo!”, o una interjección que exprese repulsión.

El valor consistente en la relación de un objeto —especialmente una conducta humana—, con un deseo o voluntad hacia él dirigidos, de un hombre o de varios, puede ser denominada valor subjetivo, para distinguirlo del valor consis-

mente, puede existir o puede no existir. Así como en la proposición que enuncia que algo es, corresponde distinguir aquello que es, del ser que de ese algo se predica, también en el enunciado que afirma que algo debe ser, corresponde distinguir el “algo” que es debido, del ser debido que de él se predica. *Cfr. supra*, p. 6.

tente en la relación de una conducta con una norma objetivamente válida, que puede denominarse valor objetivo. Si el enunciado de que una determinada conducta humana es buena sólo dice que la misma es deseada o querida por otro hombre, o por muchos otros hombres; y si el juicio de que una conducta humana es mala sólo dice que la conducta contraria es deseada o querida por otro hombre, o por muchos otros hombres, entonces el valor "bueno" y el desvalor "malo" sólo se da para el hombre, o para los hombres, que desean o quieren esa conducta, o su contraria, pero no para el hombre cuya conducta es deseada o querida, o para los hombres cuyas conductas son deseadas o queridas. Si el juicio de que una determinada conducta humana es buena enuncia que esa conducta corresponde a una norma objetivamente válida, y el juicio que afirma que una determinada conducta humana es mala enuncia que contraría a una norma objetivamente válida, el valor "bueno" y el disvalor "malo" valen para los hombres cuya conducta es así juzgada, y por ello, para todos los hombres cuya conducta está determinada por la norma objetivamente válida como conducta debida, con independencia de que ellos mismos deseen o quieran esa conducta o su opuesta. Su comportamiento tiene un valor positivo o negativo, no porque sea deseado —esa conducta o su contraria— o querido, sino porque corresponde, o contraría, a una norma. El acto de voluntad, cuyo sentido objetivo es la norma, es en esto irrelevante.

El valor en sentido subjetivo, esto es: el valor consistente en la relación de un objeto con el deseo o la voluntad de un hombre, se distingue del valor en sentido objetivo —es decir, del valor consistente en la relación de una conducta con una norma objetivamente válida—, también en cuanto al primero puede tener diversos grados, dado que el deseo o la voluntad del hombre es capaz de distintos grados de intensidad; mientras que una gradación del valor en sentido objetivo no es posible, dado que una conducta puede corresponder, o no corresponder, a una norma objetivamente válida, puede solamente contradecirla o no contradecirla, pero no puede corresponderle en más o en menos, contradecirla en más o en menos.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Cuando una norma prescribe una conducta que, en la realidad, es posible que aparezca en diversas medidas, pareciera que la misma pudiera corresponder a la norma en diversos grados, o sea, en más o menos. Pero se trata de un error. Cuando una norma prescribe que el homicidio debe ser sancionado con veinte años de prisión, y un tribunal castiga al homicidio con prisión perpetua, mientras que otro impone diez años de prisión, no puede decirse que una sentencia no corresponda por "exceso", y la otra por "defecto" a la norma, sino que ambas sentencias no corresponden a la norma aplicable; sólo la sentencia que sancione al homicidio con veinte años de prisión corresponde a esa norma. Y tampoco frente a una norma que sólo prescribe que el homicidio deberá ser sancionado con privación de libertad, sin establecer la duración de la prisión, puede decirse que la sentencia que castiga al homicidio con prisión perpetua, excede en más a la norma aplicable, mientras que la sentencia que castigue el homicidio con veinte o diez años de prisión incurra en defecto con respecto de esa norma, sino que las tres sentencias corresponden a esa norma plenamente y en igual grado, puesto que la norma delega la determinación de la duración de la pena de prisión al tribunal. El más o menos no se refiere a la correspon-

Si se denomina a los juicios de valor que enuncian un valor objetivo, juicios de valor objetivos, y a los juicios de valor que enuncian un valor subjetivo, juicios de valor subjetivos, debe prestarse atención a que los predicados "objetivos" y "subjetivos" se refieren a los valores enunciados, y no al juicio como función del conocimiento. En cuanto función cognoscitiva siempre tiene el juicio que ser objetivo; es decir, debe producirse sin consideración del desear y querer de quien enjuicie. Ello es ciertamente posible. Se puede establecer la relación de una determinada conducta humana con un orden normativo; es decir: enunciar que esa conducta corresponde, o no, al orden, sin adoptar uno mismo una actitud emotiva frente a ese orden normativo, sea aprobándolo o desaprobándolo. La respuesta a la pregunta de si, conforme a la moral cristiana, es bueno amar a los enemigos. y, en consecuencia, el juicio de valor involucrado, puede y tiene que lograrse sin considerar si quien tiene que dar respuestas a la pregunta, y, por lo tanto, postular el juicio de valor, aprueba o desaprueba el amor al enemigo. La respuesta a la pregunta de si, conforme al derecho tenido por válido, un homicida debe ser sancionado en la horca, y, por ende, de si en ese derecho, la pena capital para el caso de homicidio es valiosa, puede y tiene que darse sin tomar en consideración si aquel que debe responder aprueba o desaprueba la pena de muerte. Entonces, y sólo entonces, este juicio de valor es objetivo.

Cuando un juicio declara sobre la relación de un objeto, en especial, conducta humana, con respecto del deseo o voluntad hacia él dirigidos, de un hombre, o de muchos hombres; es decir: cuando expresa un valor subjetivo, ese juicio de valor es objetivo en la medida en que quien lo formula no toma en consideración si él mismo desea o quiere el objeto, o su opuesto, si aprueba o desaprueba la conducta, sino sólo establece el hecho de que un hombre, o también, muchos hombres, desean o quieren un objeto, o su opuesto y, en especial, aprueban o desaprueban una determinada conducta.

En contra de la distinción aquí efectuada entre juicios de valor, que enuncian, unos, un valor objetivo, en cuanto establece la relación de una conducta humana con respecto de una norma considerada como objetivamente válida, y que,

dencia, sino a la pena, que puede tener distintos grados, teniendo la norma aplicable un contenido tal que sanciones de diferente duración le corresponden en igual grado. Si una norma prescribe que un préstamo debe ser restituido, y un deudor, que ha recibido un préstamo de 1 000 sólo devuelve 900, no se trata de que su acción corresponde "menos" a la norma que si devolviera 100, sino que su acción no corresponde a la norma que debe acatarse; no cumple con su obligación de devolver el préstamo recibido. Lo que es "menos" no es la correspondencia, sino la suma de dinero; ha pagado menos de lo que debía devolver. Y si el deudor paga 1 000, su acción no corresponde "más" a la norma aplicable, que si devolviera 900; sino que sólo cuando devuelve 1 000, y sólo 1 000, actúa conforme a esa norma, cumple con su obligación. También cuando el deudor por error, o por cualquier otra razón, devuelve 1 100, no acata "más" la norma aplicable, que si sólo devolviera 1 000. Puesto que con los 100 que paga de más, actúa fuera del dominio de validez de la norma aplicable. Lo que es "más" no es la correspondencia sino la suma abonada. Referir el más o el menos a la correspondencia con la norma, es un error lógico.

por ello, son esencialmente diferentes de los juicios de realidad; y juicios de valor que expresan un valor subjetivo, en la medida en que establecen la relación de un objeto y, en especial, de una conducta humana, con el hecho de que un hombre, o también muchos hombres, desean o quieren ese objeto o su contrario, y, en especial, aprueban o desaprueban una determinada conducta humana, siendo por lo tanto juicios de realidad específicos, se sostiene que también los juicios de valor mencionados primeramente son juicios de realidad. Puesto que la norma que constituye el fundamento del juicio de valor es puesta por un acto imperativo humano, o es producida por la costumbre —por ende, mediante hechos de la realidad empírica— la relación de un hecho —en especial de una conducta fáctica— con una norma, expondría así también sólo la relación entre hechos de la realidad empírica. Pero este contrargumento pasa por alto que el hecho del acto imperativo, o el hecho de la costumbre, y la norma producida por esos hechos, son dos cosas distintas: un hecho y un contenido significativo; y, por lo tanto, que la relación de una conducta fáctica con una norma y la relación de esa conducta con los hechos empíricos, cuyo sentido la norma constituye, son dos relaciones diferentes. Es ciertamente posible enunciar la relación de una conducta con la norma que establece esa conducta debida, sin tomar en consideración al hacerlo el hecho del acto imperativo, o el hecho de la costumbre a través de los cuales la norma se produjo. Así sucede evidentemente cuando se trata de normas cuya promulgación se ha producido mucho tiempo antes, normas producidas por acciones de hombres que han muerto hace tiempo y que han sido olvidados; y, en especial, cuando se trata de normas producidas por la costumbre de generaciones pasadas, de suerte que esas normas sólo son conocidas por los hombres, cuyas conductas regulan, como contenidos significativos. Cuando se juzga una determinada conducta como moralmente buena, o mala —por corresponder o contrariar una norma moral considerada válida—, por lo común no se tiene conciencia de la costumbre a través de la cual se produjo la norma moral que constituye el fundamento del juicio. Sobre todo, corresponde tener presente que las acciones mediante las cuales se producen normas, sólo entran en consideración desde el punto de vista del conocimiento jurídico en la medida en que han sido determinadas por normas jurídicas; y que la norma fundante que constituye el último fundamento de la validez de esas normas, de manera alguna ha sido establecida por un acto de voluntad, sino que está presupuesta en el pensamiento jurídico.<sup>16</sup>

Como “valor” también se designa a la relación que un objeto, y, en particular, una conducta humana, tiene con un fin. Adecuación al fin sería el valor positivo, y falta de conformidad con el fin, el valor negativo. Por “fin” cabe entender un fin objetivo, o uno subjetivo. Fin objetivo es aquel que *debe* realizarse, esto es: aquel estatuido por una norma considerada válida. Es un fin que una

<sup>16</sup> Con respecto de la distinción entre “poner” y “suponer” una norma, *cfr. infra*, pp. 46 y ss; pp. 197 y ss.

autoridad sobrenatural, o sobrehumana, ha puesto a la naturaleza en general, o al hombre en particular. Fin subjetivo es aquel que un hombre se pone a sí mismo, deseando realizarlo. El valor que se encuentra en una correspondencia teleológica es, por lo tanto, idéntico con el valor que aparece en la correspondencia normativa, o con el valor que aparece en la relación de correspondencia con un deseo.

Si se hace abstracción de que lo que representa al fin, el *telos*, es objetivamente debido, o subjetivamente deseado, la relación del medio al fin aparece como relación de causa a efecto. Que algo sea adecuado al fin significa que es cosa apropiada para realizar el fin, es decir, que como causa puede producir, como efecto, lo representado como fin. El enunciado de que algo es adecuado a un fin puede constituir, según sea el carácter subjetivo u objetivo del fin, un juicio de valor objetivo o subjetivo. Sólo que semejante juicio de valor es posible únicamente fundándose en el conocimiento de la relación causal que aparece entre los hechos considerados medio y fin. Sólo cuando se ha reconocido que, entre A y B se da la relación de causa a efecto, que A es causa del efecto B, puede alcanzarse el juicio de valor (subjetivo u objetivo): si B, en cuanto fin, es deseado, o es debido según una norma, A será adecuado al fin. El juicio referente a la relación entre A y B es un juicio de valor —subjetivo u objetivo— sólo en cuanto B sea presupuesto como un fin, subjetivo u objetivo —es decir, como un fin deseado, o como debido según una norma.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> A veces se expone la relación de medio a fin como un “deber”. Henry Sidgwick. *The Methods of Ethics*, 6ª edición. Londres, 1901, p. 37 afirma que “la noción de deber —ought— permanece en el ‘imperativo hipotético’ que prescribe el medio más adecuado para cualquier fin que hayamos resuelto lograr. Cuando, por ejemplo, un médico dice: ‘Si desea ser sano, debe levantarse temprano’, no se trata de la misma cosa que afirma ‘el levantarse temprano es la condición indispensable para lograr la salud’. Esta última proposición expresa a la relación entre los hechos fisiológicos en que la primera se funda; pero la palabra ‘deber’ no alude únicamente a esta relación entre hechos; también implica la irrazonabilidad de adoptar cierto fin y negarse a adoptar los medios indispensables para alcanzarlo”. La palabra *ought*, en la oración transcrita por Sidgwick como ejemplo, no puede querer decir “deber” (*Sollen*) en el mismo sentido en que una norma moral prescribe una determinada conducta como debida. El término inglés *ought* también es empleado en el sentido del *müssen* alemán (tener necesariamente que...). En alemán se dice, más correctamente: quien quiere el fin, tiene que querer el medio. Este “tener que...” (*müssen*) expresa la necesidad causal que aparece en la relación entre el medio, como causa, y el fin, como efecto. La tesis de Sidgwick de que la proposición: “si quieres ser sano, ‘debes’ (más correctamente: ‘tienes’ que) levantarte temprano”, significa otra cosa que la oración: “levantarse temprano es condición indispensable de la salud”, no es correcta. El verbo auxiliar *ought*, en la primera oración no expresa también la irrazonabilidad del comportamiento de quien, queriendo ser sano se niega a despertarse temprano, y, por ende, tampoco la razonabilidad de quien, queriendo ser sano, también quiere levantarse temprano. Tal sería solamente el caso si cuando se quiere algo como fin, se siguiera lógicamente que también se quiere el medio adecuado. Pero tal cosa sería una falacia. De que se quiera un fin no se sigue ni que se quiera también el medio adecuado, ni que se deba querer el medio en cuestión. La norma según la cual debe querer el medio, no puede derivar de la circunstancia fáctica de que el fin es querido, sino únicamente podría derivarse de la norma que impone que el fin debe ser querido. Sidgwick identifica lo que debe ser moralmente,