

Hans Kelsen

Teoría pura  
del  
derecho

Introducción a la ciencia del derecho



TEMAS

EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES

Título de la edición francesa:  
*Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit.*  
Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1953.

Traductor: Moisés Nilve

Vigésimoprimer edición: marzo de 1985



EUDEBA S. E. M.  
Fundada por la Universidad de Buenos Aires

© 1985

EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES  
*Sociedad de Economía Mixta*  
Rivadavia 1571/73

Hecho el depósito que marca la Ley N° 11.723

ISBN 950-23-0057-2

IMPRESO EN LA ARGENTINA

## PRÓLOGO DEL AUTOR

### A LA EDICIÓN EN FRANCÉS<sup>1</sup>

*Al publicarse en 1934, con el título de Reine Rechtslehre, una exposición general de la Teoría pura del derecho, pensé inmediatamente que debía aparecer una traducción francesa; pero diversas circunstancias, especialmente la segunda guerra mundial, me lo impidieron. Más de veinte años han transcurrido desde la aparición de la edición alemana. Se comprenderá fácilmente que mi Teoría apenas podía mantenerse intacta durante un período tan largo. Las objeciones que se le han hecho, los trabajos que he emprendido en el dominio del derecho internacional positivo y el examen de ciertos problemas que atañen a la filosofía del derecho, me han incitado constantemente a repensar mi concepción del derecho y de la ciencia jurídica. Me he visto así instado a precisar diversos puntos que no estaban suficientemente claros y que han dado lugar a interpretaciones erróneas. He aban-*

<sup>1</sup> Para realizar esta traducción española se ha preferido la edición francesa por tratarse de la más reciente elaboración de la *Teoría pura del derecho*, tal como lo expresa el autor en este prefacio. (N. del E.)



donado también una u otra de mis tesis cuando me ha parecido que no debían mantenerse; pero no creo haber modificado mi teoría en ningún punto esencial.

La presente obra no podía, pues, ser una simple traducción de la que publiqué en 1934. Se diferencia de aquella por muchos agregados y modificaciones. Por otra parte, he mantenido sin cambios el prefacio de la edición alemana. Expongo allí las condiciones científicas y políticas en las cuales se formó la Teoría pura del derecho, inmediatamente después de la primera guerra mundial, y examino las reacciones que ha suscitado. Desde este punto de vista, la situación apenas se ha modificado y esto me parece altamente significativo. Debo señalar, sin embargo, que uno de los fines principales de la Teoría pura del derecho que ha llegado a ser aún más difícil de alcanzar es el de mantener la ciencia jurídica separada de la política. La segunda guerra mundial y los desquiciamientos sociales que provocó han acentuado, efectivamente, la amenaza secular de una subordinación de la ciencia a la política.

Gracias a M. Henri Thévenaz me ha sido posible someter al público de habla francesa los elementos esenciales de la Teoría pura del derecho. Debo expresarle aquí mi vivo reconocimiento.

HANS Kelsen

## PREFACIO

DE LA EDICIÓN EN ALEMAN DE 1934

Hace casi un cuarto de siglo que emprendí la tarea de elaborar una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento de las ciencias de la naturaleza, y consciente de tener un objeto regido por leyes que le son propias. Mi finalidad ha sido desde el primer momento elevar la teoría del derecho, que aparecía expuesta esencialmente en trabajos más o menos encubiertos de política jurídica, al rango de una verdadera ciencia que ocupara un lugar al lado de las otras ciencias morales. Se trataba de profundizar las investigaciones emprendidas para determinar la naturaleza del derecho, abstracción hecha de sus diversos aspectos, y de orientarlas en toda la medida posible hacia la objetividad y la precisión, ideal de toda ciencia.

Hoy tengo la satisfacción de comprobar que no me he quedado solo en este camino. En todos los países civilizados, en todas las profesiones jurídicas, por diferentes que sean unas de otras, en los teóricos y los prácticos, y aun en los representantes de otras ciencias morales, he encontrado un eco alentador. Un grupo de juristas



razones más políticas que científicas, esencialmente fundadas en sentimientos, intervienen en la lucha contra la Teoría pura.

¿Es el derecho una ciencia de la naturaleza o una ciencia moral? Esta pregunta no tiene por qué acalorar los espíritus y la distinción entre estas dos categorías de ciencias se ha operado casi sin resistencia. Ahora bien, se trata solamente de facilitar un poco el desenvolvimiento de la ciencia jurídica a la luz de los resultados obtenidos por la filosofía de las ciencias, de tal modo que el derecho deje de ser un pariente pobre de las otras disciplinas científicas y no siga el progreso del pensamiento con paso lento y claudicante.

En realidad, el conflicto no se plantea en torno de la ubicación del derecho respecto de las otras ciencias y sobre las consecuencias que ello trae aparejadas, sino alrededor de las relaciones entre el derecho y la política. Mis adversarios no admiten que estos dos dominios estén netamente separados el uno del otro, dado que no quieren renunciar al hábito, bastante arraigado, de invocar la autoridad objetiva de la ciencia del derecho para justificar pretensiones políticas que tienen un carácter esencialmente subjetivo, aun cuando de toda buena se correspondan al ideal de una religión, de una nación o de una clase.

Esta es la razón de la oposición, yo diría casi del odio, que encuentra la Teoría pura. Estos son los móviles de la lucha que se le ha entablado por todos los medios. Es que aquí están en juego los intereses más vitales de la sociedad, sin hablar de los intereses profesionales de los juristas que —cosa muy natural— no renuncian de buen grado a creer y hacer creer que su ciencia permite encontrar la solución "justa" de los conflictos de intereses en el seno de la sociedad. Dado que ellos cono-

preocupados por los mismos problemas ha constituido lo que se denomina "mi escuela", que solamente lo es en el sentido de que cada uno de sus miembros trata de aprender de los otros sin renunciar a su individualidad propia. Son también muchos los juristas que adoptan las tesis esenciales de la Teoría pura del derecho sin considerarse sus partidarios y muchas veces sin nombrarla, cuando no la combaten en forma directa y poco amistosa. A ellos les quedó particularmente agraciado, dado que demuestran mejor que los más fieles partidarios y aun contra su voluntad, que mi Teoría puede tener alguna utilidad.

La Teoría pura del derecho no sólo ha suscitado adhesiones e imitaciones; también ha dado lugar a una oposición cuyo apasionamiento, casi sin ejemplo en la historia del derecho, no es explicable de ninguna manera si consideramos objetivamente los puntos en los cuales hay divergencia de enfoque. Algunas de estas divergencias son producto de falsas interpretaciones que muy a menudo no parecen ser completamente involuntarios, y cuando la oposición es real, ésta no podrá justificar la profunda animosidad de mis adversarios, dado que la teoría que combaten está lejos de ser enteramente nueva y de oponerse a todas las que la han precedido. Muchas de las ideas que la Teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX, del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales esa ciencia vacila permanentemente. El hecho de que mi teoría sea consecuente consigo misma los inquieta más que su novedad, y esto permite suponer que



cen el derecho existente, también se consideran llamados a crear el derecho del porvenir, y, en su deseo de influir en su formación, pretenden tener en el terreno de la política un rango superior al de simples técnicos de las cuestiones sociales.

El principio de la separación de la ciencia jurídica y de la política, tal como ha sido planteado por la Teoría pura, tiene naturalmente consecuencias políticas, así fueran solamente negativas. Tal principio conduce a una autolimitación de la ciencia del derecho, que muchos consideran una renuncia. Por lo tanto, no debe sorprender que los adversarios de la Teoría pura no estén dispuestos a reconocerla, y que no vacilen en desnaturalizarla para poder combatirla mejor. A tal efecto sus argumentos, más que dirigirse a la misma Teoría, se orientan hacia la imagen deformada que cada uno de ellos se ha hecho de acuerdo con sus necesidades, de tal manera que sus argumentos se anulan los unos a los otros y toman casi superflua una refutación.

Algunos declararían con desprecio que la Teoría pura no tiene ningún valor, ya que se trataría de un vano juego de conceptos desprovistos de significación. Otros se inquietan ante sus tendencias subversivas, que significarían un peligro serio para el Estado y su derecho, y dado que se mantiene al margen de toda política, se le reprocha a menudo alejarse de la vida y por tal razón carecer de todo valor científico. También se pretende frecuentemente que no es capaz de mantener hasta el fin sus principios de método y que es sólo la expresión de una filosofía política particular. Pero, ¿cuál? Para los fascistas la Teoría pura se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo

capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado. A los ojos de algunos su espíritu estaría emparentado con el de la escolástica católica. Otros creen reconocer en ella las características de una teoría protestante del derecho y del Estado. Pero también tiene adversarios que la condenan por su ateísmo. En una palabra, no hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Esta es la prueba —ella misma no podría darla mejor— de que ha sabido conservar su carácter de teoría "pura".

Los principios de su método no podrían ser seriamente cuestionados si el derecho debe ser el objeto de una disciplina que merezca el nombre de ciencia. Solamente podría preguntarse hasta dónde es posible aplicarlos. Sobre este punto hay una diferencia muy importante entre las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza. Sin duda estas últimas tampoco han podido permanecer al abrigo de toda tentativa de presión política; como la historia lo demuestra claramente. ¿No se sintió amenazada una potencia mundial por el anuncio de la verdad sobre el curso de los astros? Pero si las ciencias de la naturaleza lograron independizarse de la política fue debido a un interés social todavía más importante, el progreso de la técnica, que solamente la libertad de la investigación científica puede garantizar. Las ciencias sociales, en cambio, carecen de esta ventaja, pues no se encuentran en condiciones de hacer progresar la técnica social de manera tan directa y evidente como la física y la química contribuyen al progreso de la mecánica aplicada o de la terapéutica medicinal. Es sobre todo por su insuficiente desarrollo que las ciencias sociales no han encontrado todavía en la sociedad el apoyo que les per-



mita hacer abstracción completa de las ideologías sociales deseadas por los que ejercen el poder o por los que aspiran a conquistarlo. La falta de este apoyo se nota especialmente en nuestra época, pues la guerra mundial y sus consecuencias han sacudido profundamente las bases de la vida social y agudizado al extremo las oposiciones que se manifiestan entre los Estados y en el interior de cada uno de ellos. En un período de equilibrio social el ideal de una ciencia objetiva del derecho y del Estado podría tener alguna posibilidad de encontrar un asentimiento general, pero nada parece hoy en día más contrario al espíritu de la época que una teoría del derecho que quiera salvaguardar su "pureza". Cada poder político puede contar con los servicios de alguna de las otras teorías y hasta se llega a reclamar una ciencia jurídica fundada sobre la política y a reivindicar para ella el título de ciencia "pura", convirtiendo así en virtud una actitud que solamente una extrema necesidad personal podría, en rigor, excusar.

Si a pesar de ello me animo en semejante época a condensar los resultados de mis trabajos sobre el problema del derecho, es con la esperanza de que el número de aquellos que prefieren el espíritu a la fuerza sea mucho más elevado de lo que en la actualidad parece. Quiera la joven generación, crecida en el tumulto, no renunciar enteramente a creer en una ciencia jurídica libre, de la cual el porvenir —estoy convencido— recogerá los frutos.

HANS KELSEN

Ginebra, mayo de 1934

## CAPÍTULO I

### EL DERECHO Y LA NATURALEZA

#### I. ¿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.

Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica.

Al calificarse como teoría "pura" indica que entiendo de constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore 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. Parece que no podría ser de otra manera. Sin embargo, basta echar 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 ocupado de la psicología y la biología, de la moral y la teología. Puede decirse que hoy por hoy no hay dominio científico en el cual el jurista no se considere autorizado a penetrar. Más aún, estima que su prestigio científico se jerarquiza al tomar en préstamo conocimientos de otras disciplinas. 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*

Por ser 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 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 con 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 causalidad como una fuerza situada en el interior de las cosas, cuando no es más que 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 también otro principio, en todo diferente del principio de causalidad. La ciencia todavía no le ha dado un nombre universalmente admitido. También debemos establecer, en primer término, que se hace aplicación de ese principio en las ciencias cuyo objeto es la conducta humana. Solo 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, tal 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 forzada 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 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 está prescrito 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. A 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 "puestas" por un acto puramente intelectual. El derecho y la moral son órdenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido "puestas" o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: *costumbres seguídas por los miembros de una comunidad, órdenes de un profeta, actos de un legislador, etcétera.*

Una ciencia del derecho o una ética científica solo 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 comprobamos 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 verificación de hecho (o juicio de realidad), puesto que se relaciona con una norma positiva y, mediante ella, con el hecho que la ha creado.

Por el contrario, una norma que no ha sido "puesta", sino solamente "supuesta", no pertenece al dominio de la realidad. Un juicio que verifique si un hecho corresponde o no a una norma no positiva, es un juicio de valor esencialmente diferente de una comprobación 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 *debe*<sup>1</sup> seguir al acto ilícito. Hemos dado a esta relación el nombre de *Zurechnung* y proponemos en francés el de *imputation*, puesto que 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 tratarse de 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 su conducta. El mismo acto, cometido por un individuo irresponsable, no es vinculado por el orden jurídico a una sanción. La imputación, considerada como la rela-

<sup>1</sup> En alemán se emplea aquí el verbo *sollen*. (N. de la ed. francesa.)



ción 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, y es a un acto ilícito así definido al que se imputa una sanción.

La imputación<sup>1</sup> vincula, pues, dos conductas humanas: 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. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas.

### c) La imputación en el pensamiento primitivo

El estudio de las sociedades primitivas permite comprobar que éstas 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, apareció en un estadio más avanzado de la civilización. No sería, por lo tanto, una idea innata, como se ha podido suponer. Cuando 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

<sup>1</sup> Nos referiremos más adelante (pág. 129) a otra especie de imputación cuando examinemos las condiciones por las cuales el acto de un individuo puede ser imputado a una persona jurídica.

del mal nace en su espíritu. Así llegan a pensar 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 verosímilmente por fin imponer restricciones al instinto sexual y a la violencia. El incesto y el homicidio 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 o la pena, no hay una relación de causa a efecto, sino una imputación, ya que la recompensa o el castigo son imputados a la acción a la cual deben "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

Por animismo se entiende la convicción del hombre primitivo de que las cosas tienen un alma, que están animadas. Espíritus poderosos pero invisibles se esconden en ellas o detrás de ellas. En definitiva, las cosas son per-



sonas y se comportan respecto de los hombres de la misma manera que los hombres entre sí, según el principio de retribución, bajo la forma de pena o de recompensa.

Para el hombre primitivo los *espíritus* indican cuál es la conducta correcta, pues de ellos emana la pena o la recompensa. La correspondencia 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 consiguiente, una interpretación de la naturaleza a la vez personal, social y normativa, fundada sobre el principio de imputación y no sobre el de causalidad. Por eso la naturaleza no tiene para el hombre primitivo la misma significación que para la ciencia moderna. No es concebida como un conjunto de hechos relacionados por el principio de causalidad, como un orden causal; ella 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 así 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 socie-

dad. 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 obra<sup>1</sup> 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 suerte 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 *aitia*, 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 prescritos; en caso contrario las Erinias, servidoras de la justicia, lo perseguirán"<sup>2</sup>. La ley natural así formulada está aún muy próxima a una norma jurídica que dijera: "Si el sol se desvía del camino señalado, debe ser sanciona-

<sup>1</sup> *Vergeltung und Kausalität*, La Haya, 1940; traducción inglesa: *Society and Nature* (Chicago, 1943), traducción española: *Sociedad y Naturaleza* (Buenos Aires, 1945). Ver también nuestro artículo "Causality and imputation" en la revista *Ethics*, vol. 61, 1950, págs. 1-11. [También: "La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 53-112. (N. del T.)]

<sup>2</sup> Fragmento 29: ἥλιος οὐκ ὑπερβήσεται μέτρον. εἰ δὲ μή, Ἐρινὸς μὲν Διὸς ἐπίκουροι ἐξευρήσονται.



do". 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 de que las relaciones entre las cosas son independientes de toda voluntad divina o humana y que, de esta manera, 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, estaba todavía muy extendida a principios de este siglo la idea de 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 las conductas humanas consideradas 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 las conductas humanas estableciendo entre ellas 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 solo se diferencian por el grado menos elevado de precisión que han podido alcanzar hasta ahora.

24 *complejidad vs imputación*

Otras ciencias sociales no aplican el principio de causalidad sino el de imputación. Estudian las conductas humanas, 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 calificada de normativa no significa que tenga 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 prescrita en la misma norma se realice igualmente. Sería difícil, sin embargo, 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 modo 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 agradecersele"; "si alguien da su vida por la patria, su memoria debe ser honrada"; "aquel que 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. Además, 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 acontece 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. Si

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 el encarcelamiento, 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 al 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. 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, pues su conducta está 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 o a otra persona.

Sin dudar decimos en el lenguaje corriente que una buena acción, un pecado o un crimen son imputados 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 serle imputados.

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 ellas son imputadas. Esta imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o del crimen, puesto que él es quien 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 una conducta humana, para la cual la norma moral, religiosa o jurídica 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, ya que ésta ha sido concebida —en su origen al menos— como necesidad absoluta. Se suele decir que el hombre o que su voluntad es libre, puesto que su conducta no está sometida a las leyes causales y en conse-

cuencia, por deducción, que puede ser hecho responsable de sus actos, que puede ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado. 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, se convierte en 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, en razón de que ella formaría parte del yo, y que el yo, sujeto del conocimiento, escaparía a 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 puede tener un sentido si se la relaciona con la voluntad concebida como un fenómeno objetivo, referido al yo en tanto que objeto (y no sujeto) del conocimiento. Por el contrario, es bien evidente 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 —por ejemplo, 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, sin embargo, que la voluntad del hombre puede ser también sustraída al principio de causalidad. Los dos casos no tienen nada en común. En los hechos, 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). Dicha afirmación no tiene el sentido puramente negativo de que la voluntad del hombre no está sometida al principio de causalidad. Expresa la idea positiva de 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 un abismo infranqueable separaría a los partidarios del determinismo y a los del libre albedrío. En cambio, no hay contradicción entre ambos 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 efectos. Como no puede escapar a la naturaleza y a sus leyes, el hombre no goza 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 eso al determinismo. No correspondería exigir, seriamente, que un criminal no fuera sancionado o que un héroe no fue-

ra recompensado, en razón de que el crimen de uno o el acto heroico del otro son el efecto de ciertas causas. Inversamente, la imputación de una pena a un crimen o 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 de que el temor de la pena o el deseo de la recompensa puedan tener el efecto de inducir a los hombres a no cometer crímenes o a cumplir actos heroicos.

Por consiguiente, si el hombre es libre en la medida en que puede ser el punto final de una imputación, es- ta 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 por sí mismo 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 oponían 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 ajenos a la 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 bue-



na 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 prescrito está condicionado por otro acto. Sin embargo, también encontramos normas sociales en las cuales el acto prescrito está condicionado parcial o totalmente por hechos ajenos a la 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: ese daño es un hecho exterior a la conducta del que lo ha causado.

En estos dos ejemplos el acto prescrito 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. Uná religión primitiva puede, por ejemplo, prescribir la inmolação de un ser humano a los dioses cuando una epidemia se extiende por el país. Ahora bien, una epidemia no tiene, en modo alguno, el carácter de conducta humana.

Destaquemos por último que la sanción prescrita 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 contra quien la sanción está dirigida figura, por lo tanto, entre las condiciones de esta sanción. El individuo en cuestión es solamente 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.

### 1) Normas categóricas

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

¿Es posible ir aún 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? ¿Sería tal el caso de normas que prescriben una omisión: "no mentarás", "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.

Es evidente que una acción determinada no puede ser prescrita sin condiciones, dado que una acción no puede desarrollarse sino en determinadas condiciones. Pero lo mismo sucede en el caso de que las normas prescriban una omisión: no se puede mentir, matar o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo. Las normas que prohíben la mentira, el homicidio 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 condicionada por el conjunto de



circunstancias 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, ya una omisión, es aplicable solamente en condiciones determinadas. Establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición. Tal es el enunciado 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, vamos a tratar de definir cuál es su objeto particular. Destaquemos, ante todo, que la ciencia estudia el derecho en sus dos aspectos: estático y dinámico, ya que el mismo puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego 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. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se

34  
Por este punto de vista el derecho es un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres y que son creadas por los actos de los hombres.

aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

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, aun que 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 transcurra 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 debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma es válida solo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese 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 cualesquiera sean 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 diver-



sas 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 cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federales 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<sup>1</sup>. 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, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta 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 uno 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, percep-

<sup>1</sup> Ver pág. 142.

tible por los sentidos, que acaece 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 reúnen 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 y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben 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, por sí mismo, enunciar 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 de 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 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, muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer 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 necesariamente que coincidir. El acto que dio celebridad al supuesto capitán de Köpenick<sup>1</sup> fue, en la idea de su autor, una orden administrativa, pero objetivamente solo fue un delito. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo 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 mismos en nada se distinguen de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en 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 muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer 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, encon-

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. (Nota de la ed. en francés.)

tramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. 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 de muerte de un asesinato? Exteriormente estos hechos son semejantes. Solo 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, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es 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. Dicho acto es, pues, el 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 era un agrupamiento 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, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que

desempeña en un orden jurídico<sup>1</sup>, pero desde luego 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 normativo 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 normas positivas.

La existencia 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 y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos 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

<sup>1</sup> Ver pág. 138.



realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental su-puesta.

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 verificar 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. La mayoría de las veces 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 primeramente 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 seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita 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 seis meses a diez años de prisión 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 prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen solo 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. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de muerte y cuando el verdugo ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera 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 la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez 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 ellos 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 jurídico 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 positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. Una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma<sup>1</sup>.

La afirmación de que la conducta de los hombres es totalmente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden ju-

<sup>1</sup> Es decir, la conducta prohibida. (N. del T.)

rídico se refieren a todos los actos de la conducta de los individuos regidos por este orden; que las normas los 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 a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional o internacional.

De aquí resulta que un orden jurídico no puede tener lagunas<sup>1</sup>.

La ciencia jurídica puede, pues, brindar una doble definición del derecho, según se coloque en 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 determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas 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 poseen 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 <sup>veremos luego - y más</sup>

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

<sup>1</sup> Nos referiremos más adelante al problema de las lagunas (pág. 172).



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 no puede tener tal efecto. Solo puede ser verdadera o falsa. Si una norma jurídica prescribe la pena de muerte en caso de robo, se la puede considerar justa o injusta, pero no tiene ningún sentido decir que es verdadera o falsa. En cambio, si deseando describir esta norma un jurista 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 marco 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 un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras<sup>1</sup>. 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 la de conocer o describir estas normas sino pres-

<sup>1</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2ª edición, 1923.

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*) las proposiciones mediante las cuales la ciencia jurídica describe su objeto. Este último lo constituyen las normas jurídicas, tales como han sido creadas por 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 actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o de miembros de una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho, que empero no actúan en su actividad científica como órganos o miembros de la comunidad jurídica que 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 integrantes de esa comunidad. No en describir estas normas ni buscar la adquisición de un conocimiento científico. Sin duda, para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos: el legislador debe conocer la materia que quiere regular, el juez comprobar los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo. Pero desde el punto de vista del derecho estos conocimientos previos no desempeñan 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 solo un conocimiento muy superficial de las



cribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma gramatical bajo la cual se presente. Hasta 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, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor.

Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas. No hay aquí ninguna contradicción. Sin duda puede considerarse que las normas creadas y aplicadas en el cuadro de un orden jurídico no tienen el carácter de normas jurídicas en tanto no sean reconocidas por la ciencia del derecho. Corres-

ponderá entonces a esta ciencia atribuir a ciertos actos la significación objetiva de normas jurídicas. Pero esto no nos impide afirmar que las normas jurídicas forman el objeto de la ciencia del derecho o, lo que es lo mismo, que el derecho es un sistema de normas. Tal definición se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto, dado que 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 esta reproducción es tan poco superflua como la acción de un pianista ejecutando una sonata. Éste despliega una actividad creadora aunque sea totalmente diferente de la del compositor. Decimos que interpreta la sonata. Pues bien, ésta es exactamente la tarea 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 consiguiente no categóricos. Ellos 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 pro-



...mente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación". La regla de derecho debe ser, es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). 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, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero en ambos casos se trata de un juicio hipotético. Esto 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 merced al cual 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. Solo la 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 diciendo, por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción, y si el tribunal competente respecto de dicha norma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés".

Vano intento sería el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de 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 tenga 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, perteniente 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 comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural<sup>1</sup> consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las le-

<sup>1</sup> A este punto nos referiremos más adelante (pág. 101).



yes 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 legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en 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. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") 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 de no saber distinguir 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, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa 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 lo constituyen. 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 cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas

que la regulan. Mas 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 veremos más adelante<sup>1</sup>, 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. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho sólo si 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 insaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si 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 lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

<sup>1</sup> Ver pág. 138.



## CAPÍTULO II

### EL DERECHO Y LA MORAL

#### 1. EL DERECHO Y LA JUSTICIA

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia *debe* seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por



tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anti-constitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido crea-

das por actos que son hechos acacidos en el espacio y en el tiempo<sup>1</sup>. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretenden tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

1. Ver pág. 18. [También, del mismo autor, cf. "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946, págs. 239-65. (N. del T.)]



A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o si un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar

las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo<sup>1</sup>. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgarán injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

<sup>1</sup> El problema de la nulidad será examinado más adelante (pág. 159).



Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden —o tal norma jurídica— es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto

un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente<sup>1</sup>. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la Idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que

<sup>1</sup> Cf. H. Kelsen, "¿Qué es la justicia?", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, 1946. (N. del T.)



debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que *A* es *A* y no *no-A*. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional solo existen intereses y en consecuencia conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenecer al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el

derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

## 2. CIENCIA DEL DERECHO E IDEOLOGÍA

Estas tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría pura desea combatir las exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se



opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia antiideológica la que hace de la Teoría pura una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte, su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y remplazarlo por otro que consideren mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría pura.

### CAPÍTULO III

## DEFINICIÓN DEL DERECHO

### I. EL POSITIVISMO JURÍDICO DEL SIGLO XIX

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría pura, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la trasladó al siglo XIX, se manifestó una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo



es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en alguna medida, por modesta que sea, a la *idea* del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

## 2. EL DEBER SER COMO CATEGORÍA <sup>1</sup>

### a) *El deber ser considerado como idea trascendente*

Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsu-

<sup>1</sup> En la versión que traducimos aparece la palabra "deber"

me el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que *debe ser*, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico.

### b) *El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental*

La Teoría pura del derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción

cuando, en rigor de verdad, corresponde la expresión "deber ser", que es la traducción del *sollen* alemán empleado por el autor. Con ello, se precisa adecuadamente la distinción entre el deber jurídico y el deber ser como simple vínculo imputativo o cópula de la lógica normativa. (N. del T.)



de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia *debe ser*. Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico-metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina

tradicional del derecho natural. La Teoría pura del derecho, que es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, en el "sollen", una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y antiideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, poco dispuesta a admitir que el orden social de la Unión Soviética sea un orden jurídico que tenga los mismos títulos que el de la España franquista o el de la Francia democrática y capitalista.

### c) Retorno al derecho natural y a la metafísica

A partir de la conmoción social provocada por la primera guerra mundial, la teoría tradicional del derecho tiende a retornar, en todos los aspectos, a la doctrina del derecho natural, de la misma manera que la filosofía tradicional retorna por completo a la metafísica prekantiana. Las ideologías políticas a las cuales la nobleza feudal de principios del siglo XIX recurrió para luchar contra la burguesía han sido utilizadas de nuevo por esta misma burguesía cuando se ha encontrado en una situación política análoga.

La Teoría pura del derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de la ciencia jurídica del siglo XIX, originariamente positivistas y antiideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.



## 3. EL DERECHO COMO ORDEN COACTIVO

## a) La sanción

La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan solo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.

Las normas de un orden moral, por el contrario, no prescriben ni autorizan sanciones respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales.

La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar, la mala cosecha, son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan que el alma será castigada en otro mundo por los pecados cometidos

en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX estudiaron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría pura del derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no solo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la



ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto, la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

*chig* *b) El derecho es una técnica social intencional para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada.*  
 Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la

presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, solo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté dada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante<sup>1</sup>, la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la vali-

<sup>1</sup> Ver pág. 142.



dez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirle necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste —re-  
ordenamos— en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

c) *El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza*

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la fuerza con respecto a otro. La fuerza solo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órga-

nos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

d) *Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas*

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente.



#### DEFINICIÓN DEL DERECHO

Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos.

Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: "*pro non scripto habentur*".

#### 4. NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las partes, el acreedor

#### NORMA PRIMARIA Y NORMA SECUNDARIA

puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión." Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la



#### DEFINICIÓN DEL DERECHO

cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que Pablo es mortal. Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no responden a una orden de marcha. En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

#### CAPÍTULO IV

### LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

#### I. OBLIGACIÓN JURÍDICA Y OBLIGACIÓN MORAL

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el



incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto <sup>1</sup>, el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una *obligatio naturalis*, opuesta a la *obligatio juris*. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba <sup>2</sup>.

## 2. ¿PUEDE CONCEBERSE UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA SIN SANCIÓN?

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciaría así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución." La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establezca la Constitución, o establecida conforme a la misma, sería

<sup>1</sup> Ver pág. 76.

<sup>2</sup> Ver pág. 75.

una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquellas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas, y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que la viola. Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.



La distinción que hemos hecho más arriba<sup>1</sup> entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

### 3. OBLIGACIÓN E IMPUTACIÓN

Si el acto coactivo no es un elemento esencial de la regla de derecho, una obligación jurídica puede tener por objeto cualquier conducta prescrita por una norma jurídica, según el sentido subjetivo del acto que ha creado esta norma. Por el contrario, si el acto coactivo es un

elemento esencial de la regla de derecho, solamente la conducta contraria a aquella que es condición de un acto coactivo puede formar el contenido de una obligación jurídica.

En la segunda hipótesis, la regla de derecho presenta al acto coactivo como una consecuencia imputada a una condición determinada, pero no es necesario que este acto forme el contenido de una obligación jurídica. Cuando una regla de derecho afirma que en tales condiciones un acto coactivo *debe* ser ejecutado, esto no significa que en presencia de una obligación jurídica sea siempre necesario aplicar la sanción. Muchas normas jurídicas no prescriben una conducta determinada; se limitan a permitirla o a autorizarla, con lo cual la conducta contraria no es la condición de una sanción, de tal manera que la conducta permitida no constituye el contenido de una obligación.

Las normas que establecen una sanción también pueden, a veces, tener tanto el sentido de una prescripción como el de una autorización. Las sanciones del derecho internacional general, tales como las represalias y la guerra, están solamente autorizadas, y ningún Estado tiene obligación de recurrir a ellas cuando es víctima de un acto ilícito. En cambio, dicha obligación puede ser establecida por un tratado que agrupe cierto número de Estados en una comunidad internacional. Se presenta entonces bajo la forma de una obligación de recurrir a las represalias o a la guerra contra todo Estado que viole ciertas disposiciones fundamentales del tratado, obligación que se encuentra sancionada por los actos coactivos previstos en el tratado mismo. Hay aquí una verdadera obligación jurídica; en tanto que ningún Estado viola el derecho internacional general si se abs-

<sup>1</sup> Ver pág. 76.



tiene de recurrir a las represalias o a la guerra contra un Estado responsable de un acto ilícito.

Esto supone, como hemos visto, que la obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso en que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica. No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esta sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo. Ahora bien, es preciso que esta cadena de sanciones se detenga en alguna parte, de tal modo que siempre habrá normas jurídicas que establecerán sanciones cuyo incumplimiento no será la condición de una nueva sanción. En otros términos, habrá siempre sanciones que no formarán parte del contenido de una obligación jurídica. Esto vale para todos los órdenes jurídicos positivos, presentes, pasados o futuros. Algunos de ellos no conocen siquiera ninguna sanción que sea el contenido de una obligación jurídica. Tal es el caso, como lo hemos visto, en el derecho internacional general. Del mismo modo, la *vendetta*, sanción característica de los órdenes jurídicos primitivos, no forma el contenido de una obligación jurídica, ya que su incumplimiento no es la condición de una nueva sanción. En caso de asesinato los parientes de la víctima no tienen la obligación jurídica de vengarse del matador y los miembros de su familia. En cambio, tienen, es verdad, una obligación religiosa de hacerlo, pero si no la cumplen no serán objeto de ninguna sanción jurídica.

Esto no quita, por otra parte, a los derechos primitivos su carácter de órdenes jurídicos, dado que estos derechos establecen la obligación jurídica de abstenerse de matar, al instituir la sanción de la *vendetta*, de la misma manera que el derecho internacional general im-

pone a los Estados la obligación jurídica de abstenerse de actos ilícitos estableciendo las sanciones de las represalias y la guerra. Los derechos primitivos y el derecho internacional general pueden, pues, ser descritos con la ayuda de las reglas de derecho que establecen una relación entre una condición y una sanción que es la consecuencia: "Si se ha perpetrado un asesinato, la *vendetta* debe ser ejercida contra el asesino y los miembros de su familia"; "Si un Estado comete un acto ilícito, las represalias o la guerra deben ser dirigidas contra ese Estado". Pero si el incumplimiento de la sanción no es la condición de una nueva sanción, no hay obligación jurídica de ejercer la *vendetta* o de recurrir a las represalias o a la guerra. Para que estemos en presencia de una norma jurídica es esencial que sea establecida una sanción, pero no es necesario que la ejecución de la misma tenga el carácter de una obligación jurídica.

Cuando una regla de derecho afirma que en ciertas condiciones tal individuo *debe* ejecutar un acto de coacción a título de sanción, deja abierta la cuestión de saber si este individuo está obligado o solamente autorizado a ejecutar la sanción. Esto dependerá de la existencia o de la ausencia de una norma jurídica que tenga la significación objetiva de prescribir una sanción, es decir, establecer una nueva sanción para el caso en que la primera no fuera ejecutada. Si faltara tal norma, no habría obligación, sino solamente autorización de ejecutar la primera sanción.

La expresión "debe ser"<sup>1</sup> que figura en la regla de derecho indica solamente el sentido específico de la relación establecida por toda ley social entre una condición y

<sup>1</sup> Ver nota de la pág. 66.



su consecuencia; esta relación tiene el carácter de una imputación. En otros términos, el "debe ser" tiene aquí un sentido puramente lógico y está desprovisto de toda significación moral o jurídica, ya que la imputación es una categoría lógica y no una noción moral o jurídica.

CAPÍTULO V

EL HECHO ILÍCITO

1. ¿ES EL HECHO ILÍCITO LA NEGACIÓN DEL DERECHO?

Llamamos hecho ilícito a la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma. Hay, pues, una relación estrecha entre la noción de hecho ilícito y la de obligación jurídica. El hecho ilícito es lo opuesto a una conducta obligatoria y hay una obligación jurídica de abstenerse de todo acto ilícito.

Si cada regla de derecho es formulada siguiendo un esquema según el cual en tales condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada, resulta fácil definir el hecho ilícito como la conducta opuesta a la que está prescrita. Pero si la regla de derecho es construida según el esquema: "En tales condiciones una sanción debe ser ejecutada", el hecho ilícito aparece como la condición de la sanción. Ahora bien, un acto jurídico solo tiene el sentido objetivo de prescribir una conducta determinada si una sanción está prescrita o autorizada en caso de conducta contraria. Dícese habitualmente que tal o cual conducta es la condición de una sanción, por-



que ella es un hecho ilícito. Sería más justo decir que es un hecho ilícito porque es la condición de una sanción. No hay *mala in se*, sino solamente *mala prohibita*. Si el legislador declara que tal conducta está prohibida, pero omite prescribir o autorizar una sanción, la conducta prohibida no es un hecho ilícito.

Para la teoría tradicional el hecho ilícito es una violación o una negación del derecho, un hecho contrario al derecho, que se encuentra, pues, fuera del derecho. Pero el hecho ilícito sólo puede convertirse en objeto de la ciencia jurídica si se lo ve como un elemento del derecho, un hecho determinado por el derecho, o sea la condición de una consecuencia determinada ella misma por el derecho. Definiendo el hecho ilícito como la condición de la sanción, la Teoría pura lo introduce en el interior mismo del sistema jurídico.

La teología, otra disciplina normativa, procede de la misma manera en materia de teodicea cuando queriendo presentar al mundo como un sistema del bien, despoja al mal de su carácter originario de simple negación del bien y lo convierte en una condición de la realización del bien, en el sentido de que el mal conduce finalmente a la expiación y por eso mismo a la victoria del bien.

Para la Teoría pura el autor de un acto ilícito no "viola" el derecho, tanto menos puede violarlo, cuanto que sólo el hecho o el acto ilícito permiten al derecho desempeñar su función esencial. Se define tradicionalmente el hecho ilícito como una interrupción en la existencia del derecho, cuando en rigor de verdad es lo contrario, puesto que es la existencia misma del derecho, es su validez, que se afirma frente al hecho ilícito por la reacción del orden jurídico en forma de una sanción.

## 2. ¿ES EL HECHO ILÍCITO LA CONDUCTA DEL INDIVIDUO CONTRA EL CUAL ES DIRIGIDA LA SANCIÓN?

La conducta calificada de hecho ilícito no es la única condición de la sanción prescrita o permitida. Tomemos un ejemplo extraído del derecho civil. La obligación jurídica de ejecutar un contrato se expresa mediante una regla de derecho así concebida: si dos individuos han concluido un contrato y uno de ellos no lo ejecuta, y si el otro intenta una acción ante el tribunal competente, éste debe ordenar una ejecución forzada de los bienes del que no ha cumplido el contrato.

Aquel que viola su obligación de ejecutar un contrato comete un hecho ilícito, pero resulta claro que este acto ilícito no es la única condición de la sanción. Es necesario, además, que se haya celebrado un contrato y que se haya interpuesto una acción ante el tribunal competente. La sanción en caso de incumplimiento de un contrato está así subordinada, por lo menos, a tres condiciones, y una sola de ellas tiene el carácter de acto ilícito. ¿Y cómo es posible reconocerla? ¿Es el acto ilícito la conducta del individuo contra el cual está dirigida la sanción en tanto que consecuencia de esta conducta?

Para poder afirmarlo, sería preciso que la sanción fuera siempre dirigida contra el autor del acto ilícito; pero sucede frecuentemente que la sanción recae sobre uno o muchos otros individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Estos individuos son, pues, responsables de un acto ilícito cometido por cualquier otro. Sucede así en los casos de *vendetta*, sanción de los derechos primitivos, y también en las represalias y la guerra, sanciones del derecho internacional general.



## CAPÍTULO VI

### LA RESPONSABILIDAD JURIDICA

#### I. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y RESPONSABILIDAD COLECTIVA

En los ejemplos que acabamos de citar, la sanción no está —o lo está sólo parcialmente— dirigida contra el autor del acto ilícito. Recae sobre individuos cuya conducta no figura entre las condiciones de la sanción. Éstos son responsables del acto ilícito, no porque lo hayan cometido, sino porque pertenecen a la misma comunidad que el autor del acto. Su responsabilidad es colectiva, por oposición a la responsabilidad individual que aparece en los casos en que la sanción es dirigida exclusivamente contra el autor del acto ilícito.

Cuando un individuo es responsable de la conducta de otro, su propia conducta no figura entre las condiciones de la sanción. La conducta del individuo responsable sólo presenta, pues, un interés jurídico cuando se trata de una responsabilidad individual.

Si examinamos el caso en que hay una responsabilidad colectiva, observamos que siempre hay una relación entre el autor del acto ilícito y los individuos contra los cuales está dirigida la sanción. Esta relación permite



admitir que una sanción dirigida contra las personas colectivamente responsables de un acto ilícito recaerá indirectamente sobre su autor. Por ejemplo, el comandante de un ejército que ocupa un territorio enemigo decreta que rehenes elegidos entre los notables serán fusilados si son cometidos actos de sabotaje contra el ejército ocupante. Esta sanción está directamente dirigida contra individuos que no han cometido esos actos de sabotaje, pero como ellos pertenecen a la misma comunidad que los eventuales saboteadores, se admite que éstos serán afectados indirectamente por la sanción y que esta circunstancia incitará a toda la población a abstenerse de cometer actos de sabotaje.

Otro ejemplo: el jefe de un Estado *A* cumple en el ejercicio de sus funciones un acto que viola un tratado concluido con el Estado *B*. Con carácter de represalias el Ministerio de Justicia del Estado *B* se apodera de los bienes de los súbditos del Estado *A* que residen en el territorio del Estado *B*. Esta sanción no está dirigida contra el autor de la violación del tratado sino contra los súbditos del Estado *A* cuyo frente aquél se encuentra. Se describe habitualmente esta situación diciendo que el Estado, en su calidad de persona jurídica, es responsable de su propia conducta y que la sanción es dirigida contra el autor del acto ilícito, a saber, contra la persona jurídica del Estado<sup>1</sup>. Pero la noción de persona jurídica implica identificar los órganos con los sujetos y viceversa, y permite considerar que una sanción dirigida contra un sujeto en razón de un acto ilícito cometido por un órgano afecta indirectamente a este órgano. Desataquemos de paso que dicha situación presenta alguna analogía con la ejecución forzada del derecho civil. Es-

<sup>1</sup> La noción de persona jurídica será examinada más adelante (pág. 127).

ta sanción está dirigida contra los bienes, pero afecta indirectamente a aquel que los posee.

## 2. RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIÓN

Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción que se impone entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica. También existe el hábito de decir que un individuo es responsable de un daño causado por sí mismo o por otro, cuando está obligado a repararlo. Esta fórmula no es correcta, puesto que la obligación y la responsabilidad son dos nociones totalmente diferentes.

Existe la obligación de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción. Hay, pues, identidad entre el sujeto de una obligación y el sujeto de la conducta que forma el contenido de esta obligación. Por el contrario, un individuo es responsable de una conducta determinada (la suya o la de otro) cuando en caso de conducta contraria se dirige contra él una sanción. La responsabilidad puede, pues, relacionarse con la conducta de otro, en tanto que la obligación siempre tiene por objeto la conducta de la persona obligada. Además, el individuo responsable es el objeto de la conducta del órgano estatal encargado de aplicarle una sanción, en tanto que el individuo obligado es el sujeto de la conducta que forma el contenido de su obligación. La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción. A su vez, hecho ilícito y sanción están relacionados en la regla de derecho por el principio de imputación. Estas son las nociones primordiales de una teoría del derecho.



el derecho es un organismo significa solamente que es un sistema de normas y que todos los problemas jurídicos deben ser considerados y resueltos como los problemas de un orden normativo. Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo.

CAPÍTULO IX

LA ESTRUCTURA JERARQUICA DEL ORDEN JURIDICO

I. ¿CUÁNDO LAS NORMAS FORMAN UN ORDEN?

Dado que el orden jurídico es un sistema de normas, se plantea de entrada una pregunta: ¿Qué es lo que constituye la unidad de una pluralidad de normas jurídicas? ¿Por qué una norma pertenece a un orden jurídico determinado?

Una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden.

Según sea la naturaleza de esta norma fundamental, de este principio superior de validez, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos. En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tie-



ne una cualidad inmediatamente evidente: la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. Por ejemplo: las normas morales que prohíben la mentira, el engaño o el perjurio. Estas normas se deducen de una norma fundamental que prescribe decir la verdad, de la misma manera que con la norma fundamental que prescribe el amor al prójimo se relacionan el deber moral de no dañar a otro y el de ayudar a los necesitados.

No investigaremos aquí cuál es la norma fundamental de un orden moral determinado. Solamente hemos querido mostrar que muchas normas de una moral cualquiera ya se encuentran contenidas en una norma fundamental, del mismo modo que lo particular está contenido en lo general y que las normas morales particulares pueden ser deducidas de una norma fundamental mediante la operación que consiste en inferir lo particular de lo general. Esta norma fundamental tiene, pues, un carácter material y estático.

2. *Validez* EN ORDEN JURÍDICO ES UN SISTEMA DINÁMICO DE NORMAS

Otra cosa sucede con las normas jurídicas. Su validez no resulta de su contenido. El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de

una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido "puesto". Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. Las normas del derecho natural y las de la moral son, por el contrario, deducidas de una norma fundamental que, en razón de su contenido, está considerada como si apareciera inmediatamente evidente, como una emanación de la voluntad divina, de la naturaleza o de la razón pura.

La norma fundamental de un orden jurídico tiene una naturaleza distinta. Es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas; de ella deriva el principio mismo de su creación. Es, pues, el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Solo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de derecho privado, si se trata de normas individuales.

Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental, significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma. Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Es



ta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez la validez del código penal resulta de la Constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes y señala el órgano competente.

Si quisiéramos ahora determinar cuál es el fundamento de validez de la Constitución de la cual depende la validez de las leyes y los actos jurídicos, podríamos remontarnos hasta una Constitución más antigua, pero llegaríamos finalmente a una primera Constitución establecida por un usurpador o por un grupo cualquiera de personas. La voluntad del primer constituyente debe ser considerada, pues, como poseedora de un carácter normativo, y de esta hipótesis fundamental debe partir toda investigación científica sobre el orden jurídico considerado. Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos: tal es, esquemáticamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico estatal, la única de la que nos ocuparemos por el momento.

### 3. LA NORMA FUNDAMENTAL

La Teoría pura del derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado, ya que la misma confiere a los actos del primer constituyente y a todos los actos subsiguientes del orden jurídico el sentido normativo específico que aparece en la relación establecida por una regla de derecho entr:

un hecho ilícito y su sanción. Ahora bien, la regla de derecho es la forma típica en la cual toda la materia del derecho positivo es presentada por la ciencia jurídica. Es, pues, en último análisis, en la norma fundamental donde encontramos la fuente de la significación normativa de todos los hechos que constituyen un orden jurídico. Solo la hipótesis de una norma fundamental permite conferir un sentido jurídico a los materiales empíricos que se presentan al examen del jurista y considerarlos como formando un sistema de normas. Inversamente, el contenido de la norma fundamental de un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los cuales debe dar una significación jurídica.

La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera Constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas.

Al recurrir a la noción de norma fundamental, la Teoría pura no desea introducir un método nuevo en la ciencia del derecho, pues se limita a poner de relieve una operación que todo jurista realiza, a menudo inconscientemente, cuando después de haber descartado el



derecho natural como fuente de validez del derecho positivo, considera, sin embargo, este derecho positivo como un orden normativo válido, y no como un simple dato psicológico que consiste en las relaciones de motivación entre dos o más actos. La Teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos sólo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

#### 4. LA NORMA FUNDAMENTAL DE UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL

##### a) Su contenido

La importancia de la norma fundamental se manifiesta particularmente en los casos en que un orden jurídico sustituye a otro no por la vía legal sino por una revolución. Es, por otra parte, en el momento en que un derecho se encuentra amenazado en su existencia cuando su naturaleza aparece más claramente. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de individuos busca remplazar por la violencia el gobierno legítimo y fundar un régimen republicano. Si ello se logra, esto significa que el orden antiguo deja de ser eficaz y pasa a serlo el nuevo, pues la conducta de los individuos a los cuales estos dos órdenes se dirigen no

se conforma ya, de una manera general, al antiguo, sino al nuevo. Éste es, entonces, considerado como un orden jurídico y los actos que están conformes con él son actos jurídicos, pero esto supone una nueva norma fundamental que delega el poder de crear el derecho ya no en el monarca, sino en el gobierno revolucionario.

Si, por el contrario, la tentativa de revolución fracasa, el nuevo orden no se convierte en efectivo, pues los individuos a los cuales se dirige no lo obedecen, y no estamos, pues, en presencia de una nueva Constitución, sino de un crimen de alta traición. No hay creación, sino violación de normas, y esto sobre la base del orden antiguo, cuya validez supone una norma fundamental que delega en el monarca el poder de crear el derecho.

Llegamos así a la conclusión de que una norma fundamental indica cómo se crea un orden al cual corresponde, en cierta medida, la conducta efectiva de los individuos a quienes rige. Decimos en cierta medida; en efecto, no es necesario que haya una concordancia completa y sin excepción entre un orden normativo y los hechos a los cuales se aplica. Por el contrario, debe haber la posibilidad de una discordancia. Si no el orden normativo ya no tendría ningún sentido. ¿Por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada? La norma fundamental de un orden social al cual se obedeciera en toda circunstancia debería legitimar de antemano todo hecho posible prescribiendo la conducta efectivamente seguida. Ordenaría hacer lo que se quiere hacer. Un orden social de esta naturaleza no tendría más sentido que otro orden en contradicción completa con los hechos que regula. Por otra parte, un



ESTRUCTURA JERARQUICA DEL ORDEN JURIDICO

den normativo pierde su validez cuando deja de estar en cierta medida de acuerdo con la realidad.

Hay, pues, una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la primera depende, en cierta medida, de la segunda. Se puede representar esta relación como una tensión entre la norma y el hecho, pero para definirla es preciso limitarse a indicar un tope superior y otro inferior, diciendo que la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo.

b) Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza

La comprobación de esta relación de dependencia puede fácilmente conducir a la idea de que la validez y la eficacia de un orden jurídico son nociones idénticas. Tal conclusión tendría la ventaja de simplificar considerablemente el problema, pero es en vano que se siga intentando formularla. Si se considera la validez del derecho, por lo tanto su existencia específica, como una suerte de realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Aplicado a hechos naturales, el derecho se distingue de ellos por esa misma aplicación, y tales hechos podrán estar o no de acuerdo con la norma jurídica solo si no se confunden con ella. Así como es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural, también es imposible confundir estas dos nociones.

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per*

*quam*. Un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz.

Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas solo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución. Pero este principio de legalidad es restringido por el de la efectividad del orden jurídico considerado en su conjunto.

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la verdad de que el derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza.

c) La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional

Al establecer el principio de que un orden jurídico para ser válido debe tener cierto grado de eficacia, nos limitamos a formular una norma del derecho positivo que no pertenezca a este orden jurídico, sino al derecho internacional. A lo largo de esta obra veremos, más detalladamente, que el derecho internacional considera un poder de hecho como legítimo en la medida



en que el orden de coacción establecido por dicho poder es realmente eficaz<sup>1</sup>.

Este principio de efectividad, que es una de las reglas del derecho internacional, constituye la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales. La Constitución establecida por el primer constituyente sólo es válida a condición de ser eficaz. La realidad a la cual se aplica debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido sobre sus disposiciones. De la misma manera, hasta un gobierno llegado al poder por la vía de una revolución o de un golpe de Estado es considerado legítimo por el derecho internacional, si es independiente de otros gobiernos y está en condiciones de hacer respetar de modo duradero las normas que dicta. Esto significa que un orden coactivo dependiente del derecho internacional es un orden jurídico legítimo, y por lo tanto válido y obligatorio para el territorio en el cual se ha convertido en efectivo de modo estable. La comunidad constituida por dicho orden es, entonces, un Estado en el sentido del derecho internacional.

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es concebido como un orden jurídico válido, no hay ya, en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico, es decir, puramente hipotético, que le hemos dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es sino de un modo relativo la norma funda-

<sup>1</sup> Ver pág. 217.

mental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte, en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales, como lo veremos más adelante<sup>1</sup>.

d) *Validez y eficacia de una norma jurídica particular*

Si la validez de un orden jurídico, considerado, por así decirlo, como un sistema cerrado de normas, depende de su eficacia, o sea de una correspondencia general entre este orden y los hechos a los cuales se aplica, esto no significa que la validez de una norma tomada aisladamente dependa de la misma manera de su eficacia. La validez de un orden jurídico subsiste aun si algunas de sus normas están desprovistas de eficacia, y éstas permanecen válidas si han sido creadas de la manera prescrita por este orden. La validez de una norma aislada se determina en relación con la primera Constitución, de la cual depende la validez de todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico. Si esta primera Constitución es válida, todas las normas creadas conforme a sus disposiciones lo son también. El principio de efectividad, tal como es conocido por el derecho internacional, sólo se aplica de modo inmediato a la primera Constitución de un orden jurídico nacional, es decir, a un orden considerado en su conjunto y no a cada una de sus normas tomadas aisladamente. Esta ausencia posible de concordancia entre la validez y la efi-

<sup>1</sup> Ver págs. 212 y 213.



cacia de una norma jurídica particular muestra una vez más la necesidad de distinguir netamente entre estas dos nociones.

El principio de efectividad no es solamente una regla del derecho internacional positivo; puede también formar parte de las normas positivas de un orden jurídico nacional en la medida en que éste haga depender la validez de ciertas normas de su eficacia. Tal sucede, especialmente, cuando la Constitución escrita establece o admite la costumbre como fuente del derecho junto a la legislación. La costumbre puede entonces derogar una ley que ha caído en desuso por el hecho de que durante cierto tiempo no ha sido aplicada por los órganos competentes. Pero aun si la Constitución escrita no reconoce la costumbre como fuente de derecho, puede suceder que los tribunales se rehúsen a aplicar una ley que ha caído en desuso. A menos de considerar tal falta de aplicación como ilícita, es necesario admitir que una norma constitucional de origen consuetudinario permite la derogación de una ley por una costumbre opuesta.

En todos estos casos se trata de la derogación de una norma precedentemente válida. También una ley recientemente dictada es válida aun antes de poder ser eficaz; en tanto que la ley no haya caído en desuso, su no aplicación constituye un hecho ilícito, en la medida en que su aplicación configura el contenido de un deber jurídico y no el de una simple autorización. Hay, pues, siempre un período durante el cual una ley desprovista de eficacia conserva su validez por el hecho de que no ha sido todavía derogada por una costumbre opuesta. Aun en el caso de desuso, la validez y la eficacia no deben ser confundidas.

## 5. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DE UN ORDEN JURÍDICO NACIONAL

### a) La Constitución

El análisis que ilumina la función de la norma fundamental descubre también una particularidad del derecho: que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y, además, en una medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma solo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma. Para describir la relación que se establece así entre dos normas, una de las cuales es el fundamento de la validez de la otra, puede recurrirse a imágenes espaciales y hablar de norma superior y de norma inferior, de subordinación de la segunda a la primera. Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación —y por consiguiente la validez— de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto.

Si para comenzar nos limitamos al orden jurídico nacional podemos describir esquemáticamente su estructura jerárquica de la manera siguiente: de acuerdo con la norma fundamental, cuyo carácter hipotético ya hemos definido, el grado superior del derecho positivo es la Constitución, entendida en el sentido material de la pa-

*regula creación de la norma y su función*



labra, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. Estas normas generales forman lo que se denomina la legislación. La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada.

Por el contrario, una Constitución puede, con mayor eficacia, prohibir las leyes que tengan un determinado contenido. Así, cuando una Constitución moderna establece una lista de derechos individuales básicos, tales como la igualdad ante la ley o la libertad de conciencia, dicha Constitución prohíbe por ello mismo la sanción de leyes que consagren desigualdades entre los sujetos de derecho o que ataquen a alguna de las libertades que les están garantizadas. La técnica jurídica permite dar eficacia a dicha prohibición al declarar personalmente responsables al jefe del Estado o a los ministros que han tomado parte de la sanción de una ley inconstitucional, o al prever la derogación o anulación de dicha ley. Esto supone, sin embargo, que una ley no puede derogar la Constitución, y que para modificarla o derogarla es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un quórum más elevado. En otros términos, es necesario que la Constitución haya previsto para su modificación o derogación un procedimiento diferente del legislativo ordinario y que presente mayores dificultades.

b) *La legislación y el concepto de fuente del derecho*

Inmediatamente después de la Constitución encontramos las normas generales emanadas del procedimiento legislativo, las cuales determinan no solo los órganos y el procedimiento, sino también y sobre todo el contenido de las normas individuales que han de ser dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. En tanto que la Constitución tiene por función esencial regular la creación de leyes y se ocupa poco o nada de su contenido, la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales y administrativas. Las leyes pertenecen, pues, a la vez, al derecho material y al derecho formal; el código penal y el código civil son completados por los códigos de procedimiento en lo penal y civil; las leyes administrativas, por las leyes de procedimiento administrativo.

La relación entre la legislación y la jurisdicción o la administración, es así, de manera general, parecida a la que existe entre la Constitución y la legislación. La única diferencia reside en la manera en que la norma superior determina a la norma inferior. En un caso, el elemento formal prepondera sobre el elemento material; en el otro, los dos elementos se equilibran.

En la mayor parte de los órdenes jurídicos nacionales las normas generales de la legislación se encuentran repartidas en dos o más grados diferentes. Así, la distinción entre la ley y el reglamento es particularmente importante cuando la Constitución atribuye, en principio, a un parlamento elegido por el pueblo la competencia para crear normas generales, pero admite que éstas sean detalladas por otras normas generales dictadas por un órgano administrativo. La situación es la misma cuando,



en ciertas circunstancias excepcionales, la Constitución autoriza al gobierno a dictar, en remplazó del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen "fuerza de ley".

En su sentido material la palabra "ley" designa toda norma jurídica general, en tanto que su sentido formal se aplica a una norma general creada en la forma de una ley (es decir, votada por el parlamento y publicada de acuerdo con las reglas especiales que contienen la mayor parte de las constituciones), o bien a una norma individual creada de la misma manera. La expresión "ley en sentido formal" es, pues, equívoca. Por el contrario, no hay posibilidad de confusión cuando se habla de la "forma de la ley", la cual puede ser utilizada para referirse tanto a las normas generales como a las individuales. Sucede también que dicha expresión es empleada para cualquier contenido que no tenga el sentido subjetivo de una norma. Así la exposición de una teoría o la comprobación de un hecho pueden revestir la forma de una ley, pero ésta no tiene por efecto darles una significación jurídica.

Para simplificar, solo consideraremos aquí los casos de las normas constitucionales y otras normas generales creadas por vía estatutaria y no por costumbre. Se tiene por establecida una norma general cuando ha sido creada de modo consciente por un órgano central, y por consuetudinaria cuando ha sido creada de manera inconsciente y descentralizada por los propios sujetos de derecho. Se dice de estos dos modos de creación de las normas jurídicas que son "fuentes" del derecho, pero esta imagen es equívoca, porque puede también desig-

nar el fundamento último de la validez de un orden jurídico, a saber, su norma fundamental.

En su sentido más extendido, puede decirse que hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos. Así, el fallo de un tribunal es para una de las partes en el proceso la fuente de una obligación particular y para la otra la del derecho subjetivo correspondiente. En razón de las diversas significaciones que puede tener, la expresión fuente del derecho se torna inutilizable. En lugar de recurrir a esta imagen, es preferible definir de modo claro y directo cada uno de los problemas por resolver. Es lo que haremos con respecto a la norma general considerada como "fuente" de normas individuales.

### c) La jurisdicción

Al definir de manera abstracta el hecho ilícito y la sanción que es su consecuencia, una norma general solo adquiere su verdadero sentido después de haber sido individualizada. Se trata de establecer si, en un caso concreto, estamos en presencia del hecho ilícito definido abstractamente por la norma general y, en caso afirmativo, de aplicar de modo concreto el acto de coacción, prescrito también de manera abstracta por la norma general. Ésta es la función de las sentencias de los tribunales, de lo que se denomina jurisdicción o poder judicial. La *iuris-dictio* o acto de "decir el derecho" no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos y que afirman ciertas teorías, para las cuales el derecho se encuentra ya totalmente contenido en la norma general de la ley y el tribunal no tiene otra misión que verificar su existencia. La jurisdicción tiene,



por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de derecho, puesto que solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción.

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley.

#### d) Jurisdicción y administración

La administración tiene también por función individualizar y concretar las leyes. En gran parte de su actividad desempeña el mismo papel que la jurisdicción, esforzándose, como ésta, en obtener la conducta social deseada por el legislador al recurrir a actos de coacción en caso de conducta contraria. No hay diferencia esencial entre el acto de un tribunal que aplica una pena a un calumniador con miras a proteger el honor del individuo calumniado, y el de una autoridad administrativa que condena a un automovilista imprudente al pago de una multa a fin de garantizar la seguridad de la circulación.

La jurisdicción y la administración no están, sin embargo, organizadas de la misma manera. Los tribunales gozan, por razones históricas, de una independencia que carecen casi siempre las autoridades administrativas. Además, si la jurisdicción trata de alcanzar el fin del Estado de manera mediata o indirecta, no siempre

es éste el caso de la administración. Esta puede ser obligada jurídicamente a establecer de manera directa e inmediata el estado social deseado construyendo ella misma un edificio escolar, explotando ferrocarriles o prestando asistencia a los enfermos en los hospitales. Esta administración directa es esencialmente diferente de la jurisdicción y de la administración indirecta. No se puede, pues, oponer la jurisdicción a la administración en general, sino solamente a la administración directa.

Una definición correcta de las funciones jurídicas viene así a parar en distinciones diversas de las que se encuentran en la organización de los Estados modernos y que son un producto de la historia. En efecto, contándose oponiendo la jurisdicción a la administración, es decir, dos grupos de autoridades que cumplen en gran parte funciones de la misma naturaleza, cuando en realidad de verdad la distinción esencial debería ser hecha entre la administración directa y la administración indirecta.

#### e) El acto jurídico de derecho privado y la ejecución

En algunos dominios jurídicos, especialmente en derecho privado, las normas generales no son individualizadas directamente por un magistrado que actúa en calidad de órgano del Estado. Entre la ley y la sentencia del tribunal se intercala un acto jurídico de derecho privado, cuya función es individualizar el hecho ilícito. Utilizando las facultades que les son delegadas por la ley, las partes crean normas concretas para regular su conducta recíproca. Corresponde luego al tribunal, luego el caso, comprobar la violación de estas normas y aplicar la sanción de la ejecución forzada.

Si se parte del establecimiento de una Constitución,



el proceso de creación del derecho termina de esta manera con la ejecución de un acto de coacción destinado a sancionar un hecho ilícito.

#### f) Creación y aplicación del derecho

El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye. La mayor parte de los actos jurídicos son, a la vez, actos de creación y de aplicación del derecho. Aplican una norma de un grado superior y crean una norma de un grado inferior. Así, la primera Constitución, es decir, el primer acto creador de derecho, aplica la norma fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la jurisdicción y de la administración aplican las leyes.

Sólo los actos de coacción que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del derecho. Inversamente, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella. Pero entre estos dos casos límites, todos los actos jurídicos tienen a la vez por función crear y aplicar normas jurídicas. Así, el acto jurídico de derecho privado no es un simple acto de aplicación de la ley, según lo enseña la teoría tradicional, así como la ley no es un puro acto creador de derecho.

#### g) Ubicación del derecho internacional en la jerarquía

Si se admite que no hay un orden estatal único sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados, y si

se considera —volveremos más adelante sobre este punto<sup>1</sup>— que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos, y jerárquicamente relacionadas.

#### h) Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes

La unidad del orden jurídico parece estar en discusión cada vez que la creación o el contenido de una norma inferior no se conforma a las prescripciones de la norma que le es superior, ya se trate de una ley constitucional, de un decreto o un reglamento ilegal, de un acto jurisdiccional o administrativo contrario a una ley o a un decreto.

¿Es posible mantener la unidad lógica de un sistema de normas jurídicas cuando dos de ellas, situadas en estratos diferentes, son lógicamente contradictorias; cuando hay validez simultánea de la Constitución y de una ley inconstitucional, de una ley y de una sentencia judicial ilegal? El derecho positivo conoce tales situaciones. Él mismo toma en cuenta el derecho "contrario al derecho" y confirma su existencia adoptando diversas medidas para impedir su surgimiento o mayor expansión. Pero si, por una razón cualquiera, permite que una norma no deseada conserve su validez, subraya su ca-

<sup>1</sup> Ver pág. 216.



rácter de norma antijurídica. Resulta claro que no podría hablarse de la unidad del orden jurídico si el fenómeno de la norma contraria al derecho importara realmente una contradicción lógica entre una norma superior y una norma inferior. Pero éste no es el caso.

Si una ley en vigencia puede, en razón de la manera en que ha sido creada o en razón de su contenido, encontrarse en contradicción con la Constitución, hay una sola interpretación posible: es necesario admitir que la Constitución reconoce no solamente la validez de las leyes constitucionales, sino también, en cierto sentido, la de las leyes denominadas inconstitucionales; de lo contrario no se podría afirmar que dichas leyes estén en vigencia. En efecto, la Constitución no se limita a prescribir que las leyes deben ser dictadas siguiendo un procedimiento determinado y tener o no tener tal o cual contenido. Prescribe, además, que las leyes dictadas de otra manera o que tengan un contenido diferente no deben ser consideradas nulas. Por el contrario, son válidas hasta el momento en que sean anuladas por un tribunal o por otro órgano competente de acuerdo con el procedimiento fijado en la Constitución.

La circunstancia de que la Constitución prescriba a veces expresamente un *mínimum* de formalidades para la sanción de una ley, por ejemplo, su publicación en un Registro Oficial, tiene sólo una importancia secundaria. De aquí solamente resulta que los tribunales deben tener por válida toda norma que se presente bajo la forma de una ley, en tanto no haya sido derogada. Es necesario destacar la importancia de este hecho, porque muchas constituciones no prevén ningún procedimiento para la derogación de las leyes inconstitucionales. Se contentan con la posibilidad de responsabilizar personalmente a ciertos órganos, al jefe del Estado o a un

ministro, por la aprobación de dicha ley, pero esto en modo alguno afecta su validez. Su pretendida inconstitucionalidad no es una contradicción lógica entre la ley y la Constitución; es una condición fijada por la Constitución para la iniciación de un procedimiento que tiende, ya sea a la derogación de la ley (hasta entonces válida, y por consiguiente constitucional), ya sea a condenar a un órgano determinado.

Las normas de la Constitución relativas a la creación y al contenido de las leyes y las que conciernen a la violación de dichas normas forman, pues, un todo. En rigor de verdad tienen el carácter de disposiciones alternativas, sin que ello implique que los dos términos de la alternativa tengan el mismo valor. Las leyes enfocadas por el segundo supuesto sufren una especie de descalificación por el hecho de que son anulables y pueden acarrear el castigo del órgano que las sancionó. No se trata, pues, de leyes inconstitucionales, sino simplemente de leyes defectuosas que pueden ser anuladas de acuerdo con un procedimiento especial.

Lo mismo sucede en el caso del decreto o reglamento ilegal y cuando la decisión judicial o administrativa es contraria a una ley o a un reglamento. Si se prescinde del caso en que la nulidad es absoluta, porque solamente hay una apariencia de norma jurídica, una decisión judicial o administrativa es válida con respecto a la ley hasta tanto no sea anulada según el procedimiento previsto a este efecto. La ley no se limita a prescribir que dicha decisión deba ser tomada de una manera determinada y tener tal o cual contenido. Añade que las decisiones tomadas de otra manera o que tienen un contenido diferente permanecen válidas mientras no sean anuladas según un procedimiento especial. Si este procedimiento no tiene éxito o no se ha previsto ni-



gundo, la decisión tiene "fuerza de ley" aunque su contenido esté en oposición con el de la ley, y su validez resulta de la ley misma.

No se puede comprender el sentido de una norma superior que determine la creación y el contenido de una norma inferior sin tener en cuenta las prescripciones complementarias que establece para el caso en que sus primeras prescripciones fueran violadas. La determinación de una norma inferior por una norma superior tiene, pues, un carácter alternativo. El órgano competente para crear la norma inferior de conformidad con la norma superior tiene la posibilidad de optar entre los dos términos de la alternativa, pero el primero es señalado por la norma superior; y si elige el segundo, la norma por él creada es anulable, aunque permanece válida mientras no haya sido anulada.

Una norma es, pues, válida si ha sido establecida conforme a la norma superior, es decir, de acuerdo con uno o con otro término de la alternativa contenida en esta norma superior. Solo una norma válida puede ser anulable, y si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues solo tiene de ella su apariencia.

Esto nos permite formular el principio general de que en el dominio del derecho no hay jamás nulidad, sino solamente anulabilidad. Una norma jurídica no es jamás nula; solamente puede suceder que sea anulable. Por el contrario, hay diversos grados de anulabilidad. El orden jurídico puede autorizar a un órgano especial a disponer la anulación con efecto retroactivo de una norma creada por otro órgano, de tal modo que todos los efectos jurídicos producidos por la norma sean abolidos. Se habla entonces, incorrectamente, de una nu-

lidad *ab initio* o de una declaración de nulidad, pero la anulación de la norma no es un acto declarativo, sino un acto constitutivo, sin el cual la norma no puede ser tenida por nula, pues antes de la pretendida "declaración de nulidad" la norma existía, era válida. Ha sido necesario un acto del órgano competente para que sea abolida. Si no hubiera habido norma válida, el acto del órgano competente no habría tenido objeto.

Un orden jurídico puede autorizar a todo individuo afectado por una norma pretendidamente jurídica a declararla nula, es decir, a anularla con efecto retroactivo. Este caso es el de más alto grado de anulabilidad, habitualmente calificado como nulidad. Sin embargo, no se lo encuentra en los derechos nacionales modernos. Un orden social que confiera a todos sus miembros el poder de decidir si una norma de este orden es o no válida, no está muy alejado de la anarquía. La ausencia de un órgano centralizado encargado de pronunciarse sobre la validez de las normas jurídicas caracteriza a los derechos primitivos. Los derechos nacionales modernos instituyen, por el contrario, órganos centralizados para la creación y la aplicación de normas jurídicas, lo que da a estos derechos el carácter de órdenes jurídicos estatales. En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida.

Esto no significa que todo acto que se presente como creador de derecho sea un acto jurídico en tanto que no se lo anule. Hay naturalmente casos en que tales actos son nulos *ab initio* sin que sea necesario anularlos, pero tal aparente nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del derecho.



¿Cómo podemos reconocerla y distinguirla de la anulabilidad? Solo el orden jurídico podría responder a esta pregunta determinando en qué condiciones no es necesario anular un acto pretendidamente jurídico. Pero si lo hiciera, debería también encargar a un órgano que compruebe la realización de estas condiciones en un caso concreto. Ahora bien, esta verificación tendría necesariamente el carácter de una decisión constitutiva, eventualmente con efecto retroactivo; se referiría a un hecho jurídico existente y significaría, por lo tanto, la anulación de una norma jurídica. Así como todo lo que tocaba el rey Midas se transformaba en oro, todo objeto al cual se aplica el derecho adquiere una existencia jurídica. Esto nos confirma que la nulidad absoluta es metajurídica.

La alternativa planteada por la norma superior en su determinación de la norma inferior excluye la posibilidad de una verdadera contradicción lógica entre las dos normas, ya que una contradicción con el primer término de la alternativa no es una contradicción con la norma considerada en su conjunto. Además, una contradicción entre la norma inferior y el primer término de la alternativa planteada por la norma superior sólo existe a partir del momento en que ha sido comprobada por la autoridad competente siguiendo el procedimiento prescrito. Si un simple particular pretende que hay una contradicción, ésta no tiene ninguna importancia en el sistema del derecho. Una "contradicción" sólo aparece así en el momento mismo en que la norma contradictoria es derogada.

Si se prescinde de la responsabilidad personal de los órganos que han dictado una norma "contraria al derecho" (esta responsabilidad no tiene ningún efecto sobre la validez de la norma), una norma supuestamente

válida es considerada contraria al derecho ya sea cuando puede ser derogada —es decir, anulada por un acto jurídico—, ya cuando tiene solamente para la ciencia del derecho la apariencia de una norma válida y debe, por consiguiente, cesar de ser considerada como tal. O bien es anulable, sin perder su validez, por lo tanto, conforme al derecho, hasta su anulación, o bien es nula, y entonces no es una norma.

Una ciencia normativa no puede admitir contradicción entre dos normas que pertenecen al mismo sistema. Ahora bien, el derecho mismo resuelve el conflicto posible entre dos normas válidas situadas en estratos diferentes, de tal manera que ninguna contradicción lógica afecta la unidad del orden jurídico en su estructura jerárquica.



## CAPÍTULO X

### LA INTERPRETACIÓN

#### 1. RAZÓN DE SER Y OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN

La estructura jerárquica del orden jurídico tiene consecuencias muy importantes para el problema de la interpretación. Esta es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior.

En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer. Pero también la Constitución debe ser interpretada cuando se trata de aplicarla con la finalidad de sancionar leyes ordinarias, leyes de excepción u otras normas jurídicas reguladas directamente por aquélla. Hay, por último, una interpretación de las normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos de derecho privado, etc. En síntesis, toda norma debe ser interpretada para su aplicación, o sea, en la medida en que el proceso de creación y de



aplicación del derecho descende un grado en la jerarquía del orden jurídico.

2. DETERMINACION PARCIAL DE LA NORMA INFERIOR POR LA NORMA SUPERIOR

Al estudiar la relación entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que la <sup>norma superior</sup> primera regula el acto por el cual la segunda es creada. De la misma manera, una norma que se encuentra al final del proceso de creación del derecho regula el acto por el cual debe ser ejecutada, sin que una nueva norma sea creada.

La norma superior puede también determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada. Siempre deja un margen más o menos amplio de libre apreciación, y se presenta, de esta manera, como una especie de marco que es necesario llenar. Todo orden, por detallado que sea, deja una serie de puntos que su ejecutor debe decidir. Cuando el órgano A ordena al órgano B proceder a la detención de un malhechor, el órgano B debe decidir cuándo y cómo ejecutará esta orden, y sus decisiones dependerán de circunstancias que el órgano A no ha previsto y no puede prever la mayoría de las veces.

Toda norma determina, pues, de manera solamente parcial, el acto jurídico por el cual es aplicada, ya se trate de un acto que crea una nueva norma o de un simple acto de ejecución. Por otra parte, los elementos que la norma deja indeterminados pueden atañer tanto al hecho ilícito como a la sanción. A menudo, el autor de la norma superior se abstiene voluntariamente de determinar cierto número de puntos. Así, cuando establece una

norma general, supone siempre que una norma individual continuará el proceso de determinación del derecho, que es el sentido mismo de la estructura jerárquica del orden jurídico. Por ejemplo: un parlamento dicta una ley que obliga a la población a tomar en caso de epidemia ciertas medidas para impedir la propagación de la enfermedad. Delega entonces en un órgano administrativo la facultad de determinar, para cada enfermedad, cuáles son las medidas por tomar. Igualmente, el código penal prevé para determinado delito una pena que puede ser pecuniaria o privativa de libertad, y deja librado al juez determinar en cada caso la especie y la importancia de la pena, teniendo eventualmente en cuenta el mínimo y el máximo fijados por el mismo código.

La no determinación de un acto jurídico puede ser también la consecuencia involuntaria del texto de la norma que regula ese acto. El caso más frecuente se presenta cuando las palabras o las frases por medio de las cuales la norma se expresa son equívocas. Quien debe aplicar la norma se encuentra entonces en presencia de varias significaciones posibles. Sucede lo mismo cuando hay motivo para pensar en una discrepancia entre el sentido gramatical y la voluntad de su autor. Prescindiendo de los medios que permiten acreditar esta voluntad sin atenerse exclusivamente al texto de la norma, debe admitirse en todo caso la posibilidad de lograrlo. La ciencia jurídica tradicional considera de una manera muy general esta posibilidad de desacuerdo entre la "voluntad" del legislador o de las partes contratantes y el texto de la ley o del contrato. La discrepancia es solamente parcial cuando esta voluntad corresponde por lo menos a una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener. Por último, la no deter-



minación de un acto jurídico puede resultar de una tradición total o parcial entre dos normas que pretenden ser válidas concurrentemente, por ejemplo, cuando pertenecen a la misma ley. En cuanto a la posibilidad de un conflicto entre una norma superior y otra inferior, hemos visto que no afecta la unidad del orden jurídico <sup>1</sup>.

3. LA NORMA ES UN MARCO ABIERTO  
A VARIAS POSIBILIDADES

En todos los casos de no determinación voluntaria o involuntaria de un acto jurídico, la aplicación de la norma que regula este acto ofrece varias posibilidades. Así, puede retenerse una de las diversas significaciones que el texto de la norma puede tener, o bien puede adecuarse a la voluntad del autor de la norma si se pudo determinarla de otra manera, o elegir una de dos normas contradictorias, o considerar que éstas se anulan recíprocamente. La norma superior es así un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación es conforme a la norma si no sale de este marco y en cambio lo llena de alguna de las maneras posibles.

Si se entiende por interpretación la determinación del sentido de la norma por aplicar, el resultado de esta actividad no puede ser otro que la determinación del marco constituido por la norma y, por consiguiente, la comprobación de las diversas maneras posibles de llenarlo. La interpretación de una norma no conduce, pues, necesariamente, a una solución única que sería la exclusivamente justa. Puede presentar varias soluciones que

<sup>1</sup> Ver pág. 155.

desde el punto de vista jurídico son todas de igual valor si están de acuerdo con la norma por interpretar. Por el contrario, el órgano encargado de aplicar la norma puede atribuir a estas soluciones valores diferentes si los considera desde el punto de vista político o moral. El tiene competencia para escoger la que le parezca más apropiada, de tal modo que entre las diversas interpretaciones posibles una sola se convertirá en derecho positivo para el caso concreto. Decir que su decisión está fundada en derecho significa simplemente que se mantiene en el interior del marco constituido por la norma, que es una manera de llenarlo, pero no la única.

La ciencia jurídica tradicional tiene del papel de la interpretación una concepción más amplia, pues la misma no se reduciría a la determinación del marco que un acto jurídico deberá llenar, sino también, y sobre todo, a emplear un método que permita llenarlo correctamente. Según esta teoría, la aplicación de una ley a un hecho concreto sólo puede conducir a una única decisión correcta, impuesta por la misma ley. El intérprete tendría así por función esclarecer o comprender el sentido del derecho con la ayuda, no de su voluntad, sino de su razón, y entre las diversas soluciones posibles podría, por una actividad puramente intelectual, elegir una que sea la única justa con respecto al derecho positivo.

4. LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

La teoría del derecho positivo no suministra ningún criterio y no indica ningún método que permita dar preferencia a una de las diversas posibilidades contenidas en el marco de una norma, a uno de los sentidos que ésta puede tener, si se la considera en sí misma o en re-



lación con las otras normas del orden jurídico. A pesar de todos sus esfuerzos, la ciencia jurídica tradicional no ha logrado resolver de modo objetivamente válido la divergencia que puede existir entre el texto de una norma y la voluntad de su autor. Todos los métodos de interpretación que han sido propuestos sólo conducen a una solución posible y no a una solución que sea la única correcta. Uno puede no cuidarse del texto y atenerse a la voluntad probable del legislador, o bien respetar estrictamente el texto y desentenderse de esta voluntad, en general muy problemática. Desde el punto de vista del derecho positivo estas dos actitudes son por completo equivalentes.

Cuando dos normas simultáneamente válidas se contradicen puede elegirse entre las tres posibilidades lógicas ya mencionadas, a saber: aplicar la primera, aplicar la segunda o considerar que se anulan recíprocamente. Sería vana tarea buscar una que fuera la única "jurídica" con exclusión de las otras dos.

Las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento *a contrario* están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra. De la misma manera, la regla que prescribe tener en cuenta los intereses en juego, se limita a ubicar el problema sin aportar la solución, ya que no brinda el criterio objetivo que permite evaluar los intereses opuestos y resolver el conflicto resultante. Este criterio no podría ser extraído en particular de la norma por interpretar, ni de la ley en la cual se encuentra, ni del orden jurídico considerado en su conjunto, pues la necesidad de una "interpretación" resulta precisamente del hecho de que la norma o el sistema de normas por interpretar es un marco abierto a va-

rias posibilidades y no decide, entre los intereses en juego, cuál es el que tiene mayor valor. Para ello es preciso un nuevo acto creador de derecho, como el fallo de un tribunal.

##### 5. ¿LA INTERPRETACIÓN ES UN ACTO DE CONOCIMIENTO O DE VOLUNTAD?

La teoría tradicional de la interpretación parte de la idea de que basta cierto conocimiento del derecho existente para determinar los elementos que faltan en la norma cuando se trata de aplicarla. Esta concepción es a la vez ilusoria y contradictoria, pues es inconciliable con la hipótesis misma de la posibilidad de una interpretación. El derecho positivo no permite la elección de la solución "justa" entre las diversas posibilidades contenidas en el marco de la norma, con lo cual el problema por resolver no es de la competencia de la ciencia del derecho sino de la política jurídica. No hay diferencia esencial entre la preparación de una sentencia judicial o un acto administrativo conforme a la ley y la elaboración de una ley conforme a la Constitución. La interpretación de la Constitución no posibilita más al legislador dictar una ley justa de lo que la interpretación de la ley posibilita a un tribunal pronunciar una sentencia justa. Entre estos dos casos, sin embargo, existe una diferencia de orden cuantitativo, ya que desde el punto de vista material la libertad del legislador es más amplia que la del juez, pero éste también está llamado a crear normas jurídicas y goza de cierta libertad en su actividad, puesto que la creación de una norma individual es un acto de voluntad en la medida en que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.



Un comentario científico debe limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma. No puede decidir cuál de ellas es la única correcta o justa. Esta decisión es un acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma creando una nueva. La mayor parte de los comentarios que se consideran científicos son, en realidad, obras de política jurídica. Al elegir una sola de las interpretaciones lógicamente posibles, tratan de ejercer una influencia en el proceso de creación del derecho induciendo a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar que no hay otra interpretación posible.

Ahora bien, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica. Su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo ni aplicarlo por un acto de voluntad. Su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley. Esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida. Se emplea habitualmente la expresión interpretación auténtica en el caso de una norma que tenga expresa y exclusivamente por función interpretar otra norma, pero una interpretación contenida en una norma que también tiene otra función no es menos auténtica y obligatoria.

Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene

en cuenta a la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina "bien público", "interés del Estado", "progreso". Si miramos desde el punto de vista del derecho positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior.

La situación sería diferente si la norma superior prescribiera la aplicación de una norma moral o de otra norma metajurídica; pero en tal caso dicha prescripción tendría por efecto transformar la norma metajurídica en una norma de derecho positivo.

#### 6. LA ILUSORIA SEGURIDAD JURÍDICA

Cuando el sentido de una norma es dudoso, según la teoría tradicional existe una sola interpretación correcta y un método científico que permite establecerla en todos los casos. El derecho sería así un orden fijo que determinaría de manera inequívoca la conducta de los hombres y, en particular, la de los tribunales y la de los otros órganos encargados de aplicarlo, con lo que garantizaría si no una seguridad económica, al menos una seguridad jurídica. Esta idea es, sin embargo, ilusoria y la Teoría pura del derecho, que solo se dedica a la búsqueda de la verdad, se ve obligada a destruir esta ilusión a pesar de los efectos muy útiles que pueda tener en el ámbito de la política.



7. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS

a) Las lagunas lógicas

Se atribuye un papel especial a la interpretación en la tarea de llenar lo que se denomina las lagunas del derecho. Con esto se hace referencia a la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Según esta posición, de ocurrir un litigio tal, el órgano encargado de resolverlo sería incapaz de hacerlo si debía limitarse a aplicar el derecho vigente, y para llenar esta laguna se vería constraído a recurrir a la interpretación.

Sin embargo, tales lagunas no existen. Hay litigio cuando una de las partes pretende tener un derecho que la otra cuestiona, o, más exactamente, cuando la otra parte cuestiona tener la obligación correspondiente a este derecho. El órgano encargado de resolver el litigio debe determinar si el derecho vigente impone o no dicha obligación a la parte que la cuestiona. En la afirmativa dará razón al demandante, en la negativa rechazará su demanda. En ambos casos aplica el derecho vigente. Si da la razón al actor, aplica la norma que impone una obligación al demandado. Si rechaza la demanda, aplica la regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido; ningún hombre puede exigir de otro que se conduzca de una manera determinada si éste no está jurídicamente obligado a ello. En otros términos, cada uno es libre de obrar según su voluntad cuando su conducta no está determinada por el derecho. Esta libertad le está garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de

conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constraerlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio.

Si en algunos casos se habla, no obstante, de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ese caso, y que si lo hubiera pensado habría tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente. La mayoría de las veces es imposible determinar si esta suposición es justa o falsa, pero ello no tiene prácticamente ninguna importancia si la Constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo. Por otra parte, lo que uno considera malo otro puede encontrarlo excelente. En el caso de un litigio, el derecho vigente es casi siempre satisfactorio para una de las partes y criticable para la otra. Acá, donde se pretende ver una laguna, no hay en rigor de verdad otra cosa que una divergencia entre el derecho positivo y otro "derecho" considerado mejor o más justo. Solo la comparación de estos dos "derechos" hace aparecer una insuficiencia del derecho positivo.

En razón misma de la naturaleza de una laguna tal, es evidente la imposibilidad de llenarla por vía de la



interpretación. Esta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y remplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho, en realidad se lo deroga y se lo reemplaza por un derecho nuevo, creado especialmente en vista de un caso concreto. Hay aquí una ficción a la cual se recurre sobre todo cuando es difícil o imposible obtener la modificación de una norma general por la vía legislativa, por ejemplo cuando se trata de una norma consuetudinaria que por definición no puede ser modificada siguiendo un procedimiento racional, o una ley a la cual se atribuye un origen sagrado o divino, o cuando por otras razones no parece posible u oportuno poner en movimiento el aparato legislativo.

#### b) *Las lagunas técnicas*

Además de las lagunas lógicas se habla a veces de lagunas técnicas. Su existencia es admitida aun por aquellos autores que, colocándose en un punto de vista positivista, cuestionan que pueda haber verdaderas lagunas lógicas. Una laguna técnica se presentaría cuando el legislador ha omitido dictar una norma indispensable para la aplicación técnica de la ley y tal laguna podría ser llenada por vía de interpretación. En realidad, se entiende por laguna técnica una laguna lógica que resulta de una divergencia entre el derecho positivo y el derecho deseado, o bien aquella indeterminación que resulta del hecho de que la norma es solamente un marco.

Así hay laguna lógica y no técnica en el caso de una ley que establezca que el contrato de venta es obligatorio, pero no indique quién soportará los riesgos si la cosa vendida es destruida de modo fortuito antes de ha-

ber sido transferida al comprador. No puede afirmarse que la ley nada prescribe a este respecto, puesto que no libera al vendedor de la obligación de entregar la cosa o abonar una compensación. El vendedor que quisiera ser liberado de esta obligación pretenderá que hay una laguna en la ley, pero ella no impide que la ley sea aplicable, pues los riesgos están a cargo del vendedor cuando no ha sido prevista ninguna excepción a su obligación de entregar la cosa.

En otros casos, la pretendida laguna técnica resulta del hecho de que la norma por aplicar es solamente un marco. Así, una ley prescribe la elección de un órgano, pero no señala el procedimiento, es decir, si debe realizarse según el sistema de las mayorías o el proporcional, por voto público o secreto. Esto significa que el procedimiento electoral queda librado al arbitrio del órgano encargado de la elección. Corresponde, pues, a una norma de un grado inferior la determinación del procedimiento electoral.

Otro ejemplo: una ley establece un órgano que tiene el carácter de una asamblea, con ciertas funciones legislativas o administrativas, y prescribe que esta asamblea, para obrar válidamente, debe haber sido convocada por su presidente. Éste debe ser elegido por la asamblea, pero la ley no indica quién debe convocar la asamblea en el caso de que todavía no haya presidente. Esto puede significar que en ausencia de un presidente todo otro modo de convocatoria está permitido, pero si esta conclusión no fuera posible, sería necesario admitir que en virtud de la ley misma dicha asamblea no está en condiciones de reunirse válidamente. Sin embargo, aquí no se está en presencia de una laguna, pues el sentido de la ley es claro: la asamblea debe ser convocada por su presidente aun cuando éste no exista. Si la ley nada hubiera



prescrito con respecto al sujeto de la convocatoria ésta hubiera podido tener lugar de cualquier manera, pero la ley contiene una disposición absurda y tal eventualidad no puede ser excluida absolutamente, dado que las leyes son obras humanas. Cuando una norma está desprovista de sentido, de ninguna manera la interpretación puede encontrárselo, puesto que únicamente puede extraer de una norma lo que en ella ya está contenido.

### c) *Las lagunas admitidas por el legislador*

Aunque no haya lagunas en el derecho, el legislador orientado por una teoría errónea puede admitir la existencia de verdaderas lagunas lógicas. Pero estas lagunas no tienen quizá el sentido que el legislador les atribuye. Este puede adoptar, y de hecho adopta frecuentemente, disposiciones para el caso de que ninguna decisión pueda ser adoptada basándose en la ley. Cuando en caso de "laguna", el artículo 1º del Código Civil suizo prescribe al juez decidir "según las reglas que establecería si tuviera que actuar como legislador", esto significa que el juez está autorizado para resolver libremente, haciendo abstracción de la ley, en el caso de que su aplicación le pareciera conducir a un resultado inaceptable.

Un buen legislador no puede renunciar a los medios que permitan en ciertas circunstancias corregir los efectos de una ley, pues ciertamente se presentarán hechos que él no ha previsto y que no estaba en condiciones de prever, por la circunstancia de que las normas generales sólo pueden tener en cuenta los casos promedio. Es evidente que el legislador se encuentra incapacitado para determinar previamente los casos en que el juez deberá sustituirlo, ya que si pudiera preverlos crearía él mismo las normas que le parecieran apropiadas. No tiene, pues,

otro recurso que el de autorizar al juez a realizar actos de legislador cuando la aplicación de la ley, tal como ella sería lógicamente posible, le pareciera poco satisfactoria por razones de orden político o moral. Corre entonces el riesgo de que el juez intervenga en calidad de legislador suplente en los casos en que debería aplicar la ley. Además cuestiona el principio de la legalidad de la jurisdicción así como también la validez de las normas generales que deben aplicarse. El centro de gravedad en la creación del derecho podría tener así la tendencia de pasar del legislador, autor de las normas generales, a las autoridades que están encargadas de aplicarlas estableciendo normas individuales.

A fin de disminuir este peligro en la medida de lo posible, la autorización de hacer abstracción de la ley es formulada de tal manera que no se perciban los plenos poderes que ella comporta. Se trata de dar la impresión de que esa autorización es acordada solamente en el caso en que es lógicamente imposible aplicar la ley. El juez debe ser inducido a pensar que no tiene la facultad de determinar por sí mismo en qué casos puede sustituirse al legislador, y tal es precisamente la conclusión que la ficción de la laguna debe sugerir. Al emplear consciente o inconscientemente una fórmula incorrecta, el legislador tiende a obtener que el juez haga uso muy raramente de la autorización que le da de no aplicar la ley en un caso concreto, pues el juez no admitirá la existencia de una verdadera laguna si no está en presencia de una muy fuerte divergencia entre la ley y su propia concepción de la justicia, es decir, si él puede considerar que el caso no ha sido previsto por el legislador y no está en consecuencia regulado por la ley. Como toda aplicación del derecho se produce infringiendo de lo general lo particular, esa premisa no funcionaría aquí. La teoría de



#### LA INTERPRETACIÓN

la laguna tiene, pues, un carácter ideológico muy acentuado. Así, cuando, a criterio del juez, la aplicación de la ley resulta inoportuna por razones de política jurídica, esta teoría pretende que es lógicamente imposible aplicarla.

#### CAPÍTULO XI

### LOS MODOS DE CREACIÓN DEL DERECHO

#### 1. FORMACIÓN DEL DERECHO Y FORMA DEL ESTADO

La teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra al derecho en movimiento. Lo sigue en el proceso constantemente renovado de su creación autónoma, y se distingue así de las teorías que, desde un punto de vista estático, intentan comprender el derecho sin tener en cuenta su creación, considerándolo únicamente como un orden creado, cuyo ámbito de validez se trata de determinar.

El problema central de la dinámica jurídica es el de los diversos modos de creación del derecho. Si la función esencial de toda norma jurídica es la de obligar a los hombres a que se conduzcan de una manera determinada prescribiendo un acto coactivo en caso de conducta contraria, es importante examinar si, y en qué medida, los sujetos de derecho participan en la formación de las normas a las cuales se encuentran sometidos; en otros términos, si sus obligaciones nacen con su consentimiento o sin él y, eventualmente, aun contra su misma voluntad. Esta distinción entre autonomía y hetero-



domia aparece sobre todo en la teoría del derecho público. Sirve de base a la clasificación habitual de las diversas formas del Estado, donde se opone la democracia a la autocracia, la república a la monarquía.

No se trata aquí, sin embargo, más que de un caso particular del problema general de la formación del derecho. Por forma del Estado se entiende habitualmente el modo de creación del derecho en el grado superior del orden jurídico, es decir, las reglas establecidas por la Constitución para la formación de las normas generales. Se identifica así al Estado con la Constitución ateniéndose a la concepción tradicional de un derecho formado únicamente por normas generales, mientras que la individualización y la concreción de normas generales y abstractas se efectúan también en el marco del orden jurídico. A la idea de que la forma del Estado está determinada por la Constitución corresponde el prejuicio según el cual el derecho está contenido íntegramente en la ley. En realidad, el problema de la forma del Estado o del modo de creación del derecho no se plantea únicamente en la relación entre la Constitución y la legislación, sino en todos los grados de la formación del derecho y especialmente en la relación entre las normas generales de la legislación y las normas individuales de los actos administrativos, de las sentencias judiciales y de los actos jurídicos de derecho privado.

2. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

La distinción entre derecho público y privado tiene una importancia esencial en la moderna ciencia del derecho, pero hasta hoy no ha sido posible lograr una definición satisfactoria de esa diferencia. Se la considera

en general como un principio de clasificación de las relaciones jurídicas. El derecho privado sería una relación entre dos sujetos iguales y el derecho público una relación entre dos sujetos, uno de los cuales estaría subordinado al otro, y tendría así menos valor jurídico. Únicamente las relaciones de derecho privado serían verdaderamente "jurídicas" en el sentido estricto del término, en tanto que en el derecho público habría relaciones de "poder" o de "dominio", cuyo caso típico está dado en la relación entre el Estado y sus súbditos. La distinción entre derecho público y privado tiende así a oponer el derecho al Estado concebido como una fuerza que carecería total o parcialmente de carácter jurídico.

Si se examina más detenidamente en qué consiste este valor superior atribuido a ciertos sujetos respecto de los cuales los otros estarían subordinados, se descubre que se trata de una diferencia en el modo de creación del derecho, distinción semejante a la que sirve de fundamento a la clasificación de las formas del Estado. El valor jurídico superior atribuido al Estado en relación a sus súbditos consiste en que el orden jurídico confiere a los individuos dotados de la calidad de órganos del Estado, o por lo menos a algunos de ellos denominados magistrados, el poder de obligar a los súbditos mediante declaraciones unilaterales de voluntad. El ejemplo típico de la relación de derecho público es la norma individual dictada por un órgano administrativo para imponer una conducta determinada al individuo al cual se dirige, en tanto que en derecho privado nos encontramos sobre todo con contratos, es decir, normas individuales por las cuales las partes contratantes se obligan recíprocamente a una conducta determinada.

Los individuos ligados por un contrato han participado en la formación de la norma a la cual se han so-



metido, lo que no sucede cuando es el sujeto el destinatario de una orden administrativa. De un lado tenemos una producción democrática del derecho, del otro una producción autocrática. Con todo acierto, desde hace mucho tiempo, la teoría del derecho ve en el contrato una institución perteneciente a la esfera de la autonomía privada.

### 3. FUNCIÓN IDEOLÓGICA DEL DUALISMO DEL DERECHO PÚBLICO Y DEL DERECHO PRIVADO

La diferencia decisiva entre el derecho público y el derecho privado radica en la oposición de dos modos de formación del derecho; resulta de ello que los "actos públicos" del Estado son actos jurídicos al igual que los contratos, y sobre todo la manifestación de voluntad que constituye el hecho creador de derecho aparece en ambas situaciones como la continuación del proceso de formación de la voluntad estatal, pues se trata cada vez de individualizar una norma general: una ley administrativa en el caso de una orden administrativa, el código civil en el caso del contrato.

En estas condiciones la Teoría pura del derecho, que se coloca siempre en un punto de vista universalista y enfoca el orden jurídico como un todo, puede sin paraja ver un acto del Estado tanto en un contrato como en la sentencia de un magistrado, dado que ambos son actos creadores de derecho imputables a la unidad del orden jurídico. De esta manera la oposición entre derecho público y privado se torna puramente relativa e intrasistemática, mientras que para la teoría tradicional tiene un carácter absoluto y extrasistemático, al oponer al derecho un Estado que es distinto de aquél.

La ideología que funda el dualismo del derecho público y privado en la oposición absoluta entre derecho y fuerza, o al menos entre derecho y poder estatal, conduce a la idea errónea de que en el dominio del derecho público y en particular en las ramas —importantes desde el punto de vista político— del derecho constitucional y del derecho administrativo, la validez de la norma jurídica no tendría el mismo sentido ni la misma intensidad que en el dominio del derecho privado. En el derecho público el interés del Estado y el bien público prevalecerían sobre el derecho estricto, en tanto que el derecho privado sería en cierto modo el verdadero dominio del derecho. Así la relación entre la norma general y el órgano encargado de aplicarla no sería la misma en estas dos partes del derecho: en el derecho privado, aplicación estricta de la ley al caso particular; en el derecho público, libre realización de la finalidad del Estado en el marco de la ley y aun contra la ley si las circunstancias lo exigieran.

Esta teoría no tiene, sin embargo, ningún fundamento en el derecho positivo, en la medida en que no se limite a la comprobación de que los órganos legislativos, gubernamentales y administrativos tienen en general mayor libertad de apreciación que los tribunales. Además, incurre en contradicción al reivindicar para el "derecho" público, en razón de su importancia vital para el Estado, cierta independencia con respecto al derecho, a la vez que atribuye a esta independencia el carácter de un principio jurídico, de una cualidad propia del derecho público. A lo sumo se podría hablar de dos técnicas jurídicas diferentes, pero no de una oposición absoluta entre el Estado y el derecho.

Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido



por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas: no una libertad respecto del derecho, que es en verdad imposible, sino respecto de la ley elaborada por el parlamento o con su participación. Esto no significa solamente que una reglamentación demasiado estrecha de la actividad del gobierno y de la administración sea contraria a la naturaleza de sus funciones, sino también que tal reglamentación, cuando existe, puede ser ignorada. En razón de la oposición habitual entre gobierno y parlamento encontramos partidarios de esta teoría tanto en las monarquías constitucionales como en las repúblicas democráticas.

Además, al dar un carácter absoluto a la distinción entre derecho público y privado, se da a entender que el dominio de la política está limitado al derecho constitucional y al derecho administrativo y que de ninguna manera se extiende al derecho privado. Hemos tenido ocasión de mostrar precedentemente que entre los derechos subjetivos no hay oposición entre los públicos o políticos y los privados<sup>1</sup>. Estos últimos son derechos políticos con el mismo título que aquellos a los cuales se reserva esta calificación. Unos y otros permiten participar en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, intervenir en el dominio de la política. No difieren más que en el modo de participar en esa formación. La distinción entre un derecho público, que sería político, y un derecho privado, que no lo sería, no tiene en cuenta el hecho de que el derecho privado creado por contrato

Ver pág. 122.

pertenece tanto como el derecho público al dominio de la política.

Por la función que desempeña el derecho denominado privado en un orden jurídico, él no es otra cosa que la forma jurídica particular dada a la producción y al reparto de las riquezas en una economía capitalista; por lo tanto, esa función es eminentemente política. En una economía socialista la estructura del derecho privado sería diferente. Ya no se fundaría sobre los principios de autonomía y democracia, sino probablemente sobre los de heteronomía y autocracia y se acercaría más a la estructura del derecho administrativo actual. Aquí no examinaremos si esta estructura sería más satisfactoria o más justa, pues se trata de un punto sobre el cual la Teoría pura del derecho no quiere ni puede pronunciarse.



ca de todo lo jurídico, la Teoría pura del derecho crea una condición esencial para lograr la unidad política mundial con una organización jurídica centralizada.

BIBLIOGRAFIA DEL AUTOR

- Die Staatslehre des Dante Alighicri, Viena y Leipzig, 1905, 149 págs.  
Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (Gesetz vom 26. Jänner 1807), Viena, 1907, 217 págs.  
Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz, Tübingen, 1911; 2ª ed., 1923, XXXVI + 709 págs.  
Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen, 1911, 64 págs.  
Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen, 1920; 2ª ed., 1928, XII + 320 págs.  
Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus, Leipzig, 1920, 129 págs.; 2ª ed., 1928, VIII + 208 págs.  
Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, 1920, 38 págs.; 2ª ed. 1929, VII + 119 págs. [Esencia y valor de la democracia, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, 159 págs.]  
Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Oesterreich, mit einer historischen Uebersicht und kritischen Erläuterungen, Viena y Leipzig, 1919-1922, 3 volúmenes.  
Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht, Tübingen, 1922; 2ª ed., 1928, VIII + 253 págs.  
Rechtswissenschaft und Recht. Erledigung eines Versuches zur Ueberwindung der "Rechtsdogmatik", Viena y Leipzig, 1922, 135 págs.



TEORIA PURA DEL DERECHO

- Oesterreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen, 1923, 256 págs.
- Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, XIV + 433 págs. [Teoría general del Estado, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S. A., 1934, XIX + 543 págs.]
- Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates, Viena, 1926, 64 págs. [Compendio de teoría general del Estado, Barcelona, Núñez y Cla., 1928, XXVI + 131 págs. 2ª ed., corregida, con un estudio preliminar sobre la Teoría pura del derecho y del Estado, por Luis Recaséns Siches, Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1934, 235 págs.]
- "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 14, 1926, págs. 231-331.
- Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, Charlottenburgo, 1928, 78 págs.
- Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung, Viena, 1930, 91 págs.
- Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Berlin, 1931, 53 págs.
- "Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis", *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 42, 1932, págs. 121-351.
- Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Prolegomena, Leipzig y Viena, 1934, XV + 236 págs. [La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática del derecho, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1ª ed.: 1941, 213 págs.; 2ª ed.: 1946, 216 págs.]
- "Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant", *Geneva Studies*, Ginebra, vol. X, 1939, Nº 5, 178 págs.
- Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung, La Haya, 1940, 514 págs.
- Society and Nature. A Sociological Inquiry, University of Chicago Press, 1943, 391 págs. [Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1945, XXII + 684 páginas].

BIBLIOGRAFIA DEL AUTOR

- Law and Peace in International Relations, Harvard University Press, 1942. [Derecho y paz en las relaciones internacionales, con prólogo de Luis Recaséns Siches, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, 209 págs.]
- General Theory of Law and State, Harvard University Press, 1943, 600 págs.
- El contrato y el tratado, analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del derecho, México, Publicaciones de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, serie de monografías Nº 1, Imprenta Universitaria, 1943, XIII + 166 págs.
- "Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als-Ob", *Annalen der Philosophie*, vol. 1, 1919, págs. 630-658.
- "Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie'", *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik*, nueva serie, vol. 1, 1921, págs. 104-119.
- "Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntnis-kritik", *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 2, 1921, págs. 453-510.
- "Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates", *Kölner Vierteljahresschrift für Soziologie*, serie A, 1922, año II, págs. 18-37.
- "Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse". *Imago, Zeitschrift für Anwendung der Psycho-Analyse auf die Geisteswissenschaften*, vol. 8, 1922, págs. 97-141.
- "Gott und Staat", *Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, vol. 11, 1922/23, págs. 261-284.
- Marx oder Lassalle?, Leipzig, 1924, 50 págs.
- "Kihanteki Taikēi to shitenō Kokka" ("El Estado en tanto que orden normativo"), *Hogaku Ronso*, Kyoto, Japón, vol. 11, 1924, págs. 117-134, 260-270, 387-396 y 528-550.
- "Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates", *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, vol. 17, 1924, págs. 374-408.
- "Diritto pubblico e privato", *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1924, págs. 340-357.



TEORIA PURA DEL DERECHO

- "Souveränität, völkerrechtliche", *Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie*, Berlin, 1925, vol. 2, 554-559.
- "Das Problem des Parlamentarismus", *Vienna y Leipzig*, 1925, 44 págs.
- "Staat und Völkerrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1925, págs. 207-222.
- Peace Through Law*, University of North Carolina Press, 1944. [*La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A. 1946, 238 págs.]
- La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, 305 págs.
- The Political Theory of Bolshevism*, University of North Carolina Press, 1949, 59 págs.
- The Law of the United Nations*, Londres, 1950, 903 págs.; 2ª ed., 1952, 944 págs.
- Principles of International Law*, Nueva York, 1952, XVII + 461 págs.
- "Zur Soziologie des Rechts, Kritische Betrachtungen", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 34, 1912, págs. 601-614.
- "Ueber Staatsunrecht, zugleich ein Beitrag zur Frage der Delikttsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt", *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. 40, 1913, págs. 1-114.
- Politische Weltanschauung und Erziehung*, "Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung", vol. 2, 1913, págs. 1-26.
- "Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 31, 1913, págs. 53-98, 190-249.
- "Rechtsstaat und Staatsrecht", *Oesterreichische Rundschau*, vol. 36, 1913, págs. 88-94.
- "Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung", *Juristische Blätter*, 1913, año XLII, págs. 229-232.
- "Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, págs. 202-245 y 390-438.
- "Eine Grundlegung der Rechtssoziologie", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 39, 1915, págs. 839-876.

BIBLIOGRAFIA DEL AUTOR

- "Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung", *Schmolters Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 1916, año XL, págs. 1181-1239.
- "Impartirea Teritoriala a statului", *Revista de drept public*, Bucarest, vol. 1, 1926, págs. 375-395.
- "Das Wesen des Staates", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 1, 1926, pág. 5-17.
- "Staatsform als Rechtsform", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1926, págs. 73-93.
- Der Staat als Uebermensch. Eine Erwiderung*, Vienna, 1926, 24 págs.
- "Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung", *Festschrift für Fritz Fleiner*, Tübingen, 1927, págs. 127-187.
- "Die Idee des Naturrechts", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1927, págs. 221-250. ["La idea del derecho natural", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1943, Nº 6, págs. 221-271; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 13-52.]
- "Naturrecht und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitigen Verhältnisses", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 2, 1927/28, págs. 71-94.
- "Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 7, 1928, págs. 583-599.
- "Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht", *Juristische Blätter*, 1928, año LVII, págs. 105-110.
- Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie. Eine Erwiderung*, Vienna, 1928, 31 págs.
- "La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 45, 1928, págs. 197-257; también en el *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, págs. 52-143.



"Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin y Leipzig, 1929, 5º cuaderno, págs. 30-38 y 117-123.

"Justiz und Verwaltung", *Zeitschrift für soziales Recht*, vol. I, 1929, págs. 80-88.

"Souveränität", *Die neue Rundschau*, 1929, año XL, págs. 433-446.

"Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre", *Juristische Wochenschrift*, 1929, año LVIII, págs. 1723-1726.

"La naissance de l'état et la formation de sa nationalité. Les principes, leur application au cas de la Tchécoslovaquie", *Revue de droit international*, vol. 4, 1929, pág. 613-641. (El texto alemán apareció en las *Publicaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional*, serie C, Nº 68, págs. 71-102.)

"Der Wandel des Souveränitätsbegriffes", *Studi filosofico-giuridici dedicati al Prof. Giorgio Del Vecchio*, Módena, vol. 2, 1931, págs. 1-11.

"Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. 66, 1932, págs. 449-521.

"Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 12, 1932, págs. 481-608.

*Staatsum und Weltanschauung*, Tübingen, 1933, 30 págs. ["Forma de Estado y filosofía", en *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona-Buenos Aires, Editorial Labor S. A., 1934, págs. 131-159.]

"Die platonische Gerechtigkeit", *Kant-Studien*, vol. 38, 1933, págs. 91-117. ["La justicia platónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 113-144.]

"Die platonische Liebe", *Imago, Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie, ihre Grenzgebiete und Anwendungen*, vol. 19, 1933, págs. 34-98 y 225-255.

"Die hellenisch-makedonische Politik und die «Politik» des Aristoteles", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 13, 1933, págs. 625-678. ["La «política» de Aristóteles y la política heleno-macedónica", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 145-206.]

"The Philosophy of Aristotle and the Hellenic-Macedonian Policy",

*Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol. 48, 1937, págs. 1-64.

"Zur Theorie der Interpretation", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 8, 1934, págs. 9-17.

"La méthode et la notion fondamentale de la théorie pure du droit", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 41, 1934, págs. 183-204. [El método y los conceptos fundamentales de la Teoría pura del derecho, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 83 págs.]

"Die Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 14, 1934, págs. 240-255. ["La técnica del derecho internacional y la organización de la paz", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1935, Nº 66, págs. 768-789.]

*La dictature de parti*, Publications de l'Institut international du droit public, Paris, 1934, 19 págs. ["Dictaduras de partido", *Universidad de Panamá*, 1936, 1, Nº 4, págs. 1-12.]

"Völkerrechtliche Verträge zu Lasten Dritter", *Prager Juristische Zeitschrift*, 1934, año XIV, columnas 419-431.

"Traités internationaux à la charge d'États tiers", *Mélanges offerts à Ernest Mahaim*, Paris, 1935, vol. 2, págs. 164-172.

"La transformation du droit international en droit interne", *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, págs. 5-49.

"L'âme et le droit", *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Paris, vol. 2, 1936, págs. 60-82.

"Droit et État du point de vue d'une théorie pure", *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1936, págs. 17-59.

"Contribution à la théorie du traité international", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 10, 1936, págs. 253-292.

"Centralization and decentralization", *Authority and the Individual*, Harvard Tercentenary Publications, 1937, págs. 210-239.

"Wissenschaft und Demokratie", *Neue Zürcher Zeitung*, 1937, Nos. 321 y 327.

"Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundesstatuts", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 17, 1937, págs. 401-490 y 590-622.



- "The Function of the Pure Theory of Law", *Law, A Century of Progress 1835-1935*, New York University Press, 1937, vol. 2, págs. 231-241.
- "De la séparation du Pacte de la Société des Nations et des traités de paix", *La crise mondiale*, colección de estudios publicados con motivo del décimo aniversario del Institut universitaire de hautes études internationales, Zurich, 1938, págs. 143-173.
- Zur Reform des Völkerbundes*, Praga, Edición Pax, 1938, 19 páginas.
- "Zur Lehre vom Primat des Völkerrechts", *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. 12, 1938, págs. 211-216.
- "Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip", *The Journal of Unified Science*, 1939, págs. 69-130. ["La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 53-112.]
- "The Essential Conditions of International Justice", *Proceedings of the 35th Annual Meeting of the American Society of International Law*, Washington, 1941, págs. 70-86.
- "Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. ["La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica", Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, Nº 24, págs. 197-208; también en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1946, págs. 206-238.]
- "Causality and Retribution", *Philosophy of Science*, vol. 8, 1941, págs. 533-556.
- "Recognition in International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 35, 1941, págs. 605-617.
- "The Law as a Specific Social Technique", *The University of Chicago Law Review*, vol. 9, 1941, págs. 75-97.
- "Judicial Review of Legislation, A Comparative Study of the Australian and American Constitutions", *The Journal of Politics*, vol. 4, Nº 2, 1942, págs. 133-200.
- "Value Judgements in the Science of Law", *Journal of Social Philosophy and Jurisprudence*, vol. 7, Nº 4, 1942, págs. 312-333. ["Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S. A., 1948, págs. 239-265.]

- "Revision of the Covenant of the League of Nations", *World Organization*, 1942, págs. 392-412.
- "Post-War Problems", *Proceedings of the American Academy of Arts and Sciences*, vol. 75, 1942, págs. 11-13.
- "Compulsory Adjudication of International Disputes", *The American Journal of International Law*, vol. 37, 1943, págs. 397-406.
- "Quincy Wright's A Study of War and the Bellum Justum Theory", *Ethics. An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol. 53, 1943, págs. 208-211.
- "Peace Through Law", *Journal of Legal and Political Sociology*, vol. 2, 1943, págs. 52-67. ["La paz por el derecho", *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1943, Nº 21, págs. 125-161.]
- "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", *California Law Review*, vol. 31, 1943, págs. 530-571. ["La responsabilidad colectiva e individual en derecho internacional, con especial consideración al castigo de los criminales de guerra", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 317-368.]
- "The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, vol. 53, 1944, págs. 207-220. ["El principio de la soberanía entre los Estados, como base de la organización internacional", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, 1944, Nº 31, págs. 773-792.]
- "The Strategy of Peace", *The American Journal of Sociology*, vol. 49, 1944, págs. 381-389.
- "The International Legal Status of Germany to be Established Immediately upon Termination of the War", *The American Journal of International Law*, vol. 38, 1944, págs. 689-694.
- "The Old and the New League", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 45-83.
- "The Rule Against ex Post Facto Laws and the Prosecution of the Axis War Criminals", *The Judge Advocate Journal*, vol. 2, Nº 3, 1945, págs. 8-12.



- "The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin", *The American Journal of International Law*, vol. 39, 1945, págs. 518-526. ["El «status» jurídico de Alemania de acuerdo con la Declaración de Berlín", *La Nación*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1945, págs. 6-7.]
- "Sanctions in International Law under the Charter of the United Nations", *Iowa Law Review*, vol. 31, 1946, págs. 499-543.
- "The Preamble of the Charter. A Critical Analysis", *The Journal of Politics*, vol. 8, 1946, págs. 134-159.
- "Organization and Procedure of the Security Council of the United Nations", *Harvard Law Review*, vol. 59, 1946, págs. 1087-1121.
- "Membership in the United Nations", *Columbia Law Review*, vol. 46, págs. 391-411. ["La calidad de miembro de las Naciones Unidas", Buenos Aires, *Revista Jurídica La Ley*, 1946, Nº 44, págs. 981-993.]
- "Limitations on the Functions of the United Nations", *The Yale Law Journal*, 1946, págs. 997-1015.
- "Sanctions under the Charter of the United Nations", *Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol. 12, 1946, págs. 329-438.
- "Zur Grundlegung der Völkerrechtslehre", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 1, 1946, págs. 20-33.
- "Roscoe Pound's Outstanding Contributions to American Jurisprudence", *Harvard Law School Yearbook*, 1946, págs. 12-13.
- "The International Law of the Future, «The San Francisco Conference and the United Nations Organization», *Proceedings of the Institute of World Affairs*, XXIª sesión, 1946, págs. 190-203.
- "Metamorphoses of the Idea of Justice", *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, serie de ensayos en honor de Roscoe Pound, 1947, págs. 390-418.
- "Will the Nuremberg Trial Constitute a Precedent?", *The International Law Quarterly*, vol. 1, 1947, págs. 153-171.
- "Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?", *The American Political Science Review*, vol. 41, 1947, págs. 1188-1193.

- "Law, State and Justice in the Pure Theory of Law", *The Yale Law Journal*, vol. 57, 1948, págs. 377-390.
- "Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 42, 1948, págs. 906-914. ["El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política", Buenos Aires, *Revista Jurídica La Ley*, 1946, Nº 55, págs. 1-3.]
- "Withdrawal from the United Nations", *The Western Political Quarterly*, vol. 1, 1948, págs. 29-43.
- "The Settlement of Disputes by the Security Council", *The International Law Quarterly*, vol. 2, 1948, págs. 173-213.
- "Collective Security and Collective Self-Defense under the Charter of the United Nations", *The American Journal of International Law*, vol. 42, 1948, págs. 783-796.
- "Conflicts between Obligations under the Charter of the United Nations and Obligations under Other International Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 10, 1949, págs. 284-294.
- "The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science", *The Western Political Quarterly*, vol. 2, 1949, págs. 481-513.
- "Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law", *The Jewish Yearbook of International Law*, 1949, págs. 226-239.
- "The Draft Declaration on Rights and Duties of States", *The American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, págs. 259-276.
- "Is the Acheson Plan Constitutional?", *The Western Political Quarterly*, vol. 3, 1950, págs. 512-527.
- "Causality and Imputation", *Ethics, An International Journal of Social, Political and Legal Philosophy*, vol. 61, 1950, págs. 1-11.
- "El derecho como objeto de la ciencia del derecho", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1950, págs. 7-38.
- "The Free Territory of Trieste under the Charter of the United Nations", *The Yearbook of World Affairs*, vol. 4, 1950, págs. 174-190.
- "Is the North Atlantic Treaty in Conformity with the Charter of the United Nations?", *University of Kansas City Law Review*, vol. 19, 1950-1951, págs. 1-15.



TEORIA PURA DEL DERECHO

- "Is the North Atlantic Treaty a Regional Arrangement?", *The American Journal of International Law*, vol. 45, 1951, págs. 162-166.
- "Recent Trends in the Law of the United Nations", *Social Research*, vol. 18, 1951, págs. 135-151.
- "Science and Politics", *The American Political Science Review*, vol. 45, 1951, págs. 641-661.
- "What Happened to the Security Council", *The New Leader*, agosto 27, 1951, págs. 10-12 y 31.
- "Was ist ein Rechtsakt?", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4, 1952, págs. 263-274.
- "Reine Rechtslehre und Elogische Theorie, Antwort auf: Carlos Cossio, Elogische Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 5, 1953, págs. 449-482.
- "Kausalität und Zurechnung", *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 6, 1954.
- "Quel est le Fondement de la Validité du Droit?", *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, vol. 10, 1956.
- What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley y Los Angeles, 1957.
- "Existencialismus in der Rechtswissenschaft", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. XLIII/2, 1957.

INDICE DE NOMBRES Y TEMAS

- Actos, su significación, 36, 70.
- Animismo, 21, 22, 23, 24, 102.
- Anulabilidad de normas, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161.
- Babeuf, 112.
- Burguesía liberal, 65, 66, 69.
- Capitalismo, 110, 122, 185.
- Centralización, 58, 189, 190, 192, 195, 200, 203, 204, 221, 222.
- Ciencias de la naturaleza, 13, 16, 17, 25, 68, 204, 223.
- Ciencia del derecho, 14, 15, 16, 72, 77, 95, 139, 197, 204.
- Ciencias normativas, 24, 25, 69, 72, 205.
- Ciencias sociales, 13, 16, 17, 24, 25.
- Coacción, 72, 74, 80, 81, 82, 83, 144, 151.
- Código Civil suizo, 176.
- Comunismo, 110.
- Conflicto de normas, 165, 166, 167, 168.
- Constitución, 39, 40, 41, 43, 53, 75, 80, 138, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 153, 154, 155, 156, 157, 163, 169, 170, 173, 180, 200, 214, 215.
- Costumbre como fuente de derecho, 146, 174, 189.
- Creación del derecho, 179.
- Cumberland, 111.
- Delito, 38, 44, 76, 131, 132.
- Democracia, 109, 124.
- Derecho internacional, 58, 83, 89, 108, 132, 143, 144, 145, 154, 155, 190, 191, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224.
- Derecho natural, 50, 51, 52, 63, 65, 66, 69, 101, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 137, 140, 197.
- Derecho objetivo, 112, 113, 114, 122, 123, 124, 132, 133.
- Derecho positivo, 15, 44, 45, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 65, 66, 67, 95, 101, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 113, 134, 137, 139, 140, 167, 171, 173, 183, 207.



INDICE DE NOMBRES Y TEMAS

- 125, 126, 127, 128, 129, 133, 142, 143, 145, 146, 150, 179, 191, 202.  
 Norma jurídica y regla de derecho, 45, 46, 47, 48, 51, 52, 56, 67, 70, 71, 72, 75, 80, 85, 138, 139, 150.  
 Norma moral, 19, 38, 99, 41, 55, 56, 59, 67, 68, 79, 136, 137, 171.  
 Nulidad de normas, 156, 157, 158, 159, 160.  
 Obligación moral, 79.  
 Obligación o deber jurídico, 79, 82, 83, 84, 85, 93, 120, 121.  
 Orden comunista, 59.  
 Orden jurídico, 40, 41, 44, 45, 51, 52, 53, 55, 58, 59, 73, 74, 129, 135, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 154, 155, 159, 160, 163, 179, 180, 187, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 197, 200, 201, 202, 203, 204, 219.  
 Órganos del Estado, 189, 190, 192, 193, 194, 203.  
 Pensamiento primitivo, 20, 21, 22, 23.  
 Persona física, 125, 126, 127, 128.  
 Persona jurídica, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 132.  
 Plank, 213.  
 Platón, 112.  
 Positivismo jurídico, 10, 66, 67, 69, 71, 114, 125, 196.  
 Principio de causalidad, 16, 17, 22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 50, 51, 68, 69, 96, 104.  
 Principio de efectividad, 141,

TEORÍA PURA DEL DERECHO

- Derecho romano, 133.  
 Derecho subjetivo, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 122, 123, 124, 125, 132, 133, 151, 184.  
 Derecho y Estado, 187, 194, 195, 196, 197.  
 Derecho y Moral, 18, 19, 55, 56, 66, 104, 207.  
 Derecho y Política, 11, 12, 112, 184, 198, 223, 224.  
 Dernburg, 114.  
 Descentralización, 53, 190, 192, 195, 201, 221.  
 Dinámica jurídica, 34, 43, 44, 45, 137, 147, 191.  
 Distinción entre derecho público y privado, 180.  
 Eficacia, 25, 36, 52, 53, 141, 142, 143, 144, 145, 146.  
 Escuela de Keisen, 10.  
 Estado, 75, 111, 115, 123, 124, 127, 132, 155, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223.  
 Estática jurídica, 34, 43, 45.  
 Filmer, 109.  
 Fourier, 112.  
 Fuentes de derecho, 149, 150, 151.  
 Grotius, 103, 110.  
 Guerra de 1914, 14, 69.  
 Hecho o acto ilícito, 56, 87, 88, 89, 91, 130, 131, 139, 151, 152, 154, 164, 201, 215.



**TEORÍA PURA DEL DERECHO**

Voluntad del Estado, 188, 195,  
208, 209, 214.  
Winkler 109.  
Zoroastro, 81.

Validez del orden jurídico, 52,  
53, 73, 74, 135, 136, 137, 138,  
139, 143, 147, 151.  
Valores sociales, 59, 60, 61.  
Venganza como institución jurí-  
dica, 21, 84, 85, 89, 189.

**INDICE**

PRÓLOGO DEL AUTOR A LA EDICIÓN FRANCESA . . . . .	7
PREFACIO DE LA EDICIÓN ALEMANA DE 1934 . . . . .	9
CAPÍTULO I. El derecho y la naturaleza . . . . .	15
1. ¿Qué es una teoría "pura" del derecho? . . . . .	15
2. Ciencias de la naturaleza y ciencias sociales. Causali- dad e imputación . . . . .	16
a) La naturaleza y la sociedad . . . . .	16
b) La imputación en el pensamiento jurídico . . . . .	17
c) La imputación en el pensamiento primitivo . . . . .	20
d) El animismo, interpretación social de la naturaleza . . . . .	21
e) Ciencias causales y ciencias normativas . . . . .	24
f) Leyes causales y leyes normativas . . . . .	26
g) Causalidad e imputación . . . . .	27
h) Imputación y libertad . . . . .	28
i) Aplicación de las normas sociales a hechos ajenos a la conducta humana . . . . .	31
j) Normas categóricas . . . . .	33
3. Objeto de la ciencia del derecho . . . . .	34
a) Validez de una norma . . . . .	35
b) El acto y su significación . . . . .	36
c) El derecho es un sistema de normas . . . . .	43
d) Norma jurídica y regla de derecho . . . . .	45
e) La regla de derecho es una ley social . . . . .	49
f) Derecho positivo y derecho natural . . . . .	50



TEORÍA PURA DEL DERECHO

CAPÍTULO II. El derecho y la moral . . . . .	55
1. El derecho y la justicia . . . . .	55
2. Ciencia del derecho e ideología . . . . .	63
CAPÍTULO III. Definición del derecho . . . . .	65
1. El positivismo jurídico del siglo XIX . . . . .	65
2. El deber ser como categoría . . . . .	66
a) <i>El deber ser considerado como idea trascendente</i> . . . . .	66
b) <i>El deber ser considerado como categoría de la lógica trascendental</i> . . . . .	67
c) <i>Retorno al derecho natural y a la metafísica</i> . . . . .	69
3. El derecho como orden coactivo . . . . .	70
a) <i>La sanción</i> . . . . .	70
b) <i>El derecho es una técnica social</i> . . . . .	72
c) <i>El derecho se atribuye el monopolio de la fuerza</i> . . . . .	74
d) <i>Elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas</i> . . . . .	75
4. Norma primaria y norma secundaria . . . . .	76
CAPÍTULO IV. La obligación jurídica . . . . .	79
1. Obligación jurídica y obligación moral . . . . .	79
2. ¿Puede concebirse una obligación jurídica sin sanción? . . . . .	80
3. Obligación e imputación . . . . .	82
CAPÍTULO V. El hecho ilícito . . . . .	87
1. ¿Es el hecho ilícito la negación del derecho? . . . . .	87
2. ¿Es el hecho ilícito la conducta del individuo contra el cual es dirigida la sanción? . . . . .	89
CAPÍTULO VI. La responsabilidad jurídica . . . . .	91
1. Responsabilidad individual y responsabilidad colectiva . . . . .	91
2. Responsabilidad y obligación . . . . .	93
CAPÍTULO VII. Ciencia del derecho y sociología jurídica . . . . .	95
1. Negación del carácter normativo del derecho . . . . .	95
2. La sociología jurídica . . . . .	97
CAPÍTULO VIII. El dualismo en la teoría del derecho y su eliminación . . . . .	101

INDICE

1. Derecho natural y derecho positivo . . . . .	101
a) <i>El error lógico de la doctrina del derecho natural</i> . . . . .	101
b) <i>Las contradicciones de la doctrina del derecho natural</i> . . . . .	105
c) <i>Los resultados contradictorios de la doctrina del derecho natural</i> . . . . .	109
2. Derecho objetivo y derecho subjetivo . . . . .	112
a) <i>La noción de derecho subjetivo</i> . . . . .	113
b) <i>La noción de sujeto de derecho o de persona</i> . . . . .	115
c) <i>Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho</i> . . . . .	116
d) <i>La noción de relación jurídica</i> . . . . .	118
3. Reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo . . . . .	120
a) <i>El deber jurídico</i> . . . . .	120
b) <i>El derecho subjetivo</i> . . . . .	122
4. La noción de persona . . . . .	125
a) <i>La persona "física"</i> . . . . .	125
b) <i>La persona "jurídica"</i> . . . . .	127
c) <i>La imputación de un acto a una persona jurídica</i> . . . . .	129
d) <i>La responsabilidad de la persona jurídica</i> . . . . .	130
5. Carácter objetivista y universalista de la Teoría pura del derecho . . . . .	132
CAPÍTULO IX. La estructura jerárquica del orden jurídico . . . . .	135
1. ¿Cuándo las normas forman un orden? . . . . .	135
2. Un orden jurídico es un sistema dinámico de normas . . . . .	136
3. La norma fundamental . . . . .	138
4. La norma fundamental de un orden jurídico nacional . . . . .	140
a) <i>Su contenido</i> . . . . .	140
b) <i>Validez y eficacia de un orden jurídico. El derecho y la fuerza</i> . . . . .	142
c) <i>La norma fundamental de un derecho nacional es una norma del derecho internacional</i> . . . . .	143
d) <i>Validez y eficacia de una norma jurídica particular</i> . . . . .	145
5. La estructura jerárquica de un orden jurídico nacional . . . . .	147
a) <i>La Constitución</i> . . . . .	147
b) <i>La legislación y el concepto de fuente del derecho</i> . . . . .	149
c) <i>La jurisdicción</i> . . . . .	151
d) <i>Jurisdicción y administración</i> . . . . .	152
e) <i>El acto jurídico de derecho privado y la ejecución</i> . . . . .	153



2. Carácter primitivo del derecho internacional . . . . . 201

3. Aplicación mediata del derecho internacional a los individuos . . . . . 202

4. Noción de un orden jurídico universal . . . . . 204

    a) *Toda ciencia postula la unidad de su objeto* . . . . . 204

    b) *Relaciones posibles entre dos sistemas de normas* . . . . . 205

    c) *Monismo o dualismo* . . . . . 207

    d) *Primacía de un orden jurídico nacional* . . . . . 208

    e) *Primacía del derecho internacional* . . . . . 211

    f) *¿Puede haber contradicciones lógicas entre el derecho internacional y el derecho nacional?* . . . . . 214

    g) *El derecho internacional delimita los dominios de validez del derecho nacional* . . . . . 216

    h) *El Estado considerado como un órgano del derecho internacional* . . . . . 220

    i) *La Teoría pura del derecho y el desarrollo del derecho internacional* . . . . . 223

BIBLIOGRAFÍA DEL AUTOR . . . . . 225

ÍNDICE DE NOMBRES Y TEMAS . . . . . 237

TEORÍA PURA DEL DERECHO

f) *Creación y aplicación del derecho* . . . . . 154

g) *Ubicación del derecho internacional en la jerarquía* . . . . . 154

h) *Conflictos entre normas pertenecientes a estratos diferentes* . . . . . 155

CAPÍTULO X. La interpretación . . . . . 163

    1. Razón de ser y objeto de la interpretación . . . . . 163

    2. Determinación parcial de la norma inferior por la norma superior . . . . . 164

    3. La norma es un marco abierto a varias posibilidades . . . . . 166

    4. Los métodos de interpretación . . . . . 167

    5. ¿La interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad? . . . . . 169

    6. La ilusoria seguridad jurídica . . . . . 171

    7. El problema de las lagunas . . . . . 172

        a) *Las lagunas lógicas* . . . . . 174

        b) *Las lagunas técnicas* . . . . . 176

        c) *Las lagunas admitidas por el legislador* . . . . . 176

CAPÍTULO XI. Los modos de creación del derecho . . . . . 179

    1. Formación del derecho y forma del Estado . . . . . 179

    2. Derecho público y derecho privado . . . . . 180

    3. Función ideológica del dualismo del derecho público y del derecho privado . . . . . 182

CAPÍTULO XII. El derecho y el Estado . . . . . 187

    1. El dualismo tradicional de derecho y Estado . . . . . 187

    2. Identidad del derecho y del Estado . . . . . 189

        a) *El Estado es un orden jurídico* . . . . . 189

        b) *El Estado es un punto de imputación* . . . . . 191

        c) *El Estado considerado como un conjunto de órganos* . . . . . 192

        d) *La teoría del Estado es una parte de la teoría del derecho* . . . . . 194

        e) *Poder del Estado y efectividad del orden jurídico* . . . . . 195

        f) *Imposibilidad de legitimar el Estado por el derecho* . . . . . 197

CAPÍTULO XIII. El derecho internacional . . . . . 199

    1. La estructura jerárquica y la norma fundamental del derecho internacional . . . . . 199