

## INTRODUCCIÓN

A. Del conocimiento normativo . . . . .	7
1. El deber ser . . . . .	7
a) La normatividad . . . . .	7
b) La definición . . . . .	7
2. La “norma” fundamental hipotética . . . . .	8
3. Validez y eficacia . . . . .	10
a) La libertad . . . . .	10
b) El problema de la validez . . . . .	11
c) El problema de la eficacia . . . . .	11
4. Causalidad y normatividad . . . . .	12
a) La positividad . . . . .	12
b) Realidad social y realidad natural . . . . .	13
c) <i>Conditio sine qua non</i> y <i>conditio per quam</i> . . . . .	14
5. Ser y deber ser . . . . .	16
6. Singularidad del orden jurídico . . . . .	17
a) La norma básica en el derecho internacional . . . . .	17
b) La norma básica en el derecho nacional . . . . .	18
c) La totalidad de la metódica jurídica . . . . .	19
7. La “contradicción” normativa . . . . .	20
a) Oposición psicológica de apreciaciones . . . . .	20
b) Oposición aparente del ser y el deber . . . . .	21
8. Jurisprudencia pura . . . . .	22
B. Del conocimiento causal . . . . .	25
1. El problema de la sociología . . . . .	25
2. La sociedad . . . . .	26
a) Georg Simmel . . . . .	26
b) Menenius Agrippa. Lilienfeld, Spencer y Schaeffle . . . . .	27
c) Savigny . . . . .	29
d) Gierke. Steiner . . . . .	29
e) Tomás de Aquino. Rousseau . . . . .	30
f) Von Haller. Duguit . . . . .	31
g) La sociología normativa . . . . .	32
3. La sociología causalista . . . . .	33
a) Huxley . . . . .	33
b) Holmes Cardozo . . . . .	33
4. La sociología como ficción científica . . . . .	34

## A. DEL CONOCIMIENTO NORMATIVO

El derecho *comienza* con el hombre pero no se origina de él sino del conocimiento.

F.E.V.B.

### 1. EL DEBER SER

a) *La normatividad.* El pensamiento tradicional no ha conseguido definir el concepto de normatividad, de deber ser, aun cuando lo ha intentado desnaturalizándolo al pretender determinarlo como deber ser axiológico. Lo valioso debe ser, lo antivalioso debe no ser, se afirma, no obstante la inexistencia de un criterio objetivo de lo valioso. Decir que la normatividad, el deber de ser, es la categoría primaria que expresa la obligación que tiene el hombre de realizar lo valioso, lo justo, lo bueno, es quedarse a la vera del camino, pues nada nos enseña ni puede enseñarnos, ya que al hablar de valor, justicia y bondad, se están manejando conceptos ideológicos que carecen de validez universal. Por otra parte, sostener *in genere*, sin especificación histórica alguna que lo valioso debe ser, en tanto que lo antivalioso debe no ser, equivale a expresar una vacua tautología, como la de que lo bueno es lo bueno o lo justo es lo justo. Igual cosa le ha ocurrido al pensamiento idealista crítico cuando ha tratado de erigir como norma suprema de conducta la máxima socrática de lealtad a las propias convicciones o el conocido imperativo categórico del kantismo: “Obra siempre de tal suerte que la máxima de tu acción pueda ser elevada, por tu voluntad, a principio de universal observancia”; pues tales fórmulas vacías son incapaces para permitirnos reconocer cuáles son las convicciones o las máximas de conducta valiosas, frente a las no valiosas.

Ha sido del campo del conocimiento jurídico de donde ha obtenido la filosofía un concepto universal del deber ser. La ciencia del derecho se enfrentaba a la situación de no contar con ningún concepto de normatividad, que poseyera necesidad racional y exigibilidad universal, capaz de funcionar como género próximo de lo jurídico y, consecuentemente, de permitirnos definir el derecho a la manera aristotélica, esto es, por género y diferencia. Pero si el derecho no tenía un género próximo, entonces había que considerarlo como un género supremo, un predicamento como dirían los seguidores de la lógica clásica.

Y, así, surge el problema de investigar si es posible definir al derecho utilizando un procedimiento diferente del aristotélico.

b) *La definición.* Definir es explicitar las notas esenciales de un objeto

de conocimiento, determinar lo que él es. No todos los objetos pueden definirse por igual procedimiento, porque definir es tarea de las ciencias y existen varios tipos de ciencias, lo cual implica que hay también diversas formas de alcanzar una definición. Entre éstas tenemos la llamada definición genética, que caracteriza al objeto por determinar indicando el modo como se engendra u origina éste. Así, puede definirse la esfera diciendo que es un cuerpo engendrado por un semicírculo que gira 360 grados en torno de su diámetro. Siguiendo este procedimiento, podría decirse que el derecho está constituido por las formas compulsivas de convivencia que establecen los hombres, cuando se encuentran agrupados en el mundo de la naturaleza, del ser causal. Pero ello nada nos enseña acerca del derecho, puesto que no lo caracteriza de una manera esencial. Formas de convivencia de esta clase existen también entre los miembros de otras especies animales y, sin embargo, históricamente no se les ha considerado como derecho, cual sucede en la piara, el rebaño o la colmena. Lo que ocurre es que el procedimiento de definición genética sólo sería aplicable al derecho contemplado como un ser, ya que la génesis del mismo es génesis causal, y el derecho no es un ser sino un deber, pues no dice cómo se conducen los destinatarios de sus preceptos, sino cómo deben conducirse.

Por tanto, habrá que buscar otro procedimiento racionalmente válido para definir al derecho si queremos conocerlo esencialmente. Este procedimiento lo tenemos en la llamada definición dialéctica, que consiste en caracterizar un concepto en función de otro u otros que, a su vez, se comprenden en función de su mutua relación e interdependencia, entre sí y con el primero. Esto es lo que se llama definir mediante conceptos coordinados. Por ejemplo: a) el concepto es un predicado de posibles juicios, b) el juicio es la relación entre una pregunta y una respuesta, una materia y un concepto, un objeto y un predicado, una incógnita y una solución, y c) el objeto es la materia del juicio, la cuestión o el problema a que el predicado da una de sus posibles soluciones. Como se ve, cada uno de estos conceptos coordinados ilumina a los demás, siendo claramente comprendido en y por ellos. Esta manera de definir no es tautológica, por cuanto en ella el predicado no repite lo expresado en el objeto o materia del conocimiento, sino que simplemente nos permite comprenderlo a fondo. Es, en cambio, el único tipo de definición que conviene para manejar los conceptos fundamentales de la filosofía, que carecen de género próximo y que, por su carácter apriorístico, no pueden tener una génesis empírica.

En consecuencia, es posible intentar la definición del derecho por este procedimiento.

## 2. LA NORMA FUNDAMENTAL HIPOTÉTICA

¿Por qué una cosa debe ser para todos? y también ¿por qué ciertas conductas deben no ser? A estas interrogantes no podemos contestar que debe ser

## INTRODUCCIÓN

9

lo bueno, lo justo, lo noble, y debe no ser lo malo, lo injusto, lo innoble, pues cada quien, con igual derecho histórico que los demás, puede tener sus personales convicciones al respecto. La más somera investigación histórica nos revela que lo bueno para un pueblo, en una determinada época, es visto en otros pueblos, y aun en el mismo pero en otro tiempo, como malo e indebido. No existe una sola conducta que en todo tiempo y lugar haya sido considerada como buena o mala, justa o injusta. El ingerir bebidas espirituosas y embriagadoras, por ejemplo, está prohibido por el quinto mandamiento del Pentálogo budista. Sin embargo, esa misma práctica no es considerada in-moral por el Decálogo cristiano, constituyendo inclusive uno de los ritos más importantes de la liturgia de las diversas iglesias de tal corriente religiosa. Para algunas morales de Oriente es malo matar a cualquier miembro del reino animal, por lo que sus seguidores deben ser vegetarianos. En cambio, en nuestro mundo occidental, no sólo no es malo sacrificar bestias para alimentarse, sino que matar hombres constituye un deber moral, como se predicó en las Cruzadas contra los infieles, así fueran éstos adoradores de Alá, Jehová o Huitzilopochtli. Hacer ciencia natural es, por hoy, una actividad considerada como buena y deseable; en otras épocas, se amenazó a Galileo y se inmoló a Miguel de Servet, por hacer física o biología respectivamente. En fin, que lo universalmente debido no podemos encontrarlo en ninguna moral, ni, tampoco, en ninguna religión, y menos, en los convencionalismos sociales. Sólo nos queda el derecho positivo, el derecho del Estado, como el único *factum* donde podemos encontrar el concepto del deber ser, de la normatividad. ¿Por qué debe ser lo que manda el orden jurídico? Una respuesta provisional y de factura popular podría ser: Porque si no es, nos hacemos acreedores a una sanción. El derecho puede mandar algo que nos parezca justo, o bien, algo que estimemos injusto, pero tan jurídicamente obligados estamos a hacer lo primero como lo segundo; igual si tememos la sanción que si no la tememos.

Ahora bien, ¿por qué lo mandado por el derecho positivo debe ser? Porque todos suponemos en nuestra vida cotidiana que el legislador primario tiene autoridad para dictar las normas supremas del orden, de las cuales derivan su validez las que rigen nuestra diaria existencia. Podemos estar en desacuerdo con el contenido de muchos preceptos, pero los acatamos. Si nos decidimos a desconocer el derecho del Estado estaremos haciendo una revolución que, si triunfa, establecerá un nuevo orden jurídico cuyas normas se obedecerán por la misma razón que se obedecían las del orden derrocado: el supuesto de que él o los revolucionarios (legislador primario) tienen autoridad para dictar las normas supremas del nuevo derecho.

Este supuesto que todos admiten, aunque muchos en forma inconsciente, es la “norma fundamental hipotética”, de la que podemos decir que constituye “una hipótesis lógica indispensable para poder entender como aplicación de normas válidas, los hechos jurídicos de la experiencia cotidiana”. Esta mal llamada norma no es un hecho como se ha creído. En primer lugar,

porque no es ni puede ser una norma positiva, ni escrita ni consuetudinaria, ya que si lo fuera necesitaría para valer como tal, de otra norma que le diese esa validez, es decir, que la norma básica no puede valer normativamente ella misma. Su función es exclusivamente determinar lo que es el deber ser, pero no lo que debe ser en concreto, toda vez que vale teórica y necesariamente, dando origen al deber ser mismo como método del conocimiento jurídico, mas no es obligatoria para la conducta, sino sólo necesaria para pensar jurídicamente. El contenido de esta "norma" suprema lo constituyen, así, los hechos jurídicos de todos los días, y no es por ende una mera invención del jurista, sino que es algo immanente a toda experiencia jurídica, a los actos que diariamente realizan los prácticos del derecho (litigantes, jueces, procuradores, notarios), por cuanto los realizan bajo el supuesto de que aplican un orden válido, aun cuando no todos los preceptos de este orden les parezcan personalmente justos y buenos.

Luego, entonces, el deber objetivo y universal, la normatividad en una palabra, no es otra cosa que el deber jurídico, el deber que hemos determinado provisionalmente como coercible. Por esto es que no existe ni el más remoto peligro de que se confunda al derecho con la moral, los usos sociales o los mandatos religiosos, puesto que la normatividad objetiva es únicamente la jurídica. De manera que no existen ni pueden existir otras normas que las normas del derecho. Sólo desde un punto de vista causal, el psicológico, la moral, los usos y los mandatos religiosos asumen la apariencia de normas, pues constituyen motivaciones psíquicas similares a las que originan las representaciones subjetivas del contenido de las normas jurídicas.

Muchos autores incurren en grave incongruencia, pues pese a reconocer que el derecho es coercible, pierden sin embargo el tiempo en tratar de distinguirlo de las reglas éticas, convencionales y eclesiásticas, porque no se percatan de lo bizantino de sus esfuerzos, debido a la falta de pulcritud metódica de las investigaciones que realizan.

La "norma" fundamental hipotética no debe interpretarse como justificadora ideológicamente de ningún orden jurídico histórico, pues su función es simplemente explicativa de todo derecho positivo. Cuando se califica de jurídico a un orden normativo, no se le está considerando justo, como sostiene el pensamiento tradicional, dado que juridicidad y justicia son cosas diferentes.

### 3. VALIDEZ Y EFICACIA

a) *La libertad.* Si nos proponemos indagar por lo que sea el derecho, este objeto no podemos conocerlo mediante el método naturalista, o sea, por la indagación de las relaciones de causalidad del fenómeno jurídico, pues las regularidades que puede descubrir una investigación sociológico naturalista del derecho, en la conducta efectiva de los hombres, además de que presupondría el concepto normativo del derecho, para poder objetivizar el



comportamiento humano como su objeto, nada nos enseñaría, pues el derecho vale independientemente de su eficacia o ineficacia. En consecuencia, la relación de causalidad, por implicar forzosamente correlación entre el fenómeno y la regla, no puede explicarnos el fenómeno jurídico, que se rige precisamente por una relación diversa de la anterior, o sea la de libertad.

El deber para que sea tal, necesariamente tiene que pensarse como dirigido a hombres libres, pues de otra suerte no sería un deber sino un ser, no una obligación sino una realidad. El derecho más autocrático pensable descansa también, necesariamente, en la relación o categoría de la libertad, porque si una norma única estableciera que se debe obedecer ciegamente la voluntad del déspota, para poder pensarla como tal norma, es menester entenderla como dirigida a personas libres, pues de lo contrario expresaría lo que realmente hacen los súbditos del déspota y no lo que deben hacer. Y así como es necesario partir de la causalidad para entender los objetos naturales, así es preciso partir de la libertad para explicar el derecho, y con él, a todos los objetos culturales.

b) *El problema de la validez.* Por otra parte, el pensamiento sólo puede entender como válidos los actos jurídicos de la experiencia cotidiana, sin recurrir a justificaciones impuras metódicamente y de carácter ideológico político, partiendo de la suposición o hipótesis de que existe una razón fundamental, que otorga validez a las normas supremas o constitucionales del sistema jurídico. Y este supuesto del pensamiento, necesario para poder inclusive hablar de derecho, deviene por ello en el origen lógico dialéctico de la normatividad, es decir, de la validez normativa de todos y cada uno de los preceptos del sistema.

El problema de la validez del derecho es el problema de la determinación de una norma jurídica como tal, pues si una proposición normativa no vale, no puede ser contemplada como norma de derecho. La validez de un precepto jurídico es la razón teórica que lo hace tal precepto, y nada más. Por otro lado, el problema de la eficacia de un orden jurídico es el problema de la determinación real, fáctica, naturalista, de si los individuos ajustan o no su comportamiento en mayor o menor medida a las prescripciones de ese orden; esto es, de si los hombres orientan su conducta principalmente en el sentido del cumplimiento o del incumplimiento de sus deberes jurídicos. Y claro está que a la investigación o dirección metódica, que se plantea el problema de la validez, para nada puede interesarle y ni siquiera plantearse el problema de la eficacia, pues la solución del primero sólo puede alcanzarse en una ciencia teórica, y la del segundo, en la mera observación de hechos reales, únicamente tal y como pueden presentarse al pensamiento determinista causal.

El problema de la validez es el problema de la norma fundamental hipotética, de la fuente teórica de la normatividad, del origen lógico del deber.

c) *El problema de la eficacia.* Para entender el problema de la eficacia es menester comprender la misma en sentido fáctico, naturalista, como una concatenación de fenómenos reales, la que no puede expresar sino el hecho

de que unos hombres someten a otros y los obligan a realizar determinados actos. Pero ningún hecho de la naturaleza puede hacernos comprender como humanas las actitudes, ya que no acciones, de ningún individuo psicofísico, pues si bien es cierto que vemos cómo unas unidades biológicas llamadas hombres someten a otras, también lo es que otras unidades biológicas llamadas tigres, por ejemplo, someten o pueden someter a sus congéneres; y la actitud vital que estos seres de la naturaleza (hombres o tigres) asumen en virtud de los hechos reales de someter o someterse, en modo alguno puede ser calificada de conducta; pues ello sería tanto como afirmar que las bestias son capaces de conducirse humanamente por sí mismas, lo cual sólo sería posible si el derecho positivo les atribuyese afecciones humanas. Y cuando hablamos de someter, no entendemos el modo infinitivo del verbo en el sentido autoritario o normativo, sino simplemente como determinación causal de un fenómeno por otro, por lo que si hablamos de actos tampoco lo hacemos con propiedad, ya que los entendemos realmente como puros hechos.

En consecuencia, es absurdo preguntar tan sólo por la eficacia del derecho, pues la cuestión no es ni puede ser una auténtica aporía, toda vez que lleva imbebida una flagrante impureza metódica, o sea, la de inquirir por la eficacia o realidad natural de algo que no puede ser conocido en función de la causalidad, sino sólo en función de la imputación, como deber que es.

Así pues, en sentido estricto es imposible hablar de la eficacia o ineficacia del orden jurídico, pues sólo podemos referirnos legítimamente a la validez del derecho.

#### 4. CAUSALIDAD Y NORMATIVIDAD

a) *La positividad.* Resulta indispensable aclarar qué es lo que entendemos por positividad del derecho, en virtud de que al vocablo se le han dado dos significaciones muy distintas. Por una parte se identifica positividad con eficacia y así se dice, que positividad es el hecho de la observancia de una norma. En este sentido sólo es derecho positivo aquel al que realmente ajustan su conducta los sujetos del orden. Por otro lado, se entiende por positividad la individualización del derecho (Verdross). De este modo, sólo es derecho positivo aquel que se va concretando progresivamente de normas más generales a menos generales y particulares o individualizadas, esto es, el derecho vigente o derecho del Estado. La positividad así entendida se comprende de la siguiente manera: Con excepción de la “norma” suprema del orden, que no es creada sino supuesta por el pensamiento jurídico, y de los últimos actos de aplicación de las normas individualizadas, que no dan origen a ninguna otra regla de conducta, cada norma cuando se aplica da lugar a la creación de otra menos general que ella, la que a su vez determina un nuevo hecho de creación jurídica de grado todavía menos general, al aplicarse, y a la inversa, la creación de cualquier norma, implica la aplicación de otra más general que la origina; en consecuencia, lo que frente a la primera norma es un acto de

aplicación de la misma, o sea un hecho, desde el punto de vista del tercer precepto, es una norma y no un hecho. Entonces, si cada norma es determinada como hecho o ser desde el punto de vista de la norma más general que regula su creación, y el concepto de positividad encierra una referencia del deber ser al ser, la positividad de un orden normativo no es la ejecución en la naturaleza de sus consecuencias, sino la determinación progresiva de unas normas por otras, la cual se realiza de preceptos más generales a menos generales e individualizados. O en otras palabras, positividad es individualización. En este sentido un derecho histórico no es positivo, como el romano por ejemplo, cuando sus normas ya no se individualizan progresivamente en un proceso dinámico, y no cuando ha dejado de ser eficaz, porque la eficacia como realidad causalmente determinable, nada tiene que ver con el conocimiento normativo. El ser a que se refiere el derecho, no es un ser causal, sino un ser normativo, el ser que constituye la realidad jurídica, diversa aunque subjetivamente nos parezca paralela de la realidad natural.

b) *Realidad social y realidad natural.* Ningún hecho es en sí mismo jurídico por lo que, contra lo sostenido por el pensamiento iusnaturalista, no puede haber hecho jurídico alguno fuera del derecho.

Normativamente puede haberse determinado que un edificio no dañó a la construcción vecina y, sin embargo, la mecánica de suelos como disciplina causal puede establecer lo contrario. Este caso se da frecuentemente en los tribunales. En ciertos juicios de indemnización por daños y perjuicios causados a la propiedad de una parte, por la edificación que haya realizado su contraria, si aquella no acredita jurídicamente los hechos fundatorios de su demanda, o el juez estima que no los probó, resulta absuelto el reo, al establecerse que los daños no fueron ocasionados por la causa que afirma el demandante. Empero, la sentencia judicial no contradice ni puede contradecir, por ejemplo, un dictamen técnico que señale a la construcción del reo, como la causa directa e inmediata de los daños sufridos por la casa propiedad del actor. La verdad legal y la verdad natural son aquí diferentes, aunque no opuestas. Esto se debe a que la realidad jurídica es muy distinta de la realidad natural. Las consecuencias del fallo que establece la existencia o inexistencia de un hecho jurídico, son exclusivamente de carácter normativo y, por ello, no pueden influir para nada en el campo de la naturaleza, del conocimiento causal. Los hechos jurídicos son “construidos” por el derecho. Los hechos a que las normas se refieren son hechos jurídicos y no causales, de modo que aquéllos pueden muy bien ser necesarios o imposibles en la naturaleza, sin que por ello tengan el mismo carácter para el conocimiento normativo. Los juicios “a es” y “no a debe ser”, no son contradictorios.

La afirmación de que estas dos realidades son distintas e independientes, no es una afirmación metafísica, por cuanto a que ninguna de ellas se postula como absoluta ni como condicionante de la otra, sino que ambas se hacen derivar de la misma legalidad lógica, que entiende al juicio como una ecuación de conocimiento en la que el objeto es la pregunta, cuestión o problema,



y el predicado, una de las posibles soluciones de aquella incógnita a despejar. La diferencia entre el juicio normativo y el causal, en cuanto aquél expresa un deber y éste un ser, no es ninguna diferencia esencial, toda vez que la misma únicamente establece una forma distinta de dirigirse en ambos tipos de juicio, el predicado al objeto, pero no desmiente la afirmación capital de que el predicado se dirige siempre y en todo caso al objeto de conocimiento. La naturaleza constituida por la física de Newton es distinta de la creada por la física de Einstein, pero no contradice a ésta; y tal situación no postula ningún dualismo metafísico, por cuanto sólo se trata de dos sistemas causales diferentes, apoyados en postulados diversos. Algo similar ocurre con la realidad natural por una parte y la realidad social por la otra, pues cada una se determina conforme a un peculiar método de conocimiento.

Fuera del derecho hay hombres, seres humanos en sentido biológico, pero no personas, porque éstas no son, como veremos, sino centros *ideales* de imputación normativa, de imputación de obligaciones y facultades jurídicas. El pensamiento iusnaturalista estima que la unidad biológica hombre, por el solo hecho de pertenecer a esta especie animal, tiene derechos y deberes, pero ésta es una posición ideológica, una mera creencia, pues la historia nos muestra pueblos cuyos órdenes jurídicos positivos consideran a ciertos hombres como objetos (la esclavitud en su momento más primitivo).

c) *Conditio sine qua non* y *conditio per quam*. No lleva razón Kelsen cuando afirma que la eficacia es la *condición sin la cual* no valdría un orden jurídico total, aunque no *la razón por la cual* ese orden vale. El ser no condiciona al deber en ninguna forma. Entre ser y deber no existe antinomia, dependencia ni relación alguna. Todos los fenómenos causales pueden explicarse suficientemente sin referencia alguna a la normatividad. Igualmente, todos los fenómenos normativos son plenamente comprensibles sin necesidad de recurrir a la naturaleza, esto es, a la eficacia de las normas. Ya vimos que la positividad de un orden normativo no es la ejecución en la naturaleza de sus consecuencias, sino la determinación progresiva de unas normas por otras, la cual se realiza de preceptos más generales a menos generales e individualizados. O sea, que positividad es individualización. Un derecho histórico no es positivo, como el del México colonial por ejemplo, cuando sus normas ya no se individualizan progresivamente en un proceso dinámico. La pregunta de si puede ser válido un derecho que no tenga siquiera un mínimo de facticidad, no es una cuestión que pueda plantearse objetivamente en el marco de la historia universal, porque se presenta en términos insolubles, pues el derecho es deber ser y la facticidad es ser. Además, todo derecho que históricamente se haya visto como eficaz, también ha sido contemplado por la historia como positivo, es decir, como individualizable e individualizado en una cierta época y en un determinado lugar. Y no existiendo un solo ejemplo de derecho histórico no positivo, es una tontería preguntar si puede valer un orden jurídico que carezca de facticidad, algo así como si preguntáramos ¿pueden hablar los centauros?, porque no hay centauros. La única pregunta

correcta que podría formularse es la que inquiriera si puede ser válido un derecho que no se individualice, que no tenga positividad, porque estos conceptos pertenecen como el concepto del derecho, al campo de la normatividad. Y la cuestión tendría que responderse negativamente.

Así, no es cierto que para que pueda darse la normatividad, se requiera de una tensión permanente entre ser y deber. *Lo que necesariamente ocurre o lo que no puede suceder, de acuerdo con las relaciones de causalidad, muy bien puede ser prescrito por una norma*, porque lo que existe para el orden normativo no es forzosamente lo que existe para el orden causal, ya que el criterio lógico de la certidumbre no es igual para el primero que para el segundo.

Hay la tendencia a establecer un paralelismo entre los hechos jurídicos y los naturales. Generalmente se tiene como jurídicamente existente sólo aquello que causalmente existe. Habrá homicidio cuando haya muerte, lesiones cuando haya heridas, daños cuando haya desperfectos, etcétera. Pero todo esto es irrelevante para el conocimiento causal o el normativo, pues no toda muerte, herida o desperfecto es, respectivamente, homicidio, lesión o daño, ni viceversa. Por voluntad de la ley pueden existir homicidios, lesiones o daños, sin muertes, heridas o desperfectos, como en los llamados casos de error judicial, que no son errores en sentido estricto, por cuanto esos hechos se determinan en una realidad diversa de la natural. La falta de correspondencia entre los hechos normativos y los causales, no es solamente excepcional. En ocasiones estas discrepancias se transforman casi en regla, conforme lo revela la observación de la mayoría de los códigos vigentes, que regulan la “declaración de muerte” de las personas en el campo del derecho civil, mediante procedimientos que, de concluir con una sentencia estimativa de la declaración .materia de la acción ejercitada, dan lugar a verdaderas actas de defunción sin muertos en sentido biológico. Los ejemplos se podrían multiplicar al infinito, pero bastan los apuntados para comprender la veracidad del aserto, de que las realidades causal y normativa no se corresponden necesariamente, ni siquiera en una mayoría notable de los casos. Cuántos hechos naturales paralelos al robo, por ejemplo, se cometen a diario en todas las grandes capitales, y sin embargo, las estadísticas judiciales por tal delito, muchas veces no reflejan más que un mínimo porcentaje de robos, frente a la totalidad de esos hechos, porque las víctimas de los mismos no hacen las denuncias correspondientes, o porque las autoridades judiciales no levantan las diligencias respectivas, determinantes desde el punto de vista jurídico de la existencia de tales hechos normativos.

Conviene establecer que esta situación de paralelismo, entre hechos naturales y hechos normativos, es registrable sólo desde el punto de vista causal, por cuanto es una apreciación psicológica. Es decir, que la relativa coincidencia entre naturaleza y normatividad existe verdaderamente, pero nada más entre las representaciones psíquicas de lo natural y las de los contenidos normativos, ya que para afirmarla objetivamente, entre los mundos diversos del

ser y del deber, sería menester un punto de vista distinto de éstos y del cual carecemos hasta hoy. Pero si no es posible postular objetivamente tal paralelismo, sí lo es sostener que no puede darse contradicción alguna entre lo conocido como ser y lo conocido como deber.

## 5. SER Y DEBER SER

Hans Kelsen, el propio creador del concepto lógico de deber ser, admite la existencia de una “antinomia inevitable” entre el ser y el deber ser, porque según él, entre el contenido de uno y de otro tiene que ser posible cierta antítesis, ya que “una norma cuyo contenido estuviese de tal modo determinado por el contenido del ser, del acaecer efectivo, que jamás estuviese en contradicción con aquélla, como la norma ‘debes hacer lo que quieras’, habría perdido su sentido normativo específico”.<sup>1</sup> O, en otras palabras, la normatividad sólo tiene sentido respecto de una conducta posible por una parte y no necesaria por la otra, pues no se puede estar obligado a realizar lo imposible ni, menos, lo que forzosamente ha de suceder. De esta errónea afirmación kelseniana extrae Heller la consecuencia absurda de que ser y deber ser sí se relacionan en alguna forma, por cuanto resulta indispensable que, como dice Kelsen,<sup>2</sup> se dé una tensión permanente entre ambos para que haya normatividad.

Ahora bien, la tesis del jefe de la Escuela de Viena es en verdad la responsable de esta consecuencia, ya que según la misma el ser condicionaría al deber. Y aun cuando Kelsen pretende disimularla, diciendo que la eficacia del derecho es únicamente *conditio sine qua non* y no *conditio per quam* de la validez del orden jurídico, esta distinción entre el tipo de condicionalidad que ejerce al acaecer causal sobre la normatividad, no por ello elimina la subordinación ilegítima del deber ser frente al ser de la naturaleza. El positivismo del profesor austríaco olvida su propia distinción metódica entre norma jurídica primaria y norma jurídica secundaria, de las cuales sólo aquélla es auténtica y originariamente jurídica. La verdadera norma de derecho es así la que sanciona (verbigracia, el que roba debe ser castigado) y no la que, por mera consecuencia, enuncia el deber del súbdito (por ejemplo, no se debe robar), de lo que se desprende que el precepto no obliga normativamente al particular, al que debe abstenerse de robar, sino al órgano del Estado, al que debe imponer la sanción, la cual se enlaza así a la realización de un supuesto, de un hecho jurídicamente declarado como acaecido. Por tanto, si bien es verdad que carecería de sentido normativo decir que se está obligado a realizar lo imposible (verbigracia, que el sol deje de salir por oriente todas las mañananas), o lo que necesariamente ha de ocurrir (por ejemplo, que el sol salga por oriente todos los días), también lo es que no sucede lo mismo cuando

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, 1951, p. 24.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 124.

la no realización de lo imposible, o la realización de lo que necesariamente ha de suceder, no constituye sino el supuesto al que la norma enlaza una sanción, el antecedente que determina la obligación de sancionar del órgano del Estado. Sólo *debe ser* la sanción. Y aun cuando pudiera sostenerse que en el primer caso se está forzosamente frente a una sentencia de condena y en el segundo, forzosamente también frente a una sanción premial, de ningún modo podría afirmarse que la norma jurídica obligue ni a lo imposible ni a lo necesario, pues castigar o premiar es una obligación del órgano estadual y no una imposibilidad ni una necesidad causales. Y si en un caso concreto no es posible que el órgano del Estado cumpla eficazmente su obligación, no por ello deja ésta de ser la expresión de un deber jurídico. En multitud de ocasiones los delinquentes escapan a la acción del derecho, y sin embargo, no se piensa que el órgano encargado de aplicar la sanción deja de estar obligado a castigar, aunque esto le sea materialmente imposible.

En consecuencia, entre ser y deber no existe ninguna antinomia inevitable, pues todo fenómeno jurídico se explica plenamente sin necesidad de recurrir a la conducta efectiva de los hombres. Y no se diga que la validez del derecho es inexplicable, sin hacer siquiera la referencia kelseniana de la totalidad del orden a un *mínimum* de eficacia, pues ésta es otra desviación metódica del autor de la teoría para el derecho. En efecto, sostener que las normas de un derecho histórico, por ejemplo, ya no son válidas, porque en general ya no es eficaz el orden total a que pertenecen, es algo completamente absurdo, por cuanto equivale a decir, verbigracia, que la validez de las reglas aritméticas de la adición depende de la existencia actual de los efectos de comercio a que se aplican. La jurisprudencia pura, como la matemática, explica relaciones ideales totalmente independientes en cuanto a su legalidad de los hechos históricos. Es decir, los órdenes jurídicos históricos constituyen el material a explicar por la ciencia del derecho, pero no someten ésta a sus limitaciones espacio-temporales. Se pregunta por qué es o por qué fue válida una norma positiva. Su existencia espacio-temporal no está en cuestión puesto que, precisamente, se está exigiendo una explicación de lo que existe o existió en un aquí y en un ahora. Si se indaga por qué existe o existió una norma positiva, entonces ya no se pregunta por ella como un deber sino como un ser y, por ende, la cuestión no se plantea en el ámbito de la jurisprudencia ni respecto de la norma, sino en el campo de la sociología jurídica y con referencia a un hecho causalmente determinable.

## 6. SINGULARIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

a) *La norma básica en el derecho internacional.* Desde el punto de vista lógico no es posible hablar de pluralidad de órdenes jurídicos, sino únicamente del orden jurídico en singular, pues hablar en plural de derechos es dar al vocablo una acepción empírica y no teórica. Ese punto de vista lógico es el de la jurisprudencia pura.

Esta unidad ideal que llamamos derecho sólo es comprensible en función de la hipótesis de la norma básica, que nos permite concebir toda norma jurídica posible, como valiendo en y por su relación jerárquica piramidal. Las normas de inferior jerarquía son válidas, por haber sido creadas en la forma establecida por otras que les son jerárquicas superiores, y éstas a su vez son válidas, porque su creación se realizó de conformidad con preceptos más generales que ellas, y así sucesivamente, hasta no poder encontrar normas positivas que den validez a las demás del sistema. Y es aquí donde surge la necesidad de recurrir a la norma básica, la que, como antes dijimos, no es más que una hipótesis lógica indispensable para poder entender como aplicación de normas válidas, los hechos jurídicos de la experiencia cotidiana.

Ahora bien, cuando se trata de establecer la conexión de la norma fundamental hipotética con la realidad normativa, o la unidad de los diversos órdenes jurídicos nacionales y del internacional, como un todo normativo, puede optarse entre la posibilidad de situar aquella norma en el derecho internacional, como orden supremo, o en el derecho nacional entendido como orden autárquico, como orden que lleva en sí mismo el fundamento último de su propia validez.

Si atribuimos la soberanía al derecho internacional, la norma fundamental hipotética podemos enunciarla diciendo: "Los Estados deben conducirse como han solido hacerlo".<sup>3</sup>

b) *La norma básica en el derecho nacional.* Si por el contrario, predicamos la soberanía del derecho nacional, del Estado positivo, entonces la norma fundamental hipotética se enuncia así: "Debe obedecerse lo dispuesto por el legislador primario".<sup>4</sup>

Si colocados en el primer supuesto, o sea, en el de la supremacía del orden internacional, nos preguntamos cuál es la norma que da validez a los órdenes nacionales, nos percataremos de que la misma no será una hipótesis, sino una norma positiva del derecho internacional general, por lo que no podemos llamarla norma fundamental hipotética, sino simplemente norma básica, la cual es enunciable de este modo: "Es válido todo orden jurídico nacional que sea eficaz".<sup>5</sup>

Conviene aclarar que esta eficacia de que habla la norma básica, no es la razón teórica de la validez de los órdenes jurídicos nacionales, ya que sólo se habla de efectividad, como contenido de una norma positiva jerárquicamente superior a todas las del derecho nacional, por lo que la validez de éstas deriva de esa relación de subordinación, y no del contenido de tal norma superior.

La preferencia por considerar soberano al orden internacional o al nacional es irrelevante para la teoría del derecho y de carácter subjetivo o ideológico, pues cualquiera de las posiciones que se adopte, explica en perfecta unidad

<sup>3</sup> Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 389.

<sup>4</sup> *Op. cit.*, p. 119.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 387.



el fenómeno de la pluralidad aparente de órdenes jurídicos nacionales e internacionales.

c) *La totalidad de la metódica jurídica.* El derecho nacional como punto de vista unitario no es una unidad empírica, por existir una multiplicidad de estos órdenes jurídicos. Tampoco el derecho internacional es una unidad positiva, pues existe una gran diversidad histórico-temporal de órdenes jurídicos internacionales. Empero, esto no significa una dificultad insalvable en el plan de una totalidad con la que se proyecta la metódica del derecho, pues el concepto de éste zanja el particularismo de la multiplicidad empírica de órdenes jurídicos nacionales e internacionales, de Estados y confederaciones de Estados, mediante la aspiración inmanente a todo derecho positivo que consiste en su carácter universalista, lo que es claramente comprensible en el derecho internacional, cuando se le postula como el fundamento de la validez de los órdenes jurídicos nacionales. Pero que también se comprende cuando se sostiene la supremacía del derecho nacional, pues aunque éste niega la soberanía de los demás órdenes jurídicos nacionales, no niega su existencia y pretende nada menos que ser el fundamento de su validez como tales, a través del reconocimiento del orden internacional, del cual deriva entonces la validez de los restantes derechos nacionales.

Y esto es así en toda manifestación de derecho positivo. Supongamos un orden jurídico que estableciera expresamente el desconocimiento de todo orden jurídico como tal, cuando poseyera ciertos contenidos positivos o negativos. Ni aún entonces quedarían negados tales órdenes, pues lo que en realidad se estaría estableciendo es la anulabilidad de los mismos pero no su nulidad *ab initio*, por ser ésta imposible, ya que el derecho sólo puede ocuparse de lo que tiene existencia para él, en cuanto carece de sentido declaración alguna sobre la nada jurídica. En consecuencia, la anulabilidad establecida estaría reconociendo la existencia jurídica del orden que se pretende negar.

Esto es, que no hay particularismo en el primado del derecho internacional ni en el primado del derecho nacional.

El derecho no se resiste a la totalidad cuando establece "la multiplicidad de los pueblos en la particularidad de los Estados",<sup>6</sup> pues de los Estados en plural sólo puede hablarse como órdenes parciales de un todo concebido como único derecho, como único Estado en sentido universal. Ergo, el Estado en sentido positivo no es una mera particularidad, en cuanto sólo puede ser concebido como tal en el Estado ideal.

Particularismo sólo podría existir si se afirmase que únicamente determinado orden nacional puede darnos ese punto de vista unitario de la totalidad del derecho, pero no hay particularismo en sostener que cualquier orden nacional puede constituir y constituye ese punto de vista unitario.

<sup>6</sup> Cohen, Herman, *Ethik des Reinen Willens*, Introducción, inciso 58.

## 7. LA “CONTRADICCIÓN” NORMATIVA

a) *Oposición psicológica de apreciaciones.* Vamos a ocuparnos aquí de la “contradicción” que puede darse entre dos normas jurídicas positivas, prescindiendo naturalmente de esas “contradicciones” que se afirman entre normas jurídicas y “normas” morales, o entre aquellas y las de un supuesto derecho natural, por cuanto las mismas quedan suficientemente aclaradas si consideramos que “Cada jurista sabe de por sí que en su calidad de tal, es decir, cuando se trata de conocer normas jurídicas, debe hacer abstracción de la moral” (*Es versteht sich für jeden Juristen von selbst, dass er als solcher, das heisst, wenn es gilt, Rechtsnormen zu erkennen, von der Moral abstrahieren muss*)<sup>7</sup> y del orden natural, ocupándose tan sólo de los preceptos del derecho positivo.

También habremos de omitir el considerar las “contradicciones” existentes entre normas de distintos Estados u órdenes jurídicos positivos, ya que ellas pueden explicarse totalmente con las consideraciones que siguen.

Se trata aquí de examinar únicamente aquellas situaciones en las que parece existir contradicción lógica entre dos normas pertenecientes a un mismo orden jurídico positivo, pese a que la razón de la validez de ambas normas es una y la misma norma fundamental. Desde luego prescindimos de la incongruencia manifiesta que resulta de lo anterior, es decir, del absurdo de afirmar que donde el conocimiento normativo encuentra la unidad teórica de un sistema de normas, puede darse empero contradicción entre ellas, atento a que siempre podría objetarse que el derecho no es reductible a unidad ni susceptible, por ende, de conocimiento científico de ninguna clase.

En tales condiciones, salta el argumento de que existen casos en que un mismo tribunal supremo pronuncia ejecutorias opuestas, no obstante que se trate de resolver causas idénticas, con lo que se presume la existencia de una contradicción lógica. Esto es erróneo, pues la contradicción sólo existe en la opinión particular de los que subjetivamente así lo estiman, pero no para el orden jurídico en cuanto ambas resoluciones valen normativamente. Y aun suponiendo realmente opuestas las ejecutorias e idénticos los casos —lo que es totalmente imposible de concebir, ya que para ello habría que pensar como coincidentes los ámbitos espacial, temporal, personal y material de validez de ambas ejecutorias—, la presunta contradicción no se habría dado en el reino del deber, de la normatividad, sino únicamente en el reino del ser, de la causalidad, toda vez que la misma sólo existiría en la conducta efectiva de los magistrados del mentado tribunal supremo, al querer de hecho dos contenidos diferentes en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar, pero la contradicción no se daría entre las normas individualizadas

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturechtslehre und des Rechtspositivismus*, *Philosophische Vorträge veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft. Herausgegeben von Paul Menzer. U. Arthur Liebert. Pan Verlag Rolf Heise, Charlottenburg* 2, 1928, III *Kapitel*, 15.

creadas por las ejecutorias en cuestión, pues si ambas valen normativamente, es por haber sido formalmente pronunciadas por uno y el mismo tribunal, esto es, dictadas con apoyo en las mismas normas generales de procedimiento. Desde luego que tampoco puede hablarse de contradicción en el mundo del ser, pues tal contradicción excluiría uno de los términos y, sin embargo, los hechos que se reputan contradictorios existen uno junto al otro. El error radica en que se confunde la mera oposición de dos apreciaciones psicológicas diversas acerca de un mismo hecho, con la validez objetiva simultánea de dos juicios contradictorios (lo que es verdaderamente impensable).

b) *Oposición aparente del ser y el deber.* Producto también de una confusión sobre el punto de vista de la predicación, es el error de referirse en un mismo juicio, al derecho como realidad natural y como realidad normativa. Desde un cierto ángulo —el de la jurisprudencia pura, por ejemplo— el derecho es normatividad, es deber; desde otro enfoque —verbigracia, el del iusnaturalismo— el derecho es una realidad natural, un ser. Cuando se dice que no se debe realizar la conducta *a*, porque la misma constituye el supuesto de una sanción, se está mirando a la regla jurídica positiva como norma. En cambio, si se afirma que una determinada regla de derecho es “injusta”, a la luz de un pretendido orden “natural”, se está contemplando al precepto como un hecho enjuiciable y enjuiciado a través de ese orden “natural”. Y de aquí surge la falaz argumentación que confunde a tantos juristas y les hace pensar en la posibilidad de auténticas contradicciones, en la existencia de verdaderos “conflictos de deberes”.

Uno de estos especiosos “razonamientos” es el que utiliza la palabra “norma” en dos sentidos diversos, esto es, como ser y como deber a un mismo tiempo y en una misma relación lógica. Así se dice: Una persona demanda el divorcio a su cónyuge, fundándose en la causal de adulterio. El juez, pese a estimar comprobada la infidelidad, declara improcedente la acción, porque sus ideas religiosas le impiden decretar la disolución del vínculo matrimonial. La parte actora, por la causa que fuere, no recurre la sentencia y, consecuentemente, ésta pasa en autoridad de cosa juzgada. Pero como esta misma parte considera ilegal la actitud del juez, lo consigna ante un jurado de responsabilidades oficiales, el cual falla resolviendo que existe una contradicción entre la sentencia de este funcionamiento (norma jurídica individualizada) y la disposición del Código Civil que manda disolver el matrimonio cuando esté probado el adulterio (norma jurídica general), por lo cual sanciona al juez, pero deja en vigor su sentencia. Con lo anterior se pretende acreditar que una norma inferior con fuerza de verdad legal, es contradictoria de una norma superior, de manera objetiva y no subjetiva, por cuanto tal cosa la ha determinado una autoridad jurídicamente competente para ello.

Ahora bien, nos ocuparemos de esta argumentación, a pesar de sostener el absurdo de que una norma, creada por otra superior, es contradictoria de esta última. Sin embargo, la equivocidad del argumento estriba en la equivocidad con que es empleada en el mismo la palabra “norma”. Cuando el jurado de

la causa de responsabilidad se refiere a una norma inferior, como “violatoria” de una norma superior, no establece que aquélla contradiga a ésta en cuanto la primera vale como norma de derecho, sino simplemente en cuanto su contenido es determinado como supuesto (ser y no deber) de una sanción. Luego, la “contradicción” no se da entre norma superior y norma inferior, sino entre norma superior (derecho) y contenido de una norma inferior (hecho). Pero los juicios “*a* debe ser” “*no a* es” no son lógicamente contradictorios, como pudieran serlo los juicios “*a* es” y “*no a* es” o bien estos otros: “*a* debe ser” y “*no a* debe ser”, toda vez que los dos primeros juicios indican, únicamente, la situación de oposición efectiva entre aquello que es y aquello que debe ser; pero no una contradicción lógica”.<sup>8</sup>

Lo que comúnmente se llama un conflicto de normas, es un proceso que de ninguna manera se desarrolla en la esfera del deber; no es la contradicción de dos juicios normativos, sino la mera concurrencia de motivos diferentes, de impulsos psíquicos que inducen a obrar en distintas direcciones. En el caso del jurado que condena a un juez por “violar” una norma, no se da una contradicción normativa, pues en cuanto actúan ambos tribunales como entidades psicofísicas, como aplicadores de derecho, y no como investigadores de este mismo objeto, las normas (la representación subjetiva del contenido de ellas) son meros factores psicológicos que actúan sobre sus ánimos, y no la expresión de un deber lógico.

Igual cosa ocurre cuando la “contradicción” se presenta entre dos normas jurídicas pertenecientes a órdenes positivos diferentes. Cuando se establece que un precepto ordena la conducta *a* y otro la conducta *no a*, y se supone que ambos tienen el mismo ámbito de validez, uno de ellos está siendo contemplado como ser, como hecho, y el otro como deber, como norma. Y el conflicto de “normas” sólo se da psicológicamente en el reino del ser, pero nunca en el campo del deber.

## 8. JURISPRUDENCIA PURA

Se llama pura a una ciencia, cuando hace descansar la verdad de sus juicios en una hipótesis metódica de conocimiento, o sea, cuando contiene en su propia estructura el fundamento de su unidad como tal. Ahora bien, la unidad esencial de las verdades de una ciencia es la unidad de la explicación. Así, la jurisprudencia será una ciencia pura si su punto de vista para juzgar define y delimita ya, de partida, su esfera, es decir, si el mismo abraza en integridad ideal todos los hechos y singularidades posibles, como lo hacen la lógica, la matemática o la mecánica pura.

De manera que su objeto: el derecho, debe concebirlo en función de un principio fundamental, cualquiera que éste sea, y no apartarse de él en ningún momento de su desarrollo para conservar, sólo así, la característica de ser jurisprudencia pura. Si no lo hace de este modo, no será una ciencia pura

<sup>8</sup> Kelsen, *obra citada*, III capítulo, inciso 13.

y, quizá, ni siquiera una ciencia, por no saber qué es lo que estudia y que bien pudiera ser una norma jurídica, una simple aspiración subjetiva de justicia o una mera forma de comportamiento, si es que quiere llamarse derecho a estos tres diversos objetos.

El procedimiento anterior es el que han seguido la mayoría de los juristas en el curso de la historia, por lo que han llegado a un verdadero callejón sin salida, en el cual se encuentran muchos de ellos hasta la fecha, por no poder cohonestar como juicios de una sola ciencia un abigarrado conjunto de conocimientos relativos a dos, tres o más objetos esencialmente diversos. De aquí han surgido los perspectivistas jurídicos y, más sagaces, los partidarios de la tesis de que el derecho es una simple actividad artística y no una ciencia.

La jurisprudencia pura requiere, pues, poner un punto de partida que le permita acotar el campo de lo que llamará derecho, prescindir de lo que no encuadre dentro de ese concepto de lo jurídico —aun cuando históricamente se haya designado como derecho—, y construir un sistema teórico sobre esa base exclusivamente, el cual describirá y explicará con precisión científica rigurosa, una cierta porción de lo que históricamente ha sido visto como fenómeno jurídico.

Naturalmente, si más adelante se propone un diverso punto de partida para delimitar el campo de lo que se estimará como derecho, sobre el cual sea posible construir un sistema teórico que explique, con mayor amplitud histórica y simplicidad que el primero, el propio fenómeno jurídico; la jurisprudencia deberá abandonar aquél por su relativa inutilidad y atenerse al nuevo principio de unificación que el trabajo de los investigadores le hubiese proporcionado.

El anteriormente señalado es el método de la pureza jurídica, que sólo nos exige no involucrar objetos diversos (normas, aspiraciones personales de justicia, formas de comportamiento), como materia de una sola investigación.

Por tanto, llamaremos jurisprudencia pura al punto de vista amplio y general desde el cual se estudia a todo derecho posible: el históricamente determinado como tal y todo lo que en el futuro pretenda conocerse como derecho. Sus elementos serán, así, exclusivamente teóricos, esto es, no empíricos, históricos o contingentes.

Y llamaremos jurisprudencia normativa o positivo empírica, al punto de vista histórico que estudia un orden jurídico concreto, o sea, tempoespacialmente determinado. Sus elementos serán, pues, tanto teóricos como empíricos.

Los conceptos de derecho en general y de un derecho histórico cualquiera no serán distintos, ya que el primero dominará al segundo, en cuanto éste sólo encontrará su fundamentación racional en la noción teórica y universal del derecho, existiendo entre ambas nociones la misma relación que media entre el concepto de Círculo ( $\pi r^2$ ) y los conceptos de las cosas circulares (las ruedas, por ejemplo), que satisfacen íntegramente aquél y le adicionan elementos circunstanciales, como los de tamaño, color, material, etcétera.



El concepto general de derecho funcionará, simultáneamente, como el principio intrasistemático de unificación de la jurisprudencia pura, que es una ciencia ideal, y como principio nómico extrasistemático de la jurisprudencia normativa, que es una ciencia fáctica.

Como se ve, el problema central de la jurisprudencia pura es la determinación del concepto de derecho, a fin de poder deslindar posteriormente cuál es su propio campo de investigación y, también, cuál será el concepto guía de la jurisprudencia positiva.

## B. DEL CONOCIMIENTO CAUSAL

La sociología es una actividad que postula como válida la descripción, en términos de metódica jurídico normativa, de un objeto causal: la sociedad entendida como algo distinto de la pira o el rebaño, a la manera de Maurice Maeterlinck.

F.E.V.B.

### 1. EL PROBLEMA DE LA SOCIOLOGÍA

En tanto que la actividad desplegada por diversos autores bajo el nombre de sociología, es calificada por algunos como científica, la misma es para otros de simple carácter literario.

Los llamados fenómenos sociales de carácter económico, jurídico y político, así como también las manifestaciones culturales denominadas arte, ciencia, moral, lenguaje, religión y mitología, han sido señalados como los que proporcionan a la sociología su temática. Sin embargo, habiéndose objetado a esta consideración que tales objetos ya son estudiados por sendas ciencias particulares, en concreto, y por la historia y la filosofía, en general, la sociología se debate en una angustiosa situación. De la primera objeción se defiende diciendo que el estudio de los fenómenos económico, jurídico y político, lo realiza desde un punto de vista diverso al de la economía, la jurisprudencia y la ciencia política, pero no puede precisar cuál es este punto de vista, toda vez que si afirma que el mismo constituye un enfoque superior y más general de tales fenómenos, invade bien el campo de la historia, entendida como ciencia teórica, o de la filosofía, como ciencia de las ciencias. Por otra parte, la filología como ciencia del lenguaje, la estética como filosofía del arte, la filosofía del mito y la ética como filosofía moral, se verían duplicadas como disciplinas científicas, si la sociología pretendiese estudiar los objetos de que ellas se ocupan.

La discusión ha permanecido en la superficie del problema, ya que se la ha centrado de manera simplista en la cuestión de establecer si su pretendido objeto de estudio, es o no materia de investigación por otras disciplinas; sin percatarse de que cualquiera que fuese la respuesta, la situación sería la misma. En efecto, si su objeto no lo estudia ninguna ciencia, ello no garantizaría sin más que la sociología sea ciencia, pues la astrología y la alquimia estudian un objeto privativo (pronóstico del futuro, transmutación en oro de otros metales) y sin embargo, no son disciplinas científicas. Y por el contrario, si el

objeto de la sociología fuese investigado por una determinada actividad científica, tal circunstancia no impediría que aquélla también tuviese este carácter, ya que la física y la química pueden estudiar los mismos cuerpos sin dejar de ser ambas, ciencias: Una, por ocuparse de la estructura atómica de ellos y la otra, por dedicarse a la constitución molecular de los mismos.

Como toda ciencia para ser tal debe contar con un objeto y un método propios, el planteamiento correcto del problema es el siguiente: Si la sociología estudia la sociedad, ¿cuál sería su método de investigación, el causal o el normativo? O también: Si el método de la sociología es el causal, ¿cuál sería la naturaleza de su objeto, causal o normativa? Estos planteamientos los realizamos sobre la base de entender a la causalidad como “una forma pura de ordenación de todos los contenidos posibles del pensamiento científico, los que enlaza en relación de causa a efecto”. Y a la normatividad como otra “forma pura de ordenación de esos mismos contenidos, los que enlaza en relación de supuesto a consecuencia”.

El principio de causalidad se enuncia como “idea de un orden *necesario* en el que ciertos fenómenos (causas) determinan indefectiblemente otros (efectos)”. El principio de normatividad o de imputación se enuncia así: “idea de un orden *obligatorio* en el cual (la determinación por el propio orden de la realización de) ciertos sucesos (supuestos) determinan indefectiblemente deberes (consecuencias)”, para cuya existencia es irrelevante que se realicen o se dejen de realizar.

## 2. LA SOCIEDAD

Se ha pretendido que es posible dar un concepto causalista de lo social, en lo cual no estamos de acuerdo por estimar incomprensible la idea de una sociedad sin normas, que ninguna diferencia esencial presentaría con el rebaño o el hormiguero, y cuyo estudio no podría ser, así, sino un capítulo de la zoología.

Consideramos que la sociedad es definible sencillamente como “ordenación normativa”. Empero, diversos autores han intentado la conceptualización causal de la sociedad, por lo que examinaremos brevemente sus doctrinas al respecto, con el fin de poder afirmar sin reservas nuestra posición.

a) *Georg Simmel*. Según Simmel, es posible arribar al concepto de ente social en particular y de sociedad en general, a partir de un elemento no jurídico sino puramente social, que dé la base para la unificación esencial de sus elementos. Así, parte del supuesto de que entre los individuos pertenecientes a una misma comunidad se da una acción recíproca que, como dato sociológico exclusivamente, constituye la unidad de los individuos que la forman como un cuerpo social. Simmel dice que un conjunto de individuos forma una unidad real, determinable por ende causalmente, cuando cada uno de ellos influye sobre los demás, percibiendo a la vez sus influencias.

Ahora bien, si aceptamos lo anterior, tendremos que también entre los ani-

males existen cuerpos sociales, porque entre sus miembros se dan influencias recíprocas de ayuda mutua, temor, atracción, repulsión, etcétera. Por otra parte, esa “interacción individual” se daría en todo caso, entre individuos pertenecientes a una *misma comunidad*, pero ¿qué comunidad? Desde luego no podría contestarse válidamente que la formada por la “acción recíproca”, ya que éste es el punto de vista que se trata de explicar. Sino sólo que se trata de la *comunidad política*, de la constituida por normas. Y al establecer el propio Simmel este planteamiento, “denuncia claramente (su) tendencia a la ficción, es decir, a afirmar como ser lo que sólo puede ser conocido como deber”,<sup>9</sup> o sea, que supone al punto de vista normativo como anterior al punto de vista causal, el cual, aun cuando lo supusiéramos legítimo, tendría que fundamentarse en el criterio normativo de unificación de lo social. Y en todo caso, tendríamos que admitir que esa acción recíproca tiene grados, así como que la que se da entre los sujetos psicofísicos pertenecientes a una misma comunidad, es más fuerte que la existente entre miembros de distintas comunidades. Sin embargo, esto no es así, pues “la pertenencia a una comunidad nacional, religiosa, profesional o meramente ideológica —la cual no suele coincidir con la comunidad estatal—, crea de ordinario vínculos espirituales mucho más estrechos”.<sup>10</sup> Es indudable que en la comunidad internacional judía por ejemplo, se da una interacción psíquica entre sus miembros, mucho más intensa que la existente entre los propios judíos y los demás nacionales de los Estados a que jurídicamente pertenecen.

Y lo dicho con relación a la comunidad política (Estado) es aplicable a cualquier otra entidad social o colectiva, pues lo mismo puede argumentarse respecto de la comunidad religiosa (iglesia) o de la comunidad ideológica (partido).

b) *Menennius Agrippa. Lilienfeld. Spencer. Schaeffle*. Esta corriente considera a la sociedad un organismo vivo que, como tal, tiene órganos y funciones de carácter biológico. La sociedad es, así, concebida como un mero fenómeno zoológico de nacimiento, nutrición, crecimiento, reproducción y muerte.

La idea es extremadamente antigua. Menennius Agrippa, cónsul romano, es el primer autor que equipara a la sociedad con un ser viviente, en el famoso apólogo narrado a los plebeyos romanos sublevados, que estaban reunidos en el Monte Sacro, para convencerlos de que se reintegraran a la ciudad (496 a.c.), olvidando sus quejas contra el patriciado, a cuyas órdenes servían en el ejército, siendo muy mal recompensados, pues sus esfuerzos sólo recibían en pago promesas incumplidas, como la de abolir las deudas.

El orador romano dijo:

En la época que aún no reinaba como hoy, la armonía del cuerpo humano, todas las partes de éste se indignaron porque, gracias a sus cuidados,

<sup>9</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz y Lacambra, 1951, p. 10.

<sup>10</sup> *Obra citada*, p. 10.

sus afanes y su ministerio, todo lo obtenía para sí, el estómago. La entraña suprema gozaba en medio de los placeres que las otras partes del cuerpo le proporcionaban. Tramaron, por tanto, una conspiración: las manos negáronse a llevar a la boca el alimento, la boca a recibirle, las muelas a masticarle, etcétera. Mas, he aquí que poco después los miembros y el cuerpo entero cayeron en postración lamentable. Entonces hubieron de comprender que el estómago no permanecía ocioso y que, si le alimentaban, él a su vez alimentaba a todo el cuerpo y los miembros, mediante la digestión de los alimentos.

Menennius Agrippa agregó que los plebeyos eran los miembros, y el senado, el estómago; sacando en conclusión que los plebeyos debían someterse a sus señores, como las manos y la boca sirven a la economía del estómago.<sup>11</sup>

Esta tesis se afirma con mayor rigor en el sociólogo ruso Lilienfeld, quien, en su obra principal, escrita en alemán con el título de *Pensamiento social del porvenir*, identifica sin reservas la sociedad con un organismo vivo, y lleva la comparación hasta los menores detalles, llamando “formación del capital” a la constitución de las reservas orgánicas. Las tendencias hereditarias las compara con la producción y la transmisión de los bienes materiales. Para este pensador, en la sociedad no hay nada que no exista en la naturaleza viva.

Herbert Spencer defiende igualmente la tesis organicista, diciendo:

La sociedad integrada por individuos, también es un organismo, realmente un organismo y no una simple semejanza al organismo individual. En la sociedad ocurre lo que en un organismo individual: hay una interdependencia del todo a las partes. La sociedad tiene un sistema óseo y un sistema circulatorio. La estructura la forman sus ciudades, puentes y caminos. El sistema circulatorio está representado por las comunicaciones comerciales. Es más, las sociedades padecen enfermedades o desequilibrios, como las crisis económicas. Además, las sociedades se reproducen, las colonias no son otra cosa que vástagos de la sociedad. En una palabra, la sociedad es un organismo que cumple un fin biológico.

Alberto Everardo Federico Schaeffle, economista y sociólogo alemán discípulo de Spencer, en su obra *Estructura y vida del cuerpo social* (1875-1878), sostiene que la economía es una ciencia biológica, señalada por ciertas analogías entre el organismo animal y el social. La idea de Schaeffle es la asimilación de las leyes sociales a las leyes biológicas, concibiendo las colectividades humanas como organismos dotados de funciones análogas a las de los cuerpos vivos, como las de conservación y relación.

El error de que parten los sostenedores de la teoría organicista biológica, es que postulan a la sociedad como un ser, es decir, como un fenómeno empírico natural, no obstante que la misma no es perceptible por los sentidos. Todo lo que hacen es señalar analogías o similitudes entre las sociedades y los

<sup>11</sup> Caso, Antonio, *Sociología*, Editorial Stylo, 9ª Ed., 1958, pp. 368 y ss.



organismos animales, siendo que resulta imposible hablar con rigor científico de identidad de funciones entre aquéllas y éstos. La sociedad no se reproduce realmente en sus colonias como el animal en sus hijos. Aquélla no asimila “alimentos” como bioquímicamente lo hace una unidad biológica, ni parte alguna de ella engendra a otra, siendo a su vez engendrada por ésta, más que en sentido metafórico y literario, pese a que biológicamente al organismo sólo se le puede entender como “un todo cuyas diversas partes se engendran mutuamente” (Kant). Por último, el conocimiento biológico no agota el concepto de sociedad, en la cual se dan funciones como la jurídica, que ni siquiera tiene parangón alguno con las de un organismo animal.

c) *Savigny*. Friedrich Carl von Savigny, en su obra *System des Hentigen Roemischen Rechts* (1840), refiriéndose a los entes colectivos en general, los considera unidades psíquicas independientes de las psiques individuales, pero constituidos por las corrientes psicológicas coincidentes de los hombres de carne y hueso. Éste es el punto de partida de las famosas doctrinas del alma popular nacional (*Volksgeist*), la cual vendría a ser, según el romanticismo, la esencia misma del Estado como comunidad social, pues tales doctrinas se basan en el supuesto de que los nacionales de un Estado se constituyen en unidad social, por tener un interés y una voluntad comunes, los que denotan con las diversas expresiones de “voluntad colectiva”, “interés colectivo”, “conciencia colectiva” o “sentimiento colectivo”.

Mas si aceptáramos la tesis anterior, tendríamos que admitir que esas unidades psíquicas tienen una entidad substancial que vive en sí y por sí, pues siendo independientes de las psiques individuales, serían diferentes de ellas, lo cual es impensable científicamente, ya que un substrato psicológico, independiente de la unidad biológica, es algo improbable en la experiencia, de manera que su postulación haría que la investigación filosófica degenerase en especulación metafísica. Además, “una unidad real (sociológica) sólo existe entre aquellos que realmente participan de una misma actitud mental y en los momentos en que esta identidad efectivamente prevalece”,<sup>12</sup> siendo absurdo suponer que un numeroso conglomerado de individuos pueden querer, sentir o pensar siempre coincidentemente, ya que sería un caso jamás registrado por la historia universal.

Por ende, la voluntad común o los intereses comunes, como criterio unificador de lo social, corren pareja suerte que la interacción individual, o sea, que no son aptos para el fin al que fueron propuestos.

d) *Gierke, Steiner*. Doctrina del organismo social es el nombre que da Otto Gierke a su teoría, en la cual no compara los entes colectivos a los seres vivos, sino que los define como “organismos propios de carácter social con unidad de vida constituyendo un todo”, lo que no es lo mismo ni puede reducirse según él, a una mera agregación o cómputo de individuos, si bien son éstos los integrantes de aquéllos. Los cuerpos sociales son para él, organismos

<sup>12</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de E. García Máynez, 1949, p. 195.

integrados por un entrecruce de conexiones espirituales, cuyo carácter resulta de índole superior al individual, por lo que los entes colectivos aparecen como organismos sociales superiores a los individuos. Esta tesis de Gierke ha sido sustentada y desenvuelta con ligeras variantes por Wundt, Lasson, Zithelmann y otros autores.

Steiner, con su doctrina de la “división tripartita del organismo social”, hace corresponder a los tres “sistemas” del organismo biológico humano: el de la cabeza, el del pecho o circulatorio y el metabólico, los sistemas constitutivos de la vida económica, la vida política y la vida espiritual. Sin embargo, este autor no hace trascender a la sociología los conocimientos biológicos y psicológicos, pues afirma que lo único realmente importante, es:

Que el pensamiento y el sentimiento humanos aprendan a percibir las posibilidades vitales, estudiando el organismo natural, para que puedan aplicar, después, al organismo social, esta modalidad de la percepción.

A estas dos tesis les son aplicables las propias consideraciones dirigidas a la tesis de Savigny.

e) *Tomás de Aquino, Rousseau*. Puede incluirse en la denominación de doctrinas del organismo social, la que ha sido expuesta y sustentada por algunas figuras destacadas de la Iglesia católica, habiéndola formulado entre ellas Tomás de Aquino. El padre Suárez, el padre Soto y otros, hacen suyas las principales ideas de este autor sobre el tema. Dice ese pensador que el Estado no es una suma de partes individuales, sino que es un todo organizado, de tal suerte que puede verse en él algo que constituye “como un organismo, en el cual sus varias partes no puede decirse que sean meramente agregados, sino que estas partes son miembros”. Es, pues, el Estado para el de Aquino, una unidad superior, algo que tiene magnitud propia, un todo en el cual se da una completa conexión. O en otras palabras: el Estado es para él un organismo ético, una unidad de lo social orientada por el supremo fin de bien común. Y todo lo dicho con relación al Estado, es aplicable según este autor a los demás entes colectivos.

También el pensamiento de Juan Jacobo Rousseau acerca de los entes sociales, cae bajo el rubro común de doctrinas del organismo social, pues refiriéndose a ellos sostiene en su obra *Del contrato social o Principios del derecho público*, capítulo vi: “El pacto social”, que la sociedad civil estructurada por este pacto, se constituye porque:

Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder, bajo la suprema dirección de la voluntad general y recibimos, además, a cada miembro como parte indivisible del todo. En lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, y que recibe su unidad del mismo acto, su yo común, su vida y su voluntad.

Tanto estas últimas doctrinas como las anteriormente expuestas, concuerdan en un punto común: la hipostatización mitológica de los entes colectivos, al considerarlos con existencia independiente de los individuos que los componen, pues como a un tiempo afirman expresa o tácitamente, que no son organismos biológicos ni psicológicos, sin decirnos lo que son de manera comprobable en la experiencia, es obligado concluir que para tales doctrinas los cuerpos sociales son entes metafísicos, por lo que las mismas son totalmente inocuas para la consideración filosófica, ya que la filosofía nada tiene que ver con pretendidas biología social, que imaginan organismos *sui generis* de carácter social o de tipo ético, pues no pueden decirnos qué son ni dónde están lo social puro ni organismo ético alguno fuera de derecho, de un modo objetivo.

f) *Von Haller. Duguit.* La doctrina de la fuerza, de las relaciones puramente sociales de dominación como elemento típico y esencial del Estado, tiene su más destacado representante en un tratadista francés de nuestros tiempos, que es León Duguit, en su obra *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1910). Sin embargo, el suizo Carlos Luis von Haller, con su obra *Restauración de la ciencia del Estado o Teoría del Estado natural-social en oposición a la quimera del artificial-burgués* (6 tomos, 1816-1825), puede ser visto como uno de los primeros sostenedores de esta concepción, la que considera que el Estado nace por virtud de que hay unos individuos que disponen de mayor fuerza, o sea, que lo que determina al Estado en un complejo de relaciones de fuerza.

Duguit sostiene que en la realidad social de todos los tiempos se mira el hecho de que unos individuos gobiernan y que otros son gobernados, y que, como no sería científico sino metafísico afirmar que unas voluntades son esencialmente distintas de otras, debe admitirse que la voluntad de los gobernantes es el elemento esencial del Estado, pues al poseer mayor fuerza pueden legítimamente usar ella para imponer su voluntad a los demás. Y claro está, continúa diciendo, que esa mayor fuerza de que disponen los gobernantes reviste formas distintas, pues en las sociedades primitivas la misma es una fuerza material o moral, basada en creencias religiosas, en tanto que en las sociedades modernas hay una mayor complejidad en las formas, pero aun dentro de esa complejidad es indiscutible la necesidad lógica de oponer las dos entidades mencionadas, o sean los gobernantes y los gobernados, cuya realidad es incuestionable. Consecuentemente, Duguit expresa su concepto de Estado diciendo que el mismo es “toda sociedad humana en la cual exista una diferenciación política, una diferencia entre gobernantes y gobernados”.

La doctrina de la fuerza encuentra en Duguit un expositor que plantea con bastante precisión el problema de la conceptualización del Estado, pero que ingenuamente busca la solución del mismo en una realidad psicológico-naturalista, la cual resulta inocua para el fin propuesto, pues la pura relación de fuerza no nos permite caracterizar ningún fenómeno como de tipo social.

En efecto, si el Estado es una relación de dominación entre gobernantes y

gobernados, entre individuos que ordenan e individuos que obedecen, esta dominación, aunque exista, no puede representar un nexo puramente causal, como el que se daría entre el calentamiento de un metal y su dilatación, sino que necesariamente expresa una relación de mando; es decir, que la orden del que manda no puede interpretarse como una causa natural, sino como llevando imbuída una pretensión de ser obedecida, o sea, que esta dominación expresa un deber o no puede entenderse como tal, pues “lo que busca su expresión en el concepto de dominio no son los hechos escuetos, integrantes del nexo causal de la manifestación de una orden o mandato y de una conducta conforme a dicha orden”,<sup>13</sup> sino la pretensión normativa implícita en ellos. En una palabra, el elemento psicológico de dominación presupone al derecho como la unidad jurídica y no sociológica del Estado.

Por otra parte, la doctrina de la fuerza atiende a las relaciones reales de dominación que se dan entre los individuos, sin percatarse de que no todas esas relaciones son constitutivas del Estado, como las que existen entre el padre y el hijo, entre el marido y la mujer. Y si esto es así, ¿cuáles de todas las relaciones de dominación constituyen el Estado? Y a tal pregunta sólo hay una respuesta, la de que únicamente el derecho puede decirnos cuáles son las relaciones de dominación que constituyen la comunidad política, es decir, el Estado, pues:

Los mandatos emitidos “en nombre de Estado”, son los que se expiden de acuerdo con un ordenamiento cuya validez debe ser supuesta por el sociólogo que pretende distinguir tales mandatos, de aquellos que no son imputables a la comunidad política.<sup>14</sup>

Así, pues, las relaciones de dominación no son simples realidades, sino hechos interpretables normativamente, de lo que resulta que tales relaciones tampoco nos permiten la conceptualización ajurídica de la sociedad.

g) *La sociología normativa.* En consecuencia, si lo social es un concepto jurídico, un estudio de la sociedad tendría que versar forzosamente sobre la realidad jurídico normativa. Pero esta realidad la determina objetivamente y estudia de manera exhaustiva, la jurisprudencia positiva, que lo hace por el método de la imputación o relación de supuesto a consecuencia, y no por el método natural o relación de causa a efecto, pues debemos tener presente que el método crea el objeto, por lo que el método causal sólo puede llevarnos a la conceptualización de un objeto natural, y para alcanzar un objeto normativo únicamente podremos utilizar la relación de imputación.

De manera que si llamamos sociología al estudio de la sociedad entendida como ordenación normativa, nos encontraremos con que la misma no es sino la jurisprudencia positiva. Pero esto no satisface a los sociólogos, cuya única salida entonces será postular para esta actividad el método natural e indagar cuál sería su objeto peculiar.

<sup>13</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, p. 13.

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 197.

### 3. LA SOCIOLOGÍA CAUSALISTA

Por la razón ya expuesta de que el método crea el objeto, una sociología causalista no podría tener como la materia de su investigación el conocimiento de lo social. Y no se diga que aunque el concepto de sociedad sea normativo, la sociología podría estudiar la realidad social como ser, en sus relaciones de causa a efecto, porque si esto fuese lógicamente posible tendríamos un concepto natural de la sociedad (que ya vimos no resiste un serio análisis), que en todo caso sólo podría identificarse gramaticalmente con el concepto normativo de sociedad.

Esto ya lo han intentado Max Weber, Karl N. Llewellyn, Joseph W. Binham, T. H. Huxley, Oliver Wendell Holmes, Benjamín N. Cardozo, W. A. Robson, John C. H. Wu, John Austin, etcétera, sosteniendo en concreto que es necesaria una teoría que describa lo que realmente hacen los individuos en su relación con el derecho, y no lo que deben hacer, esto es, que precisa elaborar una doctrina natural y, por ende, causalidad del fenómeno jurídico real. Esta “ciencia”, pues, vendría a ser algo así como una física social, pues estaría compuesta por juicios sobre lo que es y no sobre lo que debe ser. Lo anterior es imposible, pues la causalidad como expresión pura de un determinismo insalvable (idea de un orden necesario en el que ciertos fenómenos determinan indefectiblemente otros), no resulta apta para explicar un objeto que consiste en puras relaciones indeterministas de normatividad.

a) *Huxley*. En efecto, Huxley afirma que “una ley humana nos dice lo que podemos esperar que la sociedad hará en ciertas circunstancias” y que “la ley natural nos indica lo que los objetos naturales harán en ciertas circunstancias”,<sup>15</sup> tratando de establecer un paralelismo entre la ciencia natural y su “ciencia” particular; sin percatarse de que falsea a la primera, porque las leyes de la naturaleza no profetizan el futuro, sino solamente explican “acontecimientos presentes en función de otros pasados”. Y ya veremos que la ley (no la relación o principio) de causalidad, no puede continuar siendo entendida con la fórmula “todos los sucesos en cualquier imagen física dada pueden ser absolutamente predichos, si se conocen las condiciones de tiempo y de espacio”, ya que la Ley de Interdeterminación de Heisenberg ha puesto en crisis a la misma y nos obliga a sustituirla, por una simple “ley estadística de probabilidad” respecto al comportamiento de los fenómenos.

b) *Holmes Cardozo*. El primer autor define causalmente al derecho como “un conjunto de profecías sobre lo que los tribunales harán realmente”,<sup>16</sup> cuando un hombre se conduce en determinada forma. Esto es, cuando un individuo priva de la vida a otro intencional e injustificadamente, la ciencia del derecho se encargará de decirle lo que los tribunales harán con él, aun cuando no le hayan dicho antes que debía abstenerse de matar. Pero esto es notoriamente absurdo, porque para que esta predicción de lo que el tribunal

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, *obra citada*, p. 172.

<sup>16</sup> *Obra citada*, p. 175.



hará, posea “un grado razonable de probabilidad”, sería preciso investigar toda una larga cadena de posibles causas de su acción, es decir, habría que indagar sobre la venalidad o probidad del juez o del jurado, sobre la eficacia o ineficacia de la policía y de los órganos investigadores, sobre los medios materiales con que pueda contar el delincuente para eludir la acción del derecho, sobre las características étnicas de la víctima y del ofensor (en la Unión Americana no es lo mismo juzgar a un negro por matar a un blanco que viceversa), etcétera, todo lo cual implica una indagación que ni los propios sostenedores de la postura son capaces de intentar, como lo demuestra Cardozo al decir que:

Más allá del punto en que la predicción no alcanza siquiera un grado que permita hablar de derecho incierto, está el punto evanescente en que el derecho no existe, sino que tiene que ser dotado de existencia por un acto libre de creación.<sup>17</sup>

Sin parar mientes en que “el derecho que adquiere existencia por un acto de ‘creación libre’, también es derecho, aun cuando evidentemente es un derecho impredecible”.<sup>18</sup>

En conclusión podemos afirmar, que una sociología causalista no puede tener como su objeto de estudio lo social en su estricto sentido jurídico, sino otro cualquiera que forzosamente deberá estructurarse en relaciones de causa a efecto.

#### 4. EL OBJETO DE LA SOCIOLOGÍA

Lo que subcientemente postulan los cultivadores de la sociología causalista, como el objeto de ésta, no es en realidad sino el hacer y el obrar físico material de la unidad biológica hombre, aun cuando confundiéndolo lamentablemente con lo que denominan “conducta real y efectiva del ser humano”, entendiéndolo por éste no a la persona jurídica, que es un concepto normativo, sino al individuo psicofísico en su dimensión zoológica. El error está en considerar que un animal en cuanto tal, es capaz de conducirse en alguna forma, pues el de conducta es un concepto esencialmente normativo, imputable únicamente a las personas jurídicas y no a los hombres.

Así, no resulta correcto hablar de ser humano biológico y de persona jurídica, porque el de humano es también un concepto normativo, determinado a partir del concepto jurídico de persona, entendida como centro ideal de imputación normativa, de imputación de obligaciones y facultades, por ser la jurisprudencia la única ciencia que proporciona el principio metódico para llegar a la idea de humanidad. El hombre de la biología no posee ninguna diferencia esencial con los miembros de las demás especies

<sup>17</sup> *Obra citada*, p. 176.

<sup>18</sup> *Obra citada*, p. 179.

animales, y si se dice que es humano en sentido histórico, es porque el derecho nos ha permitido determinar este concepto y porque generalmente atribuye la calidad de persona al bípedo implume. Lo humano no es lo racional como quiere la Escolástica, porque si sólo fuese humano quien discurre o puede discurrir lógicamente, ni el niño ni el loco ni el idiota son humanos porque no pueden hacerlo.

Por tanto, el individuo es humano cuando es persona, y no por sí mismo. De manera que es correcto afirmar lo siguiente: *El hombre puede ser persona* y generalmente lo es, porque la única excepción histórica conocida es la del esclavo más primitivo, o sea, el equiparado a un simple objeto mercantil; *pero la persona no es el hombre*. Desde el punto de vista de la jurisprudencia, para nada interesa la conceptualización del hombre como unidad biológica, por ser éste un problema que no puede plantearse dentro de su campo. Entendamos esto con un claro ejemplo de la ciencia natural: La hoja de un árbol puede ser verde y generalmente lo es, pero lo verde no es la hoja. Desde el punto de vista de la física (capítulo óptica), para nada interesa la conceptualización de la hoja de un árbol, porque no es su problema, aunque si lo sean las longitudes de onda del fenómeno luminoso, entre las cuales se da la denominada como color verde.

De igual modo, a la sociología causalista que estudia el hacer y el obrar físico natural del hombre, para nada debería interesarle que esta actividad pueda o no ser calificada como conducta por otra disciplina. Sin embargo, hasta la fecha no ha podido librarse de tal preocupación, ni de la confusión consiguiente a tan anárquico proceder. Y quizá esto mismo sea lo peculiar de la sociología: postular que un objeto causal es descriptible acriticamente en términos de metódica jurídonormativa, con lo que no podría ser una actividad científica *stricto sensu* y tal como entendemos lo científico (conjunto de juicios en conexión sistemática en sentido teórico), y ni siquiera *lato sensu* o como ciencia fáctica, pues si su principio de unificación fuese un concepto jurídico (lo social como ordenación normativa), su método tendría que ser el de la imputación y ya vimos que entonces sería la propia jurisprudencia positiva. Así, únicamente puede ser una actividad literaria del género denominado “ficción científica”, de exactamente la misma índole que las tareas sociológicas de Maurice Maeterlink en sus famosas obras *La vida de las abejas-de las hormigas-de los termites*, en las que magistralmente describe la existencia biológica de relación que se da en los hábitáculos de esos insectos: el colmenar, la termitera y el hormiguero, utilizando para ello conceptos extraídos de la metódica jurídica, de alcance popular, como los de *abeja reina*, *obrero*, etcétera, *vuelo nupcial*, *hormiga guerrera*, fundación de *ciudades*, *gobierno mirmense*, etcétera, a los cuales adiciona la divulgación de auténticos conocimientos entomológicos y, en ocasiones, hasta el serio tratamiento de temas disputados en esta especialidad de la zoología.

Se insiste empero en que el objeto de estudio de la sociología causal es la

actividad de la especie hombre en cuanto obra realizada o cultura, en sentido propio, desvinculada de su autor y con un afán totalizador de arte, ciencia, religión, derecho, política, etcétera. Pero si lo anterior no lo realizaran ya la historia universal y la antropología, habría que concluir que tal actividad no podría ser científica, por cuanto ninguna ciencia causal es capaz de distinguir esencialmente entre ciencia, arte, religión, derecho, política, etcétera, ya que algunas de tales expresiones de la cultura son causales, pero otras son normativas, técnicas o teoréticas.

En consecuencia, resulta legítimo afirmar que, hasta ahora, la llamada sociología no ha sido más que una actividad retórica, útil si se quiere desde el punto de vista didáctico, pero que no trasciende las lindes de la ficción científica.