

CAPÍTULO I. EL COMPORTAMIENTO JURÍDICO

1. Planteamiento del problema	11
2. El comportamiento	13
3. Physis y nomos	17
4. La ciencia jurídica	20
5. La existencia normativa	24
6. Carácter objetivo de la relación normativa	26
7. Carácter convencional de la normatividad	27

CAPÍTULO I. EL COMPORTAMIENTO JURÍDICO ¹

SUMARIO: 1. *Planteamiento del problema*. 2. *El comportamiento*. 3. *Physis y nomos*. 4. *La ciencia jurídica*. 5. *La existencia normativa*. 6. *Carácter objetivo de la relación normativa*. 7. *Carácter convencional de la normatividad*.

1. *Planteamiento del problema*

Ha sido constante preocupación para los juristas resolver el problema de la creación normativa. Sin embargo, la ciencia jurídica tradicional no ha procurado, al respecto, una explicación satisfactoria.

La doctrina se ha limitado a dar una explicación parcial: se explican, por un lado, las fuentes del derecho,² por otro, el problema del poder constituyente, el origen de las obligaciones, etcétera. Esto produce tesis a veces irreconciliables, impidiendo una solución de conjunto al problema de la creación institucional.

¹ Este tema ha sido tratado con anterioridad en otro trabajo. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Algunos problemas generales sobre la creación normativa*, en: "Anuario Jurídico", año I, núm. 1, UNAM, México, 1974, pp. 269-301.

² El término fuente que, según Claude du Pasquier, es "una metáfora bastante feliz" (cfr. Pasquier, Claude du, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*; 3e. éd. Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, 1948, p. 47), constituye "una expresión figurada y altamente ambigua (Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1949, p. 131; *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*; 3a. ed. México, UNAM, 1969, p. 155). En efecto, el término fuente induce a pensar que el origen del derecho no tiene la misma naturaleza que éste, es decir, sugiere una entidad diversa a la de las normas jurídicas (Véanse: Kelsen, *ibid.*, p. 131; *ibid.*, p. 155; y Tamayo y Salmorán, Rolando, *La constitución como una teoría general del derecho* (tesis profesional), México, 1967, pp. 49-51). Además, "la expresión 'fuente de derecho' es igualmente empleada en un sentido no jurídico, cuando se utiliza para designar todas las representaciones que influyen, efectivamente, las funciones de creación del derecho y de aplicación del derecho, en particular los principios morales y políticos, las teorías jurídicas, la opinión de los expertos... La multiplicidad de significaciones del término 'fuentes del derecho' lo hace aparecer como inutilizable. En lugar de esta imagen, susceptible de inducir fácilmente al error, es recomendable utilizar una expresión que defina inequívocamente el fenómeno jurídico que se tiene presente (Kelsen, *Reine Rechtslehre*; 2. Aufl. Viena, Franz Deuticke, 1960, p. 239; *idem*, *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California Press, 1967, p. 233; *idem*, *Théorie pure du droit*; 2e. ed. París, Dalloz, 1962, pp. 313-314). Además "se presenta frecuentemente a la legislación y a la costumbre como las dos 'fuentes del derecho'; este punto de vista procede de que, cuando se habla del derecho, no se piensa más que en las normas generales del derecho estatal. Esta idea restrictiva no es correcta. Si se observa el derecho en una conveniente amplitud, se encuentra inmediatamente con otras 'fuentes del derecho' que no son la legislación ni la costumbre. Primero, las normas individuales también forman parte del derecho, ellas son, como las normas jurídicas generales sobre las cuales son creadas, elementos constitutivos del orden jurídico. Por otra parte, es necesario abordar el

La cuestión de la creación jurídica es, seguramente, uno de los problemas de la ciencia del derecho que más roza con los ideales, credo político o intereses del jurista. Por ello, en el desarrollo del trabajo, habremos de tener mucho cuidado para evitar caer en una explicación tendenciosa que convierta nuestra descripción en prédica ideológica o en crítica política de un determinado tipo de creación jurídica.

Una respuesta satisfactoria a este problema tiene que poseer una amplitud conveniente, de modo que explique la creación de *todo* lo jurídico —y no únicamente algunas de sus manifestaciones— y que, además, comprenda todos los métodos posibles de producción del derecho.

Consecuentemente, debemos plantearnos la cuestión de la creación de la experiencia normativa preguntándonos por la totalidad de las condiciones y procesos que esta creación supone. Así pues, todas las *cosas* (tales como: juicios, leyes, reglamentos, contratos, embargos, etcétera.) que habitualmente son reconocidos como formando la experiencia jurídica, constituyen el problema o problemas a resolver.

Ahora bien, la explicación y análisis del problema —es fácil comprenderlo— únicamente pueden estar contenidos en enunciados que, en razón de su objeto, denominaremos 'enunciados jurídicos'. Esto es, la respuesta al problema de la creación jurídica sería una tarea que correspondería exclusivamente a la ciencia del derecho —al conjunto sistemático de enunciados jurídicos—. Ciertamente que si la creación jurídica es un problema que sólo puede ser resuelto por la ciencia del derecho, es menester que determinemos, primeramente, cómo se constituiría una ciencia semejante.

Por otro lado, debemos de plantear el problema de la creación jurídica en su *totalidad*, para no proceder a dar soluciones parciales (esto es, una teoría de las fuentes del derecho, otra del poder constituyente, etcétera) a diferentes manifestaciones del problema. De ahí, que tengamos que expresar la cuestión de las cosas jurídicas y su creación de manera unitaria y no proponer una suma de interrogantes diversos. Es fácil comprender que sería casi imposible —y bastante inútil— analizar una por una todas las cosas que parecen formar la experiencia jurídica.

Puesto que no parece razonable abordar una a una todas las cosas que habitualmente son consideradas como constituyendo la experiencia jurídica, resulta, pues, necesario buscar la forma de tratarlas a todas en su conjunto. Pues bien, si observamos con atención las expresiones que nombran estas cosas, tales como 'embargos', 'indultos', 'contratos', 'deli-

derecho internacional general así como el derecho estatal; ahora bien, la legislación no figura entre las fuentes de aquél, que son la costumbre y el tratado" (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 238; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 232; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 313). Al respecto, creemos inútil una enumeración de todos los procedimientos creadores del derecho, ya que toda enumeración corre el peligro de no poder ser exhaustiva. Por tanto, en vez de abordar cada uno de los problemas particulares es conveniente tratar de resolver todos los métodos posibles de creación del derecho.

tos', etcétera, nos daremos cuenta de que todas estas expresiones designan comportamientos humanos —actos o voliciones humanos—, o bien, el producto de estos comportamientos. Esto es, las constituciones, los reglamentos, las ejecuciones, los plebiscitos, etcétera, son comportamientos humanos, o bien, objetos o situaciones producidas por tales comportamientos.

Lo anterior coincide con un ampliamente aceptado punto de vista. En efecto, la literatura jurídica trata a las cosas jurídicas (indultos, refrendos, circulares, delitos, etcétera) como actos o voliciones humanos —a los que denomina 'actos jurídicos'— o como productos de estos actos.

Así pues, con objeto de plantearnos unitariamente —y en su mayor amplitud— el problema de las cosas jurídicas y su creación, habremos de proceder a interrogarnos por el problema del comportamiento humano en general y por el del comportamiento jurídico en particular.

2. *El comportamiento* ³

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el comportamiento humano es, para nosotros, sólo el planteamiento del problema, nunca un dato.⁴ Esto es, la conducta es sólo la expresión de una incógnita que la

³ Parte de lo que a continuación se expone ha sido tratado con anterioridad. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *La imputación como sistema de interpretación de la conducta* en: "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", año IV, núm. 12, septiembre-diciembre de 1971, México, pp. 431-454.

⁴ El conocimiento está lejos de constituir un mero instrumento de reproducción que copie los rasgos de una realidad en sí, yacente y fija, ordenada y dotada de antemano de sentido. El conocimiento científico no se limita a tomar posesión de un ser ya dispuesto, evidente y verdadero. Si esto fuera así, la física, por ejemplo, no hubiera podido continuar el trabajo de síntesis más allá del estadio en que se detiene la materia bruta de nuestras sensaciones. Que el conocimiento sea sólo un espejo donde se reflejan las cosas tal y como son, es la concepción de los "evidentes", aquellos para quienes son las diversas especies de sensaciones las que dan un conocimiento integral de las cosas. (Véase en este sentido: Aristóteles, *Sec., Anal.*, II, 19, 100 a 17; *Meta.* A, 1, 980b 18; *de Anima* III, 1-3 y ss., 7, 431b, 2, 11, 434a, 8). No obstante, cabe decir a los "evidentes" que "el verdadero sol no es aquel globo luminoso y caliente que nuestros ojos atestiguan que es de tamaño mediocre y que nos aseguran se levanta todas las mañanas para acostarse todas las noches". Brunschvicg, L., *Les âges de l'intelligence*, Paris, PUF, 1953, p. 137. El conocimiento no se acaba en la sensación, sino que es elaborando las incógnitas que componen el caos de nuestras percepciones sensibles como el conocimiento constituye la experiencia científica. La espontaneidad originaria del conocimiento es la que permite la determinación progresiva de la experiencia. "Si nos preguntamos por qué Kant asigna al intelecto humano el carácter de activo y espontáneo, la respuesta tiene que consistir en que, después de todo, nosotros somos los responsables de la formación de conceptos. Las concepciones son algo que la mente produce activamente, y es precisamente en esto en que los conceptos difieren de las percepciones... , tanto como podamos, ejercer nuestro poder... tenemos que concluir que hemos ido completamente más allá del simple hecho de aceptación de lo dado." Cassirer, H. W., *Kant's First Critique*, Londres, George Allen and Unwin, 1968, p. 55. Respecto al problema aludido en esta nota, véase Cassirer, Ernst, *La philosophie des lumières*, Paris, Fayard, 1966, pp. 33-37, 117-150 (existe traducción española, México, Fondo de Cultura Económica, 1950); *idem*, *El problema del conocimiento (Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, t. I, pp. 11 y ss. Lo relativo a Kant se encuentra en el t. II, 1956; *idem*, *Kant vida y doctrina (Kants Leben und Lehre)*,

ciencia habrá de despejar en proposiciones científicas.⁵ Ahora bien, no obstante la enorme importancia que puede representar para la humanidad una solución científica del problema del obrar humano, cabe constatar que durante largos siglos el comportamiento humano evitó, de manera constante, una explicación científica. No fue, propiamente, sino hasta el siglo pasado cuando el conocimiento científico logró hacer del comportamiento humano un objeto específico de la ciencia natural.

Del mismo modo que Copérnico y Galileo desposeyeron a la Tierra de su posición como centro del universo, así Darwin —el Newton de la biología— despojó al hombre de su frío pedestal de ángel caído.⁶ De todos los estudios puestos en conmoción por la revolución darwiniana, ninguno puede considerarse más beneficiado que el de la antropología. A partir de entonces, todo estaba dispuesto para aplicar a la sociología los métodos de la matemática.⁷ La aplicación de estos métodos a la psicología produjo el desarrollo de una psicología perteneciente al sistema del conocimiento natural.⁸

Aunque esta inclusión constituía un gigantesco adelanto, la antropología, la sociología, la psicología, etcétera, parecían no poder agotar la explicación de todas las posibilidades del comportamiento humano. Así, por ejemplo, el problema de la creación del Estado y del derecho parecían no encontrar solución satisfactoria en los enunciados del conocimiento científico natural. No siendo explicable por los enunciados del sistema de la ciencia natural, el comportamiento humano jurídico necesitaba, entonces, de una otra explicación.

Es indiscutible que el hombre primitivo entendía todas las cosas sobre la base de un fetichismo que permitía animarlas. Dentro o detrás de

México, Fondo de Cultura Económica, 1968, pp. 115-250. Cassirer, *op. cit.*, pp. 52 y ss. Patton, H. J., *Kant's Metaphisic of Experience*, Londres, George Allen and Unwin, 1961, pp. 417 y ss., 492 y 496. Popper, K. R., *The Logic of Scientific Discovery (Logik der Forschung)*, Londres, Hutchinson, 1968, pp. 31 y ss. (existe traducción al español, Madrid, Tecnos, 1965). Russell, B., *Human Knowledge*, Nueva York, Simon and Schuster, 1948, pp. 165 y ss. Ayer, A. J., *The Problem of Knowledge*, Londres, Penguin Books, 1964, pp. 52 y ss.

⁵ De acuerdo con un ampliamente aceptado punto de vista, tenemos que considerar a la ciencia como un conjunto de proposiciones o enunciados, cuya estructura y sentido dependen de reglas o principios básicos que los constituyen y, por tanto, reconocibles como entidades del conjunto que constituye el conocimiento científico. En otros términos, puede decirse que la ciencia no es más que un lenguaje organizado a partir de ciertas reglas explicativas. "La ciencia —afirmaba Condillac— es un lenguaje bien hecho." Cfr. Ferrater, J. y Leblanc, H., *Lógica matemática*, México, Fondo de Cultura Económica, 1970, p. 9. "Siempre que hablamos de una teoría o sistema filosófico nos estamos refiriendo directa o indirectamente, o al menos así parece, a un lenguaje formalizado, esté o no formulado explícitamente tal lenguaje." Martín, Richard M., *Verdad y denotación (Truth and Denotation)*, Madrid, Tecnos, 1962, p. 32; véase: Braithwaite, R. B., *La explicación científica (Scientific Explanation)*, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 25, 28 y ss.; Russell, *op. cit.*, pp. 3 y ss.; Robins, R. H., *General Linguistic and Introductory Survey*, Londres, Longmans, 1968, pp. 358 y ss.

⁶ Dampier-Whetham, sir William, *Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión (A History of Science and its Relations with Philosophy and Religion)*, Madrid, Aguilar, 1931, p. 334; véanse, además, pp. 273 y ss.; Russell, *op. cit.*, pp. 29-36.

⁷ *Ibid.*, pp. 306 y 311.

⁸ *Ibid.*, p. 365.

las cosas existen almas o espíritus invisibles que las dirigen. Las cosas, pues, *se comportan*. Las almas gobiernan la naturaleza a través de seres humanos, de animales y de objetos. El hombre primitivo interpreta el *comportamiento* de las cosas, utilizando el único medio del que dispone: la ley de la compensación o retribución social. Cuando un comportamiento —de hombres o cosas— se produce y reclama una explicación en la conciencia de los hombres, éstos no se preguntan por las causas de este comportamiento sino quién es responsable del mismo.⁹

Poco a poco, las incontables almas fueron jeraquizadas en un pequeño número de dioses. Estos dioses dirigen el comportamiento de las cosas y de los hombres de acuerdo a un principio de retribución. En ese momento, la idea del *do ut des*, o principio de compensación social, se hace aún más evidente. Las calamidades tales como mala cosecha, caza infructuosa, derrota en la guerra, enfermedad, etcétera, son entendidas como castigos, consecuencia de un comportamiento irregular. Los acontecimientos ventajosos, tales como buena cosecha, buena caza, salud, larga vida, etcétera, son interpretados como recompensas por la conducta regular de los miembros del grupo.¹⁰

Dentro de un contexto semejante, los hombres sólo se preocupaban en escudriñar la voluntad de los dioses y conformarse a sus designios. Así, por ejemplo, Zeus manifiesta su voluntad a través de las *themistes*, las cuales se convierten en el padrón de la regularidad. Polifemo es muerto justamente por Ulises, porque aquél no había obrado regularmente.¹¹

La idea que los primeros griegos tienen de la naturaleza, se debe a que el proceso de compensación o de retribución, propio de la vida social, se traspassa a la naturaleza, la cual se encuentra sometida a un orden jurídico y moral similar.¹² Así, en Hesiodo y Píndaro, *las Horas*, hijas de *Themis*, son las diosas de la regla, de la justicia y de la paz: *Eunomia*, *Dike* e *Irene*.¹³ *Physis* no es, entonces, más que una vasta metáfora de la *Polis*.¹⁴

Durante largo tiempo, las teogonías constituyeron la única respuesta al problema del comportamiento jurídico y moral. Son los dioses los que han fijado las normas de la vida social, y los poetas, de todos los géneros, han alabado siempre su magnificencia. Entre los griegos, por ejemplo, *Dike* era una diosa poderosa, y ninguno podía contrariar impunemente las bases sagradas de su autoridad. Así pues, el hombre,

⁹ Cfr., Kelsen, *Théorie pure du droit*, cit., p. 115; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 83.

¹⁰ Cfr., Kelsen, *ibidem*; *ibidem*.

¹¹ Jaeger, W. W., *Alabanza de la ley, los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 21 nota 6.

¹² Jaeger, W. W., *Paideia*, Paris, Gallimard, 1964, p. 199-200; cfr., *Paideia, los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 159.

¹³ Bréhier, E., *Histoire de la philosophie*, Paris, PUF, 1965, t. I, fasc. 1, p. 50.

¹⁴ *Idem*, pp. 3-4.

dentro de un contexto semejante, sólo se preocupó de conformar su conducta a las *themistes*.

Themis conoce el destino que pende sobre los dioses y los hombres; de ahí que sea la consejera jurídica del padre de los dioses. Tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes reciban el nombre de *themistes*, lo que a su vez explica el hecho de que la conducta que coincide con el derecho se exprese por la fórmula *es Themis*.¹⁵

"Los monarcas recibían su cetro, y con él las *themistes*, de su prototipo celestial, Zeus, rey de los dioses, considerado por Homero como fuente divina de toda justicia terrenal."¹⁶ Homero usaba la palabra '*themistes*', que parece significar reglas o regulación, para designar la autoridad de la costumbre y de la tradición oral.¹⁷

Physis, que al origen era completamente gobernada por dioses y demonios,¹⁸ va, paso a paso, a emanciparse de los dioses. Estos se convierten en elementos, fuerzas o propiedades de la naturaleza. *Physis* se encuentra sometida a medidas, a reglas que le son immanentes; *Physis* se transforma en un *cosmos*

Este ordenado universo (*cosmos*), el mismo para todos, no ha sido creado por ninguno de los dioses o de los hombres sino ha sido siempre y es y será un fuego siempre vivo que se prende según medidas y se apaga según medidas.¹⁹

En el cosmos las cosas no son caprichosas, por el contrario ahí todo se produce por *necesidad*; "...todo sucede... por necesidad".²⁰ El cosmos no puede ser de otra manera sin negarse, pues existe un *logos* inmanente que lo gobierna. El *logos* que conduce la naturaleza le impone contener *en sí* las medidas que la necesidad le determina. "La poderosa necesidad le vigila y la traba en sus cadenas..."²¹ Ya no se trata ahora de impresionar la imaginación, como en Hesíodo o Hellenáicos, sino de introducir un orden armonioso y necesario.

¹⁵ Verdross, A., *La filosofía del derecho del mundo occidental (Abendländische Rechtsphilosophie)*, México, UNAM, 1962, p. 10.

¹⁶ Jaeger, *Alabanza...*, op. cit., p. 19.

¹⁷ *Idem*, pp. 20 y 55.

¹⁸ Así, Tales conviene en que es necesario no olvidar que todo está lleno de dioses. El mundo está animado y lleno de demonios (Diógenes Laercio, *Vie, doctrines et sentences des philosophes illustres*, Paris, Garnier-Flamarion, 1965, t. I, pp. 51 y ss.). Aristóteles e Hippias dicen que Tales le acordaba un alma a todas las cosas que se creían inanimadas. Como prueba de ello, señalaba el ámbar y la piedra de magnesio (Aristóteles, *Meta A.* 3.983, b6, b20, b21; *De anima* 411 hasta 7; cfr. Brun, J., *Les présocratiques*, Paris, 1968, p. 17).

¹⁹ Heráclito, *Fragmento 30* (versión de Freemann, K., *Ancilla to the Pre-Socratic Philosophers*—versión inglesa de *Fragmente der Vorsokratiker*—, Oxford, Basil Blackwell, 1962, p. 26).

²⁰ Heráclito, *Fragmento 80* (versión Freeman, op. cit., p. 30).

²¹ Parménides, *Fragmento 11* (versión de Battistini, Y., *Trois contemporains. Héraclite, Parménide et Empédocle*, Paris, Gallimard, 1955, p. 93).

Ahí, de donde emergen las cosas que existen, ahí mismo concluyen a su destrucción de *modo necesario*; pues se hacen justicia y dan reparación una a otras de su injusticia según los dictados del tiempo.²²

De aquí surge la idea de un orden natural necesario que es al mismo tiempo un orden de justicia. La naturaleza es un ajuste de fuerzas. Todo exceso, todo aquello que rebasa las medidas, es castigado por la muerte o la corrupción. Límites y medidas son mantenidas celosamente por *Dike*, a cuyo servicio se encuentran las furias vengadoras.

El sol no rebasará sus límites, si no las furias, servidoras de la justicia, lo descubrirán.²³

Si *Physis* es, en sí, absoluta y necesaria, *Dike*, corolario de *Physis*, es fatal e ineluctable. *Physis* se encuentra, así, justificada por *Dike*, y ésta es inmanente al *logos* que ilumina el mundo y lo gobierna. Todo lo que ha sido, ha sido *justo por naturaleza*. De ahí que todo acontecimiento o comportamiento tengan que obedecer a las reglas inmutables de la naturaleza, las cuales son absolutamente justas. Los hombres tienen que respetar el equilibrio natural, puesto que, en tanto que natural, es justo. Las comunidades humanas, como todas las cosas, se encuentran sometidas a las mismas reglas contenidas en el *Dikaion-physikon*, razón de ser del derecho consuetudinario. El proceso de retribución, más o menos arbitrario, de la vida social, que había sido transportado a la naturaleza, se convierte en inmutable y absoluto, puesto que natural.

3. *Physis y nomos*

A comienzos del siglo VII *a de C.*, se observa un desarrollo de ciudades-Estado que devienen ricas y poderosas. Las más brillantes son: Mileto, Efeso y Halicarnaso; ciertas islas como Samos guardan un lugar importante. Estas *polis* habían conocido un régimen monárquico consuetudinario, del que podemos tener una idea gracias a los poemas homéricos.

A fines de ese mismo siglo aparecieron, sin embargo, nuevas condiciones que conducirían a la destrucción de estas monarquías homéricas y de la antigua concepción del mundo. El fenómeno de la *stenochoria* es, por ejemplo, uno de esos acontecimientos que se encuentran en el origen del gran movimiento de colonización que habría de convulsionar a

²² Anaximandro, *fragmento B 1* (versión de Nicol, E., *Los principios de la ciencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 467).

²³ Heráclito, *fragmento 94* (versión de Freemann, *op. cit.*, p. 31).

todo el mundo griego.²⁴ En las ciudades recientemente fundadas, los *oikistes* tuvieron que proceder a la creación de nuevas instituciones jurídicas mediante los *nomoi*.²⁵

El establecimiento de nuevas y diversas instituciones planteaba el problema de la relatividad²⁶ o mutabilidad de las reglas de la vida social. *Dike* parece no ser absoluta y necesaria, puesto que la diversidad de *polis* y legislaciones demuestran lo contrario. Por tanto, los patrones de la legalidad y de la moralidad no son tales por naturaleza, sino parecen productos de la determinación de la voluntad humana,²⁷ cambiante y relativa. Arquelao sostenía que lo justo o lo injusto no eran tales por naturaleza, sino por la ley convencional.²⁸ "Se ve bien, cómo, entonces, pudo nacer la idea de que la naturaleza tiene sus propias leyes, que no son las de los hombres, las cuales... son puras convenciones".²⁹ "La ley se opone, pues, como obra convencional o contractual a la naturaleza".³⁰ En tanto que Esquilo, muerto en 546 a. de C., representaba en la escena los peligros de la desmedida y los crímenes que consisten en sobrepasar los límites marcados por la justicia divina, Eurípides, muerto en 411 a. de C., no cesa de marcar el carácter humano, provisional y convencional de las reglas de justicia.³¹

Es importante señalar que estos problemas sólo podrían ser perceptibles dentro de un avanzado desarrollo cultural. En efecto, sólo en el marco de un desarrollo espiritual acentuado es posible plantear cuestiones sobre el comportamiento humano y la comunidad política.

Pues bien, en tiempo de Sófocles se inicia un movimiento espiritual que habría de poner en tela de juicio un gran número de verdades universalmente reconocidas y admitidas.³² Hasta entonces, la distinción entre religión y ciencia no existía; esta última echaba profundas raíces en la fe religiosa. Una oposición de estos términos no podía surgir más

²⁴ Nuevas condiciones, sin embargo, conducirían a la desaparición de este orden —no obstante la voluntad del tonante—, en Jonia, primero, y después en todo el mundo griego. A finales del siglo VII a. de C., la moneda hace su aparición; una división del trabajo entre la ciudad y el campo se acentúa y la comercialización de los productos agrícolas produce una revolución en el régimen de las tierras, provocando lo que los griegos llamaron *stenochoria* (la falta de tierras, que no es sólo debida al crecimiento demográfico). Véase: Mosse, C., *Histoire des doctrines politiques en Grèce*, Paris, PUF, 1969, pp. 7 y ss.

²⁵ Así, pues, se comprende que el siglo VII a. de C., haya sido el comienzo de la época de los legisladores tales como Carondas, Zeuleucos, Dracón, Fidón, Solón, Clístenes, etcétera.

²⁶ Cfr., Verdross, *op. cit.*, p. 32.

²⁷ "El nuevo derecho, en consecuencia, no es algo que el hombre encuentre al develar el orden cósmico divino, sino que es elaborado en la asamblea del pueblo mediante una decisión mayoritaria, adoptada después de confrontar opiniones contradictorias de los hombres" (Verdross, *op. cit.*, p. 32).

²⁸ Diógenes Laercio, *op. cit.*, t. I, p. 108.

²⁹ Mosse, *op. cit.*, p. 24.

³⁰ Bréhier, *op. cit.*, t. I, fascículo 1, p. 74.

³¹ *Idem*, p. 71.

³² Jaeger, *Paideia* (versión española), *op. cit.*, p. 263.

que con el movimiento sofístico, donde el ideal de una ciencia y cultura humanas es formulado con plena conciencia:

el hombre es la medida de todas las cosas ³³

¡todo un programa que aspira a una cultura humana y racional! ³⁴

Es fácil imaginar que al liberar al hombre de la superstición y de las amarras de la tradición, uno de los dominios que más se beneficia es el que constituyen la jurisprudencia y la ética. Los sofistas sometieron a crítica el fundamento de validez del derecho consuetudinario, negando la obligatoriedad *en sí* de la costumbre y la tradición.³⁵ La labor codificadora, la diferencia de instituciones de un pueblo a otro, así como el cambio de las instituciones —especialmente en *polis* de régimen democrático, donde unas asambleas derogaban el derecho que las anteriores habían creado— permiten ver a *nomos* como un producto meramente humano, mutable y contingente y que se opone a la permanencia e inmutabilidad de *Physis*.³⁶

Así surgió la oposición entre *physis* y *nomos* —lejano antecedente de la oposición kantiana entre el ser y el deber ser—,³⁷ esto es, entre la *necesidad* natural y la *convencionalidad* de la normatividad. La legalidad positiva queda desvinculada del orden natural. A partir de entonces, las modalidades jurídicas del comportamiento —lo prohibido, lo debido, lo permitido, etcétera— necesitaron de una explicación autónoma. De manera que, si los fisiólogos jónicos fueron los creadores de la filosofía y teoría de la naturaleza, son los sofistas los fundadores de la filosofía y teoría jurídicas.

³³ Protágoras, Diógenes Laercio, *op. cit.*, t. II, p. 185. Con ello se enuncia el relativismo jurídico filosófico y su fundador fue Protágoras de Abdera (485-411). "La raíz de esta doctrina [está contenida en] la conocida frase: *homo-mensura* generalmente traducida en la fórmula 'el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son, en tanto que son, y de las que no son, en tanto que no son'. Nestle, sin embargo, ha demostrado que la palabra '*chrema*' (*κοσμημα*) no puede traducirse por la locución 'cosa', sino más bien tiene el significado de 'cualidad' o 'valor'. Según esta interpretación, el significado correcto de la frase del discurso, sería: 'el hombre es la medida de todas las cualidades o valoraciones'. Esta interpretación, además, está ratificada en el pensamiento contenido en otra frase de Protágoras: 'En la medida en que un Estado aparece justo y bueno a una persona, lo es también para ella, pero sólo mientras la persona conserva aquella opinión (Platón, *Theetetos*, 166 D). Por esta frase podemos darnos cuenta de lo que se propuso Protágoras: en ella expresó el sofista de Abdera que no es la opinión del hombre aislado o la de la especie humana la que revela cuál deba ser el contenido del derecho, sino la opinión de los hombres reunidos en la asamblea del pueblo, y que este derecho perdurará hasta tanto la asamblea del pueblo no exprese una opinión distinta" (Verdross, *op. cit.*, pp. 33-34).

³⁴ Bréhier, *op. cit.*, t. I, fascículo I, p. 73.

³⁵ Cfr. Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1961, p. 108.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ "La contraposición entre naturaleza y convención tuvo en la mayoría de los sofistas efectos revolucionarios, pues hizo posible la crítica de las instituciones positivas puramente *convencionales* a la luz de lo *natural*" (*idem*, p. 109).

4. *La ciencia jurídica*

El auténtico humanismo de los sofistas fue, lamentablemente, efímero; Platón puso nuevamente de moda la búsqueda del absoluto:

Las cosas humanas no valen la pena para ser tomadas muy en serio. No es el hombre, como se sostiene, sino Dios quien es la medida de todas las cosas. Dios merece nuestro celo. Los hombres no son más que marionetas fabricadas por Dios.³⁸

A partir de entonces, los sistemas metafísicos, los tratados políticos y los códigos religiosos buscaron, inútilmente, la respuesta absoluta y definitiva al problema de las modalidades jurídicas del comportamiento humano. Estas respuestas, sin embargo, tomaron siempre el aspecto de una justificación o la actitud polémica de la ideología política.³⁹ A esta rapsodia de respuestas se le dio el nombre de humanidades, de la cual la ciencia del derecho es una parte muy importante.

Es antigua y demasiado conocida la tesis que separa las ciencias de las humanidades. Tesis que tiene su origen, principalmente, en el caos de las humanidades; caos que resultaba de la creencia en la idea de una inaprehensible subjetividad de la actividad humana que se oponía, de manera inmediatamente evidente, a la objetividad de la naturaleza. Las ciencias de la naturaleza, con su predominante certeza, presentaban los fenómenos reducidos a un sistema donde existía coherencia y precisión. Por el contrario, las humanidades proseguían, sumergidas en sus tanteos, buscando infructuosamente al hombre bueno o moral, al justo, al virtuoso; sus métodos, muy diversos, recurrían igualmente a la *ratio recta*, como a la iluminación, a la gracia como a la dialéctica; su campo de acción, el interior del hombre, verdadero fondo de las cosas, refugio del espíritu, del alma y del libre arbitrio, lugar donde se hace patente la obra del demiurgo.

Pues bien, dentro de este orden de ideas, los juristas se empecinaron en su visionaria labor buscando el deber *en sí*, el derecho *en sí*, ...el absoluto jurídico. Para la consecución de tal propósito, los estudios del derecho —obscurecidos por los misterios de la religión, por los prejuicios del sentido común⁴⁰ y por las conveniencias políticas— llenaron bibliotecas enteras de prédicas humanitarias, de sermones morales o reli-

³⁸ Platón, *De las leyes*, 716c, 203c; cfr. 644d-645c.

³⁹ Véase: Tamayo y Salmorán, Rolando, *L'Etat, sujet des transformations juridiques* (tesis de doctorado), París, Faculté de Droit et Sciences Economiques de Paris, 1970, pp. 32-84.

⁴⁰ "Sentido común del cual se sabe que constituye el residuo de ilusiones del género humano, el lugar geométrico de sus prejuicios." "... puesto que lo propio del sentido común es de disimular a sí mismo, en afirmaciones de aparente espontaneidad, ese residuo inconsciente de idolatría natural, de dogmatismo instintivo que el análisis descubre en el fondo de la mentalidad primitiva." (Brunschvicg, *op. cit.*, pp. 37 y 130).

giosos, de discursos políticos y de ensayos utópicos. Tomando en cuenta esta lamentable situación de los estudios de derecho, es fácil comprender por qué la ciencia jurídica se convirtió en un "teatro de disputas sin término".⁴¹

Grandes fueron los esfuerzos para proporcionar al conocimiento jurídico el seguro camino de una ciencia; sin embargo, había que entender, ante todo, que una ciencia del derecho no podía ser posible más que como ciencia. Era necesario comprender, primeramente, que una ciencia jurídica sólo podía componerse de un conjunto sistemático de enunciados que explicara y analizara la experiencia jurídica. Ahora bien, a aquellos que rechazan esta actitud vale decirles, parafraseando a Kant, que no pueden tener otra intención que destruir el conocimiento científico, convirtiendo el trabajo en juego, la certeza en opinión y la teoría jurídica en filodoxia.⁴²

Pues bien, es hasta 1911, con los *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, que la ciencia del derecho comienza a ser tratada como un conjunto sistemático de enunciados científicos.⁴³ Sobre este particular, cabe señalar que la aparición de las *Rechtssätze*,⁴⁴ enunciados de la ciencia jurídica, constituye uno de los momentos más espectaculares en la historia de la ciencia del derecho y representa una de las más brillantes aportaciones de quien, sin lugar a dudas, puede ser considerado como el Newton de la jurisprudencia.⁴⁵

Existe una sola manera —humana— de conocer, que consiste en explicar y analizar mediante enunciados los problemas planteados al conocimiento. Es, pues, fácil suponer que la ciencia jurídica, en tanto que sistema de conocimiento, tiene que componerse, al igual que las ciencias naturales, únicamente de enunciados que sirvan para explicar y analizar su objeto. Pues bien, es a partir de Hans Kelsen que se puede constatar que la ciencia del derecho permite mostrar que ésta, de la misma

⁴¹ El terreno donde se libran esos combates sin fin se denomina la metafísica. Kant, E., *Crítica de la razón pura*, prefacio a la primera edición.

⁴² "Aquellos que rechazan su método v. al mismo tiempo, el procedimiento de la crítica de la razón pura, no pueden tener otra intención que romper los vínculos de la ciencia y convertir el trabajo en juego, la certeza en opinión y la filosofía en filodoxia." (Kant, E., *Crítica de la razón pura*, prefacio a la segunda edición).

⁴³ "De lo que se trata es de imprimirle a la ciencia del derecho un movimiento un poco más rápido que la ponga en contacto con la teoría general de la ciencia." (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. IV; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. VIII; *idem*, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 11).

⁴⁴ Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Entwickelt aus der Lehre von Rechtssätze*, 2. Aufl. Tübingen, Scientia Aalen, 1960, pp. 3, 5-6, 24, 33 y ss.; *Reine Rechtslehre*, cit., p. 73; *Théorie pure du droit*, cit., p. 97; *Pure Theory of Law*, cit., p. 72; *Teoría pura del derecho*, cit., p. 45.

⁴⁵ Estamos de acuerdo con el decano Roscoe Pound —dice Ebenstein— en caracterizar a Hans Kelsen como el indiscutible dirigente jurídico de la época y en asignarle en la historia de la filosofía jurídica una posición igual a la de Kant en la historia de la filosofía. Cfr. Ebenstein, William, *La teoría pura del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 11. Véase Morones, Armando, *Ética y teoría jurídica pura*, (tesis profesional), México, UNAM, 1970, p. 3.

manera que el conocimiento científico natural, se compone de enunciados sistemáticamente relacionados.⁴⁶

Este sistema de enunciados es el medio que nos permite interpretar *normativamente* el comportamiento humano; es decir formando *normas jurídicas*. Dicho en otros términos: este conjunto de enunciados jurídicos es lo que nos permite dotar del carácter de norma jurídica al comportamiento humano. Puede entonces decirse, que la ciencia del derecho no considera el comportamiento humano sino en tanto que este se encuentra constituyendo normas jurídicas.

Ahora bien, un comportamiento humano se encuentra formando normas jurídicas cuando se convierte, de acuerdo con un enunciado normativo, en antecedente o consecuente de una relación normativa. Si los enunciados normativos vinculan un antecedente a un consecuente, un enunciado normativo tendrá la forma siguiente:

$$\phi \rightarrow \psi$$

donde la variable ' ϕ ' denota el comportamiento antecedente, la variable ' ψ ' denota el comportamiento humano consecuente y el símbolo ' \rightarrow ' representa la relación condicional que se establece entre ϕ y ψ . De manera que, *prima facie*, la fórmula ' $\phi \rightarrow \psi$ ' puede leerse: si ϕ , entonces ψ .

Sin embargo, la condicionalidad que establece el enunciado jurídico tiene un carácter y un sentido específicos: en el enunciado jurídico, la relación condicional establece que, dado el antecedente, el consecuente *debe ser*, sin que esto implique que el consecuente tenga lugar cada vez que el antecedente se realice.⁴⁷

Siendo diferente del condicional —y en particular de la implicación—, es conveniente que el enunciado normativo se presente en la forma siguiente:

$$\phi \rightarrow \psi$$

donde ' \rightarrow '⁴⁸ indica la específica relación normativa entre comportamiento condición y comportamiento consecuencia. El símbolo ' \rightarrow ' no es, pues, otra cosa sino el *Sollen* kelseniano, la cópula del *deber ser* que, como vimos, no significa otra cosa más que una forma de relación de términos. No siendo una mera relación condicional la que establece un

⁴⁶ Véase: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 80, 93 y 94; *idem*, *Théorie Pure du droit*, cit., pp. 106, 123-124; *Pure Theory of Law*, cit., pp. 77, 89-90; *idem*, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1949, p. 46; *Teoría pura del derecho*, cit. p. 49; *idem*, *Teoría general del derecho y del Estado*; 3a. ed., México, UNAM, 1969, p. 54.

⁴⁷ "El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito." (Kelsen, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 17-18). "Es absolutamente evidente que el crimen y la pena, el delito civil y la ejecución forzada... no están ligados el uno al otro como lo son la causa y su efecto." (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 80; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 106; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 77).

⁴⁸ Véase: Tamayo y Salmorán, *La imputación como sistema...*, cit., pp. 16-17; *idem*, *Problemas generales sobre la creación normativa*, cit., p. 274.

enunciado jurídico, dejaremos la expresión 'relación condicional' a un lado y usaremos en su lugar la de 'relación de imputación' o simplemente 'imputación'. De conformidad con esto último, la fórmula ' $\phi \dashv\rightarrow \psi$ ' debe leerse: si ϕ es, entonces ψ *debe ser*; o mejor, evitando los equívocos que encierra la expresión 'deber ser': si ϕ es, entonces ψ se imputa a ϕ .

El específico sentido que guarda la relación de imputación puede indicarse con las cuatro siguientes reglas.

1a	$\phi \rightarrow (\psi \downarrow \sim \psi)$
2a	$\sim (\sim \psi \rightarrow \sim \phi)$
3a	$\sim \phi \rightarrow \sim \psi$
4a	$\psi \rightarrow \phi$

49

Es importante subrayar que, tal como hemos visto, la relación imputativa únicamente tiene dos elementos y en ellos se agota. La relación de imputación no se encuentra incluida en otras relaciones donde puedan aparecer un sinnúmero de antecedentes y consecuentes. Por el contrario, en la relación normativa no existe interés más que por el antecedente al cual el consecuente se imputa.⁵⁰ Por tanto, la búsqueda del antecedente no produce un *regressus ad infinitum*.

De conformidad con todo lo expuesto, se constata que la relación de imputación es la base sobre la cual se construye la interpretación normativa del comportamiento humano. Por tanto, todos los enunciados pertenecientes a la ciencia del derecho suponen, necesariamente, esta relación de imputación.

La ciencia del derecho —como conjunto de enunciados— se constituye por todos los enunciados que tienen por objeto el análisis y descripción del comportamiento normativo que la relación de imputación hace posible. La unidad de la ciencia jurídica, pues, se encuentra construida en base a la relación de imputación que hace posible su objeto: las normas jurídicas. Este es el universo de su discurso.

Dimos comienzo a este ensayo planteando el problema del comportamiento humano, problema que habrá de resolverse mediante un conjunto de enunciados jurídicos. Pues bien, de entre todas las posibili-

⁴⁹ 1a. Dado el antecedente, puede presentarse el consecuente y puede no presentarse el consecuente.

2a. De ahí, que la ausencia del consecuente no implique la ausencia del antecedente.

3a. En tanto que relación condicional, sin embargo, la ausencia del antecedente implica la ausencia del consecuente. No habiendo condición a la cual la consecuencia se impute, no existe tampoco consecuencia.

4a. La consecuencia supone siempre una condición a la cual aquélla se vincula imputativamente.

⁵⁰ Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 94; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 124; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 12 y ss.; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 16 y ss.; *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 35-36.

dades, el comportamiento humano puede plantearse como problema a la ciencia del derecho, abordándose mediante enunciados jurídicos. Así, si el comportamiento humano se encuentra imputativamente relacionado, éste se constituye en condición o consecuencia de una norma y, por ende, en objeto propio del conocimiento jurídico. Esto es, el comportamiento humano surge como objeto propio del conocimiento jurídico gracias a la relación de imputación, la cual permite su interpretación normativa. De manera que si la ciencia del derecho proporciona, a través del esquema de la imputación, el medio que permite que el comportamiento humano pueda ser normativamente interpretado, entonces todos los actos humanos, desde este particular punto de vista, son comportamientos jurídicos.

5. *La existencia normativa*

En los párrafos que preceden, hemos indicado que la relación de imputación hace posible la interpretación normativa del comportamiento. Sin embargo, decir que el comportamiento humano puede ser interpretado en normas, no concluye la determinación de la experiencia jurídica. Por tanto, continuando con la explicación, tenemos que preguntarnos por la dimensión de esta experiencia. Es decir, es menester plantearnos el problema de la existencia de los comportamientos jurídicos.

El comportamiento jurídico, de acuerdo con lo anteriormente visto, sólo puede ser considerado en normas, es decir, imputativamente relacionado. De ahí que tengamos que plantearnos un doble problema: la existencia del comportamiento humano y la existencia de la relación de imputación.

Nos referiremos, primeramente, al problema que plantea la existencia de la conducta humana. Sin embargo, debemos tener presente, al considerar las relaciones normativas o, simplemente, las normas, que el comportamiento, en tanto término de una relación de imputación, no puede darse fuera de esta relación. De la misma manera, la relación de imputación no puede presentarse vacía de las conductas que vincula. Ahora bien, si procedemos a examinar por separado el comportamiento y la relación imputativa que lo vincula, será sencillamente para procurar mayor claridad en la explicación de la existencia normativa.

Tomando en consideración que el conocimiento normativo no puede ser una reflexión vacía, entonces tenemos que conceder que el comportamiento humano, por el que nos preguntamos, tiene que ser necesariamente un *evento*, histórico o históricamente posible. Esto es, tiene que ser un acontecimiento de la experiencia. En relación con este problema, cabe observar que todos los acontecimientos que existen satisfacen necesariamente las condiciones que los hacen posibles. Estas condi-

ciones constituyen lo que bien pudiera llamarse la *dimensión* o *magnitud* del evento. El comportamiento humano no escapa a estas consideraciones, puesto que, si éste existe como evento, entonces tiene que poseer, necesariamente, una cierta dimensión.⁵¹

Procedamos ahora a determinar la dimensión o ámbito del comportamiento. Éste, como cualquier acontecimiento, supone cierta duración. Esto es, el comportamiento se presenta durando cierto tiempo, es decir, acaece, siempre, con una mayor o menor diuturnidad. Podemos, pues, afirmar que si el comportamiento humano supone siempre y necesariamente una cierta duración, entonces el comportamiento humano posee una dimensión temporal. El comportamiento supone, además, una cierta extensión, es decir, la conducta humana, como cualquier evento, se presenta, siempre, espacialmente. Ahora bien, si el comportamiento humano supone un mayor o menor grandor espacial, entonces, es posible afirmar que el comportamiento humano posee, necesariamente, una dimensión espacial. Por último, el comportamiento humano es siempre conducta de alguien, por tanto, todo comportamiento humano es necesariamente personal. Puesto que el comportamiento es siempre conducta de alguien, entonces, la conducta humana posee una dimensión personal.

Los comportamientos humanos que *existen* poseen una triple dimensión —temporal, espacial y personal—. Sólo de estos comportamientos se compone la experiencia y sólo de estos comportamientos nos hemos de ocupar.

Continuando con el problema de la existencia del comportamiento jurídico, tenemos que insistir que si la relación normativa no puede ser vacía, entonces, la vinculación imputativa no puede estar separada de las conductas humanas que enlaza.⁵² Ahora bien, en la medida en que la cópula normativa no es más que un enlace de conductas —espaciales, temporales y personales—, es evidente que la relación de imputación tiene que reducirse a la dimensión de las conductas que vincula.

De acuerdo con esto último, podemos sostener que la norma, es decir, la relación imputativa de comportamientos, dura cierto tiempo, se da en cierto espacio y vincula conducta de algunos. Esto es, en tanto que la norma es una relación de comportamientos, ésta tiene, necesariamente, que reducirse a la dimensión de estos comportamientos.

Estas son las normas que *existen*, únicas que constituyen la experiencia jurídica, objeto de nuestro estudio.

⁵¹ Véase: Ámbitos de validez de las normas en Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 13 y ss.; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 12 y ss.; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 16 y ss.; *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 35-36.

⁵² Véase: la relación entre forma ordenadora y materia social en Stammler, R., *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia* (*Wirtschaft und Recht der materialistischen Geschichtsauffassung*), Madrid, Reus, 1929.

6. *Carácter objetivo de la relación normativa*

Con indicar el ámbito o dimensión de la norma no agotamos la explicación relativa al problema de su existencia. Con ello, sólo hemos determinado su condición necesaria de existencia: el comportamiento histórico. No obstante, falta que señalemos la condición suficiente, es decir, necesitamos comenzar a solucionar el problema específico de la creación jurídica. Planteemos, pues, claramente el problema.

Todo individuo está en posibilidad de darle una cierta significación a los comportamientos humanos, por tanto, cualquier persona puede —imprimiéndole a tales actos una significación normativa— establecer un vínculo entre una condición y una consecuencia y, así, pretender establecer de *manera subjetiva* una norma.⁵³

Ante esta pretensión psicologista, es menester preguntarnos por una vinculación imputativa que se encuentre por *encima* de la voluntad subjetiva de los individuos; una relación normativa capaz de establecer una vinculación objetiva del comportamiento humano, que *valga* para todos, aun contra la voluntad de aquél a quien se dirige. Sólo una vinculación imputativa que valga *erga omnes* podrá constituir una relación normativa de carácter objetivo. Por tanto, únicamente en virtud de una relación normativa semejante nos será posible pensar en una relación normativa que se imponga sobre las voluntades de los individuos.⁵⁴

En relación con lo anteriormente apuntado, hemos de subrayar una tesis que se ha manejado hasta aquí sólo de manera implícita; esta idea es la siguiente: un nexo normativo vincula objetivamente sólo cuando es una *norma*. Esto es, si algo es *norma* es que, por *definición*, es objetiva. Una vinculación imputativa de conductas si se impone *erga omnes*, es una norma. Sólo la norma jurídica vale por encima —y aun en contra— de la voluntad individual de los destinatarios. Ahora bien, esta idea coincide —aunque por otras razones— con la tesis que sobre la obligatoriedad de las normas jurídicas sostiene la ciencia del derecho.⁵⁵ En virtud de esto último, podemos entonces considerar que delante de cualquier pretensión subjetiva y psicologista de la normatividad aparece la norma jurídica como única base sobre la que reposa la normación —objetiva por definición— del comportamiento humano.⁵⁶

⁵³ "Sin duda todo hombre que realiza un acto y que obra de manera racional asocia a su acto una cierta significación... es lo que llamamos 'la significación subjetiva de los actos' " (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 2; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., p. 3; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., p. 3).

⁵⁴ Véase: Significación subjetiva y objetiva de los actos y la norma jurídica como esquema de interpretación en Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 1-3; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 2-6; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 2-4; *idem*, *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 36-42. Véase: *La voluntad entrelazante autárquica e inviolable* (*Das unvetzbar selbstherrlich verbinden Wille*) en Stammler, *op. cit.*, pp. 93, 113 y 466.

⁵⁵ Véanse, por ejemplo, todos los predicados dados a la heteronomía.

⁵⁶ "Las relaciones normativas que poseen solamente un sentido subjetivo no son propiamente normas puesto que se reducen a simples deseos que no superan el marco individual del sujeto vo-

Así planteado el problema, sabemos que interrogarnos por la existencia de una relación normativa de carácter objetivo equivale a preguntarnos por la existencia de una norma jurídica. Ahora bien, consecuentes con nuestro planteamiento tenemos que preguntarnos: ¿cómo puede establecerse una norma jurídica, o mejor, quiénes son capaces de crear o *imponer* una norma jurídica? A este respecto, debemos observar que si el acto psíquico del individuo no es suficiente para vincular normativamente —con carácter objetivo— la conducta humana, entonces, es evidente que el acto o los actos de uno o varios hombres psíquica o físicamente considerados, no bastan para crear, por sí solos, una norma jurídica.⁵⁷ Para que los actos humanos puedan establecer vinculaciones obligatorias, es necesario que dichos actos posean la peculiaridad de ser *actos orgánicos de creación normativa*.

Para que los actos de alguien o de algunos se puedan interpretar como actos *orgánicos* de creación normativa, es necesario así haberlo *convenido*. El carácter creador de normas jurídicas que poseen los actos humanos se adquiere siempre por *convención*; de manera que un órgano de creación normativa existe sólo convencionalmente.

7. Carácter convencional de la normatividad

Las relaciones normativas, en tanto que simples vinculaciones imputativas de la conducta humana, no pueden ser establecidas más que por voliciones o actos humanos. Que una conducta sea la condición de una consecuencia específicamente normativa o que se imputen ciertos actos a una condición, son situaciones que sólo son posibles en virtud de voliciones o actos humanos, conscientes o inconscientes. Consecuente-

lente. Por tanto, estas pretendidas relaciones normativas no regulan el comportamiento humano. Tienen de normativo sólo su esquema imputativo condicional. Por el contrario, las relaciones normativas que tienen un sentido objetivo, esto es, las normas jurídicas, se imponen a los destinatarios con independencia de su voluntad subjetiva y, por tanto, vinculan obligatoriamente su conducta, es decir, la *norma*. (Tamayo y Salmorán, Rolando, *Algunos problemas generales sobre la creación normativa*, cit., pp. 281-282).

⁵⁷ Sin embargo, Jellinek sostiene que el comportamiento constante posee una tendencia a considerarse como obligatorio. "Para comprender la evolución del derecho y de la normatividad, es de gran importancia conocer la *fuerza normativa de los hechos*... no nace este derecho del espíritu popular que lo sanciona ni de la convicción común de que algo ha de ser derecho en fuerza de su necesidad interna; no nace de un acto de voluntad tácita del pueblo, sino de las propiedades generales psíquicas que hace se considere como normativo lo que constantemente se viene repitiendo en la realidad... porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio." (Jellinek, G., *Teoría del Estado*, México, CECSA, 1958, pp. 278-279; *idem*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. *aufl.*, Berlin-Zürich, Max Gehlen, Bad Homburg V. Z. d. H., 1966, pp. 338-340). En el mismo sentido, Heller considera que la realidad natural espontáneamente se normativiza siguiendo una simple ley natural de previsión (ctr. Heller, H., *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961, pp. 267 y ss.).

mente, las normas jurídicas, en tanto que relaciones normativas, únicamente pueden ser establecidas a través de actos humanos.⁵⁸

Hemos visto, sin embargo, que los actos humanos por sí mismos no son capaces de crear normas jurídicas. Ahora bien, si los actos humanos, en tanto tales, no pueden crear normas jurídicas, entonces, los actos humanos que las crean tienen que poseer una cierta peculiaridad que les haga capaces de establecer normas jurídicas. Si los comportamientos humanos, como eventos naturales, no pueden crear normas jurídicas, entonces, la peculiaridad a la que nos referimos tiene que consistir en la posesión, por parte de los actos humanos, de un carácter jurídicamente creador.

En relación con esto, hicimos observar que los actos humanos poseen el carácter de actos creadores de normas jurídicas, únicamente si así se *convenía*; de modo que, el carácter normativamente creador de los actos humanos sólo puede ser establecido convencionalmente. De todo esto se desprende que el problema que nos toca ahora abordar es el relativo a la naturaleza de esa convención.

Los actos humanos, en tanto tales, no crean normas jurídicas. Para que los actos humanos establezcan normas jurídicas que se impongan a los miembros de una comunidad —un grupo o conglomerado humano—, estos actos tendrían que ser *convencionalmente* referidos a la comunidad. Es la comunidad —el grupo humano— la que mediante cierto procedimiento —mediante actos humanos— crea las normas jurídicas que se imponen a los miembros del grupo.

Los actos humanos son normativamente creadores cuando constituyen el procedimiento de creación de normas de la comunidad. Así pues, los actos humanos crean normas jurídicas, no por ser actos humanos sino porque es *convencionalmente* aceptado que tales actos son actos de los órganos de la comunidad. Ahora bien, si el carácter normativamente creador de los actos humanos sólo se otorga convencionalmente, entonces, tenemos que saber quiénes realizan y cómo se produce esa convención.

Sin perjuicio de volver más detenidamente sobre el tema, permítase-nos señalar, simplemente, que esta convención únicamente puede ser realizada por los miembros de la comunidad —no hay otros—. El sistema de normas de una comunidad es el producto de los actos y voliciones de sus miembros. Estos son los que crean *su* derecho. Dicho de otra manera: si una comunidad tiene un sistema de normas, y si este sistema sólo puede ser establecido por actos o voliciones humanos, entonces, ese sistema de normas es el sistema que han *convenido* los miembros de la comunidad.

El hecho de pertenecer a *una* y no a *otra* comunidad implica hacer

⁵⁸ Las normas *no puestas* —las extra históricas— se encuentran al margen de la experiencia institucional.

posible el sistema de normas jurídicas —cualquiera que este sea— de una y no de otra comunidad. La pertenencia a cierta comunidad implica la participación, mayor o menor —aun meramente pasiva—, en el establecimiento del derecho de esa comunidad. Si un individuo pertenece a una determinada comunidad, entonces, *acepta* un determinado sistema de normas —el que, en mayor o menor medida, él lleva a cabo—. Tomando en consideración que todos los que pertenecen a una misma comunidad *aceptan* un mismo sistema de normas, puede decirse que los miembros de una misma comunidad *convienen* en aceptar un mismo sistema de normas —el sistema que ellos hacen posible—.

Es indispensable subrayar que esta convención no es una comunión de las voluntades psicológicas de los individuos. La convención a la que nos hemos referido es una convención *ficta*⁵⁹ que constituye una hipótesis explicativa de la creación jurídica.⁶⁰ Tenemos que insistir en el

⁵⁹ “En primeros trabajos he hablado acerca de normas que no son la expresión (*which are not the meaning-content*) de un acto de voluntad. En mi doctrina la norma fundamental fue siempre concebida como una norma que no era la expresión de un acto de voluntad... debo confesar que no puedo continuar más con esta tesis, tengo que abandonarla... Tengo que abandonarla viendo que una norma (*Sollen*) tiene que ser correlativa a una voluntad (*Wollen*). Mi norma fundamental es una norma ficticia basada en un acto ficticio de voluntad” (Kelsen, Hans, *Grundlage der Naturrechtslehre*, en: “*Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*”, 1963, pp. 19-20, citado por Alf Ross, *Directives and Norms*, London, Routledge and Kegan Paul, 1968, p. 156).

⁶⁰ Para Hobbes, el problema fundamental de la teoría política es explicar cómo las voluntades de los individuos pueden hacer nacer artificialmente —no naturalmente— una comunidad política (cfr., Cassirer, E., *La philosophie des lumières*, cit., pp. 257-258). En efecto, los conceptos de ‘estado de naturaleza’ y ‘contrato social’ hobbesianos son, más que acontecimientos históricos, funciones explicativas. “Es —dice Max Weber— una utopía racional, un concepto límite puro e ideal. Su función es heurística y su valor se mide en la fecundidad de investigaciones y de las interpretaciones que hace posible. Esta descripción —concluye Weber— conviene punto por punto, o casi, a la descripción de Hobbes” (*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre. Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, pp. 190 y ss., citado por Polin, R., *Politique et Philosophie chez Thomas Hobbes*, Paris, PUF, 1953, p. 89, nota 1). Hobbes expresamente indica que nunca existió tal estado de naturaleza: “*It may peradventure be thought, there was never such a time, nor conditions of war as this: and I believe it was never generally so, over all the world.*” “*But though there and never been any time, wherein particular men were in a condition of war one against another*” (Hobbes, T., *Leviathan*, chapter XIII). Este estado de rivalidad, de lucha y de miedo es interrumpido por el contrato —*the covenant*—, que substituye el mecanismo natural por un mecanismo social artificial. “Pero no es el contrato mismo lo que interesa a Hobbes, sino la consecuencia que de él se desprende. Producto de un cálculo analítico, el contrato resuelve un problema conceptual; él no soluciona una situación histórica. El revela el principio del Estado, y no su origen [histórico]; él lo funda en razón y no en los hechos... El contrato social aparece así... como el fundamento mismo de la edificación de todo Estado civil” (Polin, *op. cit.*, p. 93).

El contrato social de Rousseau tiene la misma función explicativa que el contrato social de Hobbes, este contrato también pone fin a un “estado que no existe más, que posiblemente nunca existió y que probablemente no existirá jamás pero del cual es necesario tener una idea precisa para formarse una idea de nuestro presente estado” (cfr. Rousseau, J. J., *Discurso sobre la desigualdad entre los hombres* [prefacio]). Rousseau se sirve del estado de naturaleza y del contrato social como criterios o esquemas de interpretación y es ahí donde reside el valor metodológico de la doctrina. “No es necesario —dice Rousseau— hacer caso de las investigaciones con las cuales se puede entrar en materia sobre este asunto, por medio de las verdades históricas: valgámonos solamente de razonamientos hipotéticos y condicionales” (cfr. *ibidem* [sección que se encuentra entre el prefacio y la primera parte]). Existe, pues, la necesidad lógica de un contrato social, la “necesidad de retroceder a una convención primitiva” (cfr. Rousseau, J. J., *El contrato social*, libro I, capítulos V y VI).

hecho de que la aceptación no es un acto de voluntad psicológicamente considerado. Aceptación significa aquí, el hecho de hacer posible—consciente o inconscientemente, directa o indirectamente, en menor o mayor grado— el orden jurídico de una comunidad; hecho que, como vimos, resulta de la pertenencia a esa comunidad.

Esta aceptación puede coincidir con el querer psicológico, pero, también, puede estar en franca contradicción con él. Puede suceder que alguien *acepte* un cierto sistema de normas jurídicas por el hecho de pertenecer a la comunidad en cuestión y querer ese sistema de normas jurídicas. Algún otro puede, a consecuencia de su pertenencia a la comunidad, *aceptar* el mismo sistema de normas sin que este sistema normativo haya sido objeto de su preocupación. De la misma forma, puede ocurrir que alguien, por el hecho de pertenecer a la comunidad, *acepte* su sistema jurídico —lo haga posible— y, sin embargo, psicológicamente no quererlo e, incluso, odiarlo. La pertenencia a la comunidad puede constituir para los individuos, psicológicamente considerados, motivo de orgullo, de satisfacción, de indiferencia, de resignación o de indignación; pero, desde el punto de vista de nuestra hipótesis, no es más que el hecho por medio del cual se *acepta* un cierto derecho —haciéndolo posible—.

De esta manera, los actos humanos que crean los sistemas de normas jurídicas son aquellos actos que, convencionalmente, se interpretan como pertenecientes a la comunidad en su totalidad, es decir, dichos actos son considerados, *convencionalmente*, como procedimientos de creación jurídica de la comunidad. Únicamente sobre la base de esta

El estado de naturaleza y el contrato originario constituyen, en Kant, el camino hipotético que va a conducirnos al "Estado civil" y al derecho positivo. Al respecto, Kant insiste particularmente sobre el hecho de que el estado de naturaleza no es una conclusión desprendida de la historia. No es la historia la que nos ha enseñado que, antes de la aparición de un poder legislativo externo, los hombres no conocen otra máxima que la violencia sino que resulta *a priori*, de la idea racional de un Estado que no es legal, sino hasta el establecimiento de un Estado puramente jurídico (cfr. Kant, I., *Principios metafísicos de la doctrina del derecho. Segunda parte, primera sección, 2. Estado de ilegalidad*). La hipótesis del estado de naturaleza tiene por única misión hacernos comprender la posibilidad de una voluntad "libre", como motivo original del derecho, esto es, como la posibilidad de una voluntad común que no se cumple más que como voluntad estatal. Ahora bien, dice Kant que el acto por el cual el pueblo se constituye en *ciudad* o, mejor, *la simple idea de este acto*, es el contrato originario en virtud del cual todos (*omnes et singuli*) en el pueblo se desprenden de su libertad exterior para recobrarla inmediatamente como miembros de una república, esto es, de un pueblo, en tanto que ciudad. (cfr. *Ibidem*, segunda parte, sección primera, 5. *Contrato original*). "Todo Estado debe ser considerado como si estuviera deducido de un contrato original" (Kant, I., *Rechtsphilosophie Reflexionen, Handschriftlicher Nachlass*, N° 7647, p. 568, citado por Vlachos, A., *La pensée politique de Kant*, Paris, PUF, 1962, p. 329).

La norma fundamental kelseniana responde hasta cierto punto al concepto de un pacto primitivo o "contrato social" como fundamento del Estado. En el fondo —dice Kelsen— se trata de la misma necesidad teórica que permita comprender como relaciones jurídicas una serie de situaciones fácticas (Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, EDINAL, 1959, p. 327; véase *supra*, nota núm. 59). "En último término, toda integración social no es posible sino en virtud de un compromiso" (Kelsen, *ibid*, p. 413). Sobre esta cuestión, véase Rodríguez, Guillermo H., *Ética y jurisprudencia*, México (edición restringida), 1947, pp. 189 y ss.

convención *ficta* es posible interpretar que los actos de un individuo son jurídicamente creadores —y por ende que son actos de la comunidad—. Cuando por medio de una convención, los actos de un individuo son jurídicamente creadores y son entendidos como actos de la comunidad, entonces, los actos de ese individuo se convierten en actos de *Rex*. La convención a la que hemos aludido se refiere a un conjunto de reglas propuesto por alguien o por algunos. Pues bien, un individuo (o grupo de individuos) se convierte en *Rex*, solo cuando los individuos miembros de la comunidad hacen posible el sistema que aquél propone.

De todas las proposiciones posibles, sólo una se convertirá en un cierto sistema de normas —el que los miembros de la comunidad hacen posible, es decir, aceptan—. Únicamente los actos de *Rex* son actos de creación jurídica, puesto que sólo convencionalmente pueden los actos de alguien adquirir el carácter de actos orgánicos de creación jurídica.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos decir que la convención a la que hemos aludido la celebran los miembros de la comunidad, haciendo posible un sistema de normas propuesto por alguien, cuyos actos y voliciones adquieren mediante esta convención el carácter de actos orgánicos de creación jurídica. Es precisamente de esta manera como debe entenderse la creación convencional de las normas jurídicas.

Es indispensable subrayar que, con la explicación de la creación convencional de los sistemas de normas jurídicas, no pretendemos justificar un determinado procedimiento de creación o reprobar otros. La convención es una mera hipótesis que nos permite interpretar los actos humanos como jurídicamente creadores, sea cual fuere el sistema jurídico que crearan. Ciertamente, y en virtud de ser el tema central de este trabajo, habremos de volver sobre él con mayores especificaciones; baste señalar por el momento que, tal como ha sido descrita, toda creación jurídica es convencional.⁶¹

⁶¹ En tanto que condición hipotética de la creación normativa, la hipótesis de la convención realiza la función que Kelsen atribuye a la norma fundamental (véase: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 204 y ss.; *idem*, *Pure Theory of Law*, cit., pp. 201 y ss.; *idem*, *Théorie pure du droit*, cit., pp. 266 y ss. Véanse, además, *infra*, *Los elementos de la creación normativa*, así como: *El concepto de constitución*.