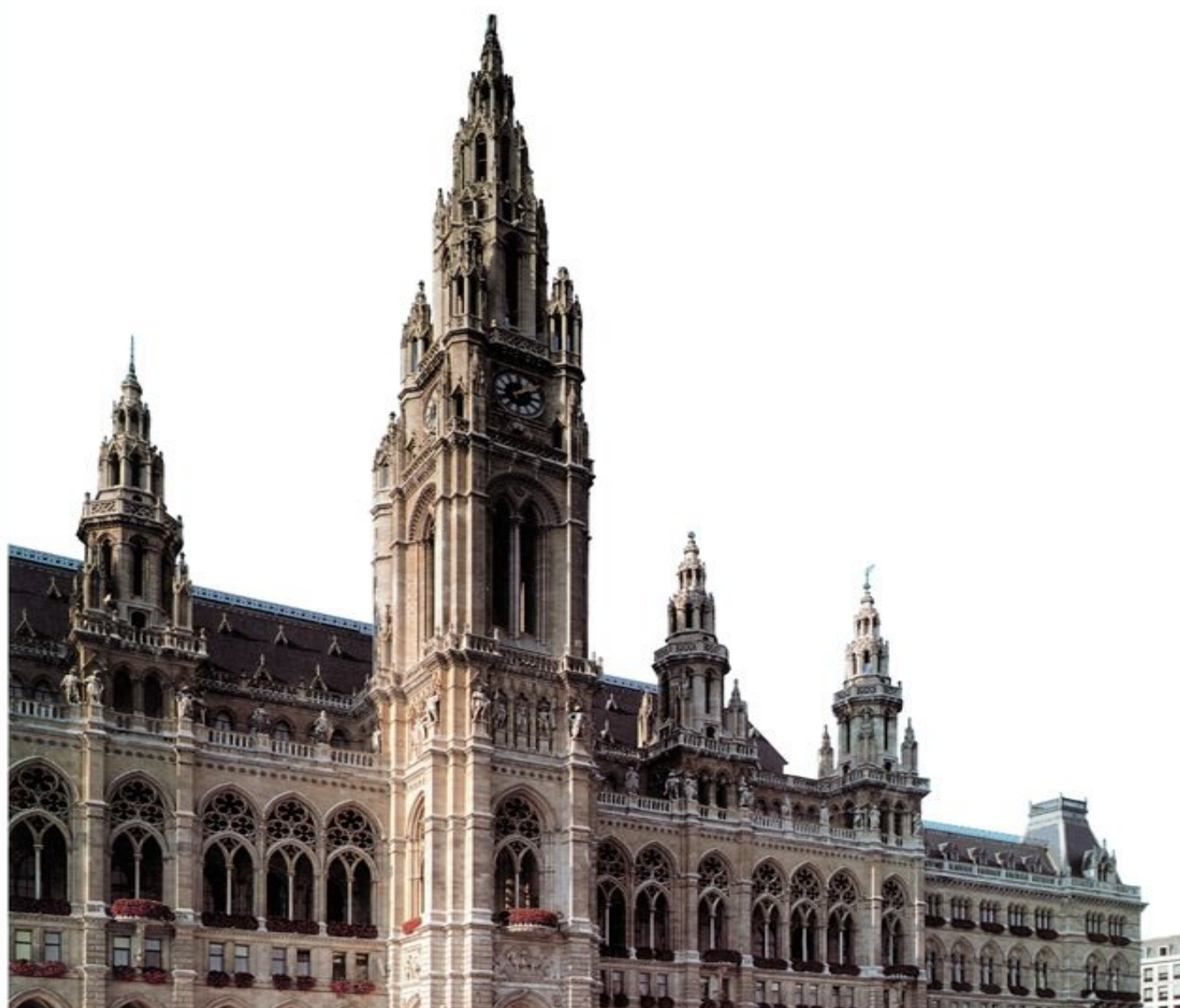


Biblioteca Austriaca

Bruno Leoni
**Lecciones de filosofía
del derecho**

Prefacio de Carlo Lottieri



Unión Editorial

Bruno Leoni

Lecciones de filosofía
del derecho

Prefacio de Carlo Lottieri



Unión Editorial

Título original: *Lezioni di filosofia del diritto*
(Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003)

Traducción de JUAN MARCOS DE LA FUENTE

ISBN (ebook): 978-84-7209-506-9

ISBN (página libro): 978-84-7209-460-4

© 2013 UNIÓN EDITORIAL, S.A.

c/ Martín Machío, 15 • 28002 Madrid

Tel.: 913 500 228 • Fax: 911 812 212

Correo: info@unioneditorial.net

www.unioneditorial.es

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por las leyes, que establecen penas de prisión y multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reprodujeran total o parcialmente el contenido de este libro por cualquier procedimiento electrónico o mecánico, incluso fotocopia, grabación magnética, óptica o informática, o cualquier sistema de almacenamiento de información o sistema de recuperación, sin permiso escrito de UNIÓN EDITORIAL.

ÍNDICE

Prefacio por Carlo Lottieri

1. La actualidad de Bruno Leoni y de las Lecciones de 1959
2. La crítica del normativismo kelseniano
3. La teoría de la reclamación individual
4. Praxeología, derecho natural y sociología
5. Un pensamiento íntegramente liberal

1. INTRODUCCIÓN

1. Positivismo jurídico y filosofía del derecho
2. Método científico y filosofía del derecho
3. El «significado» de la conducta humana

2. LA RECLAMACIÓN

1. Los comportamientos jurídicos implican las reclamaciones, y éstas las previsiones
2. La previsión en la ciencia y en el derecho
3. Los comportamientos jurídicos como comportamientos probables
4. La «probabilidad» relativa a los casos únicos
5. Reclamación incierta, legítima e ilegítima

3. LA RECLAMACIÓN Y EL PODER

1. Poder difuso, poder concentrado y reclamación
2. Posibilidad y poder
3. El poder como parte residual de la reclamación más allá de la previsión
4. Obligación y reclamación
5. Norma y reclamación

4. LA RECLAMACIÓN Y LA SOCIEDAD

1. La sociedad y el Estado
2. Crítica de la sociedad como un sujeto en grande
3. Los distintos niveles de abstracción
4. El problema de la definición de la sociedad
5. El agregado social
6. El concepto de expectativa
7. La compatibilidad de las expectativas
8. Importancia histórica del concepto de sociedad
9. La estructura social y el sistema social
10. El campo social

5. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONDUCTA HUMANA SEGÚN EL CONCEPTO DE FIN

1. Objetivo y función
2. La verificación de los fines de las acciones

3. El fin como explicación de la acción
4. Causa y efecto, medio y fin
5. La cuestión de la previsión
6. Límites de la interpretación teleológica
7. La extensión de la interpretación teleológica a los grupos
8. Interpretación teleológica e instituciones jurídicas
9. Las personas jurídicas

6. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONDUCTA HUMANA SEGÚN EL CONCEPTO DE FUNCIÓN

1. Concepto matemático y concepto biológico de función
2. Crítica del uso del concepto matemático de función
3. Desarrollo del concepto biológico de función
4. Aspectos problemáticos del concepto biológico de función

y de sus aplicaciones

políticas y jurídicas

5. El concepto de equilibrio
6. Dificultad del concepto de equilibrio
7. Conclusiones críticas sobre el empleo de los esquemas teleológicos
y de los esquemas funcionales

7. LOS DIVERSOS ASPECTOS DE LA SOCIEDAD, CON

PARTICULAR CONSIDERACIÓN DEL ASPECTO JURÍDICO

1. Compatibilidad y complementariedad de las reclamaciones
(aspecto social puro y aspecto económico)
2. Aspecto jurídico
3. El aspecto político
4. La norma como esquema previsorio
5. Teorías normativistas y teorías sociológicas del derecho
6. Los criterios de elección de los conceptos fundamentales del derecho
7. El qué y el cómo de la definición del derecho
8. El lenguaje común y el concepto del derecho en el normativismo
y en el sociologismo
9. El análisis del lenguaje y el concepto de derecho

8. ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS NORMATIVISTAS, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA TEORÍA DE HANS KELSEN

1. La teoría general del derecho
2. La codificación
3. Significado histórico de la teoría de Kelsen
4. El fundamento de la teoría kelseniana
5. Sein y Sollen en Kant y en el neokantismo
6. Crítica de la distinción entre Sein y Sollen

7. La norma como mandato des-psicologizado
8. Dificultad de los contenidos de sanción y coerción
9. Validez y eficacia
10. Dificultad del concepto de validez
11. Dificultad del concepto de eficacia
12. La norma básica depende de su eficacia
13. Los conceptos de legitimidad y de Estado
14. Derecho natural y sociología
15. Validez exclusiva del orden legal
16. El concepto de positividad
17. El procedimiento del juez
18. Derecho positivo y derecho natural
19. Dificultad del concepto de derecho positivo
20. El fundamento contradictorio de la teoría de Kelsen

9. ANÁLISIS DE LAS TEORÍAS SOCIOLOGICAS DEL DERECHO, CON PARTICULAR REFERENCIA A MAX WEBER

1. La sociología comprensiva de Weber
2. El Verstehen como interpretación teleológica
3. La repetición de los esquemas de conducta
4. La posición sociológica de Weber

5. Distinción weberiana entre jurisprudencia y sociología del derecho
6. Teoría weberiana de las representaciones de validez de las normas
7. Distinción entre «validez» empírica en sentido weberiano (eficacia) y «validez» en sentido kelseniano
8. Teoría weberiana del Estado. Relaciones entre la terminología sociológica y la del jurista
9. La acción en comunidad
10. La teoría weberiana de las expectativas
11. El individualismo metodológico de la «sociología comprensiva». Su diferencia con la jurisprudencia
12. El concepto de ordenamiento en la teoría weberiana
13. Concepto subjetivo y concepto objetivo del ordenamiento en Weber. Casos particulares de «aceptación» del ordenamiento: el tramposo, el ladrón y el homicida
14. La norma en la teoría sociológica

*Prefacio**

Dentro del liberalismo del siglo xx, Bruno Leoni ocupa una posición de primerísimo plano.

En *La Libertad y la Ley* y en las demás obras suyas mayores elaboró la más rigurosa filosofía del derecho de orientación individualista que se conozca, partiendo de la acción racional de los individuos (y en particular de las reclamaciones —*pretese*— respecto a los comportamientos de los demás) para explicar el origen y la naturaleza del universo normativo. Todos cuantos, después de Leoni, han desarrollado una teoría del derecho de orientación liberal, han encontrado en el análisis del estudioso turinés notables motivos y elementos de esencial importancia para fundamentar un orden jurídico capaz de minimizar la violencia.^[1]

En 1958, con ocasión del seminario californiano de Claremont, Leoni presenta su «modelo» de un derecho totalmente alternativo respecto a la legislación producida por los parlamentos. Tales lecciones, como es bien sabido, son el origen de su obra más importante, *Freedom and the Law* (publicada tres años más tarde),^[2] pero ya al año siguiente retoma muchos de aquellos temas en el curso de Filosofía del Derecho dictado en las aulas de la Universidad de Pavía, en la que había iniciado su carrera académica en 1945 y en la que enseñará hasta su muerte, en 1967.

Recogidas en apuntes por una alumna,^[3] las Lecciones de 1959 han permanecido hasta ahora desconocidas fuera del limitado círculo de los especialistas. Y sin embargo se trata de páginas de notable calado, que ayudan a captar muchos aspectos de la reflexión de Leoni no fácilmente reconocibles en los escritos más conocidos y ni siquiera en *Freedom and the Law*. La presente publicación, pues, se propone facilitar una mejor comprensión del profesor Leoni, pero también y sobre todo tiene el objetivo de estimular una reanudación de la reflexión individualista dentro de la filosofía del derecho, disciplina aún dominada por perspectivas culturales cuya sensibilidad dista mucho de la cultivada por el liberalismo clásico.

1. La actualidad de Bruno Leoni y de las Lecciones de 1959

En el debate contemporáneo, el tema que con mayor frecuencia se asocia a la reflexión leoniana es ciertamente la valoración del derecho espontáneo (que surge gracias a la costumbre y a la jurisprudencia), contrapuesto a las normas «producidas» por decisiones específicas tomadas por la clase política y por tanto traducidas en leyes.

En el momento en que critica duramente la ley escrita (a la que contrapone la flexibilidad del derecho evolutivo), Leoni adopta también una forma de reflexión prevalentemente oral, como lo demuestra el hecho de que sus propios volúmenes y artículos proceden principalmente de seminarios y lecciones. *Freedom and the Law*, como es sabido, nace de una serie de ponencias y es en esencia la reelaboración de los apuntes utilizados en Claremont, pero análoga naturaleza didáctica tienen las *Lezioni di dottrina dello Stato* y estas mismas *Lezioni di filosofia del diritto* que ahora ofrecemos de nuevo.

Ahora bien, si las ideas expuestas con ocasión del seminario californiano tomaron la forma de libro por obra del propio Leoni, una lectura incluso superficial de sus apuntes universitarios nos permite comprender cómo en ellos (esencialmente destinados a ayudar a los estudiantes en la preparación para los exámenes) las intervenciones sobre el texto escrito realizadas por Leoni —en caso de que tuvieran lugar— tuvieron que ser mínimas.^[4] El estilo nada riguroso y con muchas repeticiones, los errores de escritura y en general una forma no cuidada denotan que el autor delegó ampliamente en sus propios estudiantes la redacción de estos escritos, pensando acaso revisar el texto en un segundo momento.^[5]

En la preparación de la presente edición hemos permanecido muy fieles a la sustancia del volumen de 1959 (publicado por la editorial Viscontea, al cuidado de Maria Luigia Bagni), pero al mismo tiempo hemos considerado útil aportar las modificaciones formales necesarias para mejorar su legibilidad, permitiendo al lector apreciar sin demasiado esfuerzo el sentido de la reflexión leoniana. El esfuerzo ha consistido en hacer el texto lo más fluido posible, sin menoscabo de la naturaleza de las *Lezioni* y los temas que en ellas se afrontan.^[6]

El carácter primariamente «didáctico» de las lecciones de Pavía permanece intacto, y no podía haber sido de otro modo. Resulta totalmente claro, en tal sentido, que el volumen ofrece una visión panorámica global de la teoría de Leoni y, en particular, permite captar su clara disconformidad respecto a las concepciones que animaban el debate sobre la filosofía del derecho a lo largo de

los años cincuenta. Particularmente significativos al respecto son los capítulos octavo y noveno, que incluyen las lecciones sobre Hans Kelsen y Max Weber, considerados como representantes de dos concepciones concurrentes inconciliables: la normativista y la realista (o sociológica).

La publicación actual de las *Lecciones*, por otra parte, responde a una exigencia cultural evidente. Cada vez es más amplio el conocimiento de la originalidad de Leoni, que en su poliédrica actividad intelectual desarrolló una reflexión teórica cuya importancia sólo ahora —a decenios de distancia— se comienza a comprender, advirtiendo sus extraordinarias potencialidades para el desarrollo y la maduración del pensamiento liberal.

Autor que ha aportado notables contribuciones no sólo a la filosofía del derecho, sino también a la ciencia política, a la economía, a la filosofía política y a otras ciencias humanas, después de su prematura muerte (que tuvo lugar en 1967), Leoni ha sido casi olvidado, sobre todo en Italia. A este respecto baste recordar que su obra maestra, *Freedom and the Law*, se tradujo al italiano con más de treinta años de retraso.^[7] Durante algunos decenios, pues,

Leoni ha despertado más interés en otros países que en el suyo propio.^[8]

Todo esto, ciertamente, no puede extrañar si se tiene en cuenta que el individualismo integral de Leoni está muy poco en sintonía con la cultura europea de su tiempo, mientras que por el contrario resulta más próximo a la tradición política y civil de los Estados Unidos y sobre todo de sus corrientes libertarias. El liberalismo del autor de *Freedom and the Law* está penetrado por aquella cultura anglosajona que Leoni supo asimilar en profundidad gracias a su profundo conocimiento de algunos de los mayores estudiosos de aquel universo intelectual. Además, siguió siempre con el máximo interés a los protagonistas de la Escuela austriaca (Mises y Hayek sobre todo), que —aunque europeos— aportaron precisamente en América alguna de sus mayores contribuciones, y en ese contexto tuvieron numerosos discípulos, entre los cuales destacan ciertamente los nombres de Murray N. Rothbard e Israel Kirzner.^[9]

En este sentido, conviene observar que la carrera intelectual de Bruno Leoni habría sido muy diferente sin la Mont Pélérin Society, en cuyas reuniones tuvo la oportunidad de entrar en contacto con estudiosos y escuelas de pensamiento muy ajenos al clima dominante en la Italia de entonces.^[10] En efecto, durante muchos decenios la asociación fundada por Hayek representó una irrenunciable ocasión de intercambios y profundizaciones para cuantos buscaban interlocutores radicados en la cultura política del liberalismo clásico. Si hubiera permanecido confinado en el debate italiano (en una época dominada en gran medida por el

marxismo, el neopositivismo, el crocianismo y el solidarismo católico), Leoni no habría podido elaborar sus propias tesis y no habría conseguido aquella originalidad que, en cambio, aún hoy nos impulsa a leerle y a recibir notables beneficios de su reflexión.

Durante varios decenios olvidado o casi en Italia, el pensamiento de Leoni continuó viviendo —fuera de nuestros confines— gracias a las iniciativas, a los libros y a los artículos de sus amigos norteamericanos y, además de ellos, al interés que sus trabajos supieron despertar en las nuevas generaciones de estudiosos liberales. Sin embargo, hay que recordar que todavía hoy sólo una parte limitada de la producción intelectual de Leoni está a disposición de los intelectuales de lengua inglesa. Así, desde muchos puntos de vista, a menudo sigue siendo el autor de un solo libro.^[11]

A partir de mediados de los años noventa, sin embargo, la situación cambia bajo varios puntos de vista. Gracias sobre todo a la publicación en italiano de *La libertà e la legge* (por mérito de Raimondo Cubeddu, que también ha dedicado muchos ensayos y artículos a la teoría leoniana),^[12] estudiosos de diversa orientación han vuelto a reflexionar sobre las páginas del jurista turinés, dando vida a una auténtica *Leoni renaissance* que está produciendo numerosos frutos y gracias a la cual se le va finalmente reconociendo a este pensador en su justa posición entre los máximos científicos sociales del siglo xx.^[13]

En este sentido, es interesante observar que incluso estudiosos distantes de las posiciones liberales y libertarias de Leoni adviertan cada vez más el carácter innovador de su pensamiento,^[14] que en el ámbito de la filosofía del derecho ha sabido ofrecer una perspectiva alternativa a los modelos kelsenianos del normativismo dominante y a la inspiración socialdemócrata que sigue prevaleciendo en el campo de las ciencias sociales.

2. La crítica del normativismo kelseniano

Si en sus escritos «americanos» Leoni advierte mucho menos la exigencia de marcar su posición respecto al positivismo jurídico y sobre todo en oposición a su versión más madura (la elaborada por Kelsen),^[15] frente al público de sus propios estudiantes y a la comunidad de sus propios colegas europeos el autor de *Freedom and the Law* siente el deber no sólo de examinar de cerca la teoría kelseniana, sino también de desarrollar su propia reflexión en términos antagónicos y alternativos.^[16] En *Freedom and the Law* el nombre de Kelsen

aparece sólo un par de veces, mientras que en las *Lezioni* se examina al pensador austriaco de un modo minucioso en todo un capítulo y desde el principio se le presenta como el principal referente «polémico».

Por añadidura, las *Lezioni* representan en cierto modo la «trastienda» de *Freedom and the Law* y proporcionan por tanto una ayuda fundamental para comprender el origen y las motivaciones más auténticas de ese texto y, más en general, de la reflexión leoniana sobre el derecho, que difícilmente se podría comprender si no se entendiera que la misma representa, en gran medida, una «réplica» frente al normativismo.

Un tema que permite captar muy bien este desacuerdo radical es el papel que la sanción desempeña en el pensamiento de Kelsen. Cuando éste reconduce la norma jurídica a la sanción (entendida como rasgo determinante respecto a los demás tipos de normas),^[17] aparece claro que es incapaz de captar el derecho en su dimensión más corriente y habitual. Lejos de ser lo que se respeta en nuestras normales interacciones, en la teoría normativista el derecho acaba identificándose con lo que a veces se niega, de suerte que implica necesariamente una acción «represiva».

Leoni es muy crítico respecto a este planteamiento y, al contrario, se esfuerza en reconocer el derecho en su aspecto ordinario: más en cuanto momento de la vida social que en cuanto expresión de una voluntad política y punitiva. Su teoría de la reclamación (*pretesa*) individual como momento originario de la vida jurídica, y condición fundamental de todo ordenamiento legal entendido en su complejidad, apunta precisamente a ofrecer una alternativa radical a las tesis kelsenianas.

Más que sus premisas metodológicas (muy distintas de las teóricas del normativismo), la opción de Leoni por el «derecho como reclamación»^[18] implica también una precisa elección de campo en sentido liberal. En efecto, se puede imaginar «una situación en la que los individuos que ejercen determinadas reclamaciones creen tener el poder de ejercerlas y, por tanto, de determinar los comportamientos correspondientes sin referencia al hecho de que en esta sociedad exista por ejemplo alguien que posee el monopolio de la fuerza física». El orden jurídico de las reclamaciones prescinde completamente, en una palabra, del Estado y por tanto «de la idea de un monopolio de la fuerza».^[19]

En este sentido y a propósito de la oposición entre Leoni y Kelsen sobre obligación y reclamación, Cubeddu subraya correctamente que aquí surge una cuestión central para gran parte de la modernidad occidental, la cual tiende a convertir la obligación política en condición necesaria para que exista una

sociedad civil, identificada con la democracia de tipo representativo. Por el contrario, «Leoni demuestra que no es necesario que los órdenes jurídicos se basen en la obligatoriedad del comportamiento de los individuos frente al poder o a las normas producidas por la legislación, sino que también pueden fundamentarse en el intercambio de reclamaciones individuales y subjetivas».^[20]

En su individualismo liberal, Leoni es perfectamente consciente de que existe un vínculo muy estrecho que liga el holismo normativista, la teoría kelseniana de la obligación y de la sanción, el legalismo democrático e iliberal afirmado por el autor de la *General Theory*. Su reflexión teórica pretende cabalmente invertir esa lógica, ampliamente hegemónica en la filosofía del derecho italiana y continental.

Además de esto, es importante observar que a Leoni no le interesa tanto el punto de vista técnico-jurídico como el del hombre común. Le interesa no ya y en primer lugar el «derecho legítimo», sino también y sobre todo el derecho que acaba bien.^[21] Y es claro que todo esto nos abre una perspectiva totalmente alternativa respecto a la del positivismo jurídico, desde el momento en que la atención se traslada de la dimensión estática de la norma a la dinámica de los comportamientos.

Se trata de un punto muy importante, porque evidencia lo mucho que Leoni fue influido por la Escuela austriaca y que en gran medida absorbió la enseñanza de los grandes economistas de la tradición mengeriana: no sólo en lo que respecta al subjetivismo de las preferencias, sino también por la particular atención que los mismos prestaron siempre a la intencionalidad de la acción humana y al carácter dinámico de los fenómenos sociales.

En este sentido, a los ojos de Leoni la fijeza de las normas del normativismo tiene fuertes analogías con los esquemas económicos contra los que los economistas austriacos (piénsese en Mises)^[22] elaboraron sus tesis: el modelo «walrasiano» del equilibrio general, que constituye la base de toda la tradición neoclásica y sobre el que también se desarrollaron la macroeconomía y la econometría del siglo xx, con su ilusión de poder explicar la complejidad de las interacciones económicas utilizando instrumentos matemáticos (como si fuera posible leer el universo de las relaciones humanas con los mismos instrumentos empleados por la física).^[23] Existe, pues, una estrecha conexión entre las críticas de Mises al paradigma neoclásico (sustancialmente inmóvil e impersonal) y las que Leoni dirige al modelo normativista, marcado por los mismos vicios originarios.

En efecto, la teoría de la reclamación de Leoni parte de la intencionalidad y

del dinamismo de los actores sociales, mientras que el positivismo jurídico kelseniano tiende a considerar el ordenamiento como algo en cierto modo estable. Es emblemático al respecto el distinto modo en que se interpreta la certeza, que debería haber representado un argumento fundamental a favor de las normas escritas y que, en la reflexión de Leoni, acaba en cambio justificando un «restablecimiento» de las lógicas jurídicas que precedieron a la codificación.

La supuesta certeza de las reglas escritas (la *legislation* en el sistema de Hayek) le parece a Leoni, en efecto, sólo de corto plazo. Rechaza el positivismo jurídico porque en él no puede haber estabilidad normativa cuando una asamblea puede modificar constantemente la situación y, de este modo, echar por tierra los proyectos (empresariales) de los individuos. A pesar de Kelsen, sólo el rechazo del positivismo jurídico y de la legislación pueden garantizar una razonable previsión sobre lo que podría ser el orden jurídico en el que tendremos que movernos en el futuro.

En el momento en que denuncia la idea de certeza que constituye el centro del positivismo jurídico, Leoni demuestra que en el ámbito de la legislación estatal se puede a lo sumo tener «certeza» en lo que respecta al contenido literal de toda norma en un determinado momento, pero no se puede tener la certeza de que mañana estará aún vigente la misma regla de hoy.^[24] Atribuir a un grupo de hombres la facultad de poder crear leyes expone a toda la sociedad a la arbitrariedad de los legisladores y pone en marcha un proceso de producción normativa que acaba con toda posibilidad de hacer proyectos y previsiones.

El argumento de Leoni se basa al mismo tiempo en un análisis praxeológico (de carácter teórico y deductivo) y en consideraciones más históricas e inductivas. «Todos sabemos lo que ocurrió durante el siglo XIX en la Europa continental. Todos los países europeos adoptaron códigos escritos y constituciones escritas, aceptando la idea de que las fórmulas expuestas con precisión podían proteger a la gente de los abusos de cualquier clase de tiranos.»^[25] La conclusión inevitable fue la atribución a la clase política de un poder que nunca, en el pasado, había tenido. En efecto, tener leyes escritas significa tener legisladores, o sea, escritores de leyes: «El proceso legislativo no es algo que ocurre una vez por todas. Tiene lugar todos los días y continuamente progresa.» Nadie puede saber por cuánto tiempo permanecerá en vigor una ley, y esto quita toda certeza a los proyectos individuales de los distintos actores.

La consecuencia de todo esto es que en el horizonte de la legislación la certeza es sólo a corto plazo: dado que no hay ninguna garantía de que las normas vigentes no puedan ser rápidamente modificadas por los mismos que las

promulgaron o por quienes, en un segundo momento, ocuparon su puesto. Pero el problema es que las normas mejores producen resultados positivos cabalmente a largo plazo; tanto más que nosotros nos encontramos en el largo plazo de alguna generación que nos ha precedido.

Además, para Leoni la actitud de los normativistas «recuerda la de Protágoras, que en el diálogo platónico de este nombre eludía el problema de la “justicia del derecho”, considerando como justo el derecho en cuanto la ciudad lo había querido».^[26] En este sentido es particularmente dramático que, especialmente en las democracias contemporáneas, la justicia se identifique con el punto de vista de la mayoría, de tal modo que «ni siquiera se plantea el problema de la “justicia” de la ley respecto a la minoría, y el punto de vista protagórico no nos ofrece respuesta alguna».^[27] Además de esto, el jurista puro «se preocupa únicamente de estudiar la ley vigente desde el punto de vista de su significado, sin valorarla desde la óptica de su conformidad con los objetivos del “legislador”».^[28]

Incluso sin aceptar necesariamente una perspectiva iusnaturalista (es éste un tema delicado, sobre el que volveremos más adelante), Leoni muestra que no minusvalora los riesgos del constructivismo democrático, que acaba identificando la justicia con la legalidad, y esta última con la opinión mayoritaria.

De ahí la exigencia de elaborar una teoría del derecho racionalmente fundamentada, que rechace la actitud característica de los juristas contemporáneos, que han renunciado completamente a reflexionar críticamente, «mientras que el jurista positivo se contenta con tener un punto de partida, que no discute, y que está formado por las proposiciones normativas emanadas directa o indirectamente del poder político, el filósofo del derecho no puede contentarse con este punto de partida».^[29]

3. La teoría de la reclamación individual

Como ya hemos dicho, la piedra angular sobre la que Leoni construye su teoría es la idea de *reclamación* individual, que hay que entender como *previsión* de nuestros comportamientos que respetan nuestros intereses, pero también como *acción* encaminada a conseguir todo esto. Es la premisa de una interpretación del derecho coherente con el individualismo metodológico (dado que las normas generales resultan del encuentro de las diferentes expectativas de los individuos),

pero además de esto es también el signo de la voluntad de construir una ciencia jurídica de carácter teórico, basada en un análisis racional de la acción humana y en aquellos mismos *a priori* que define la teoría de Mises.

Mientras Mises elabora una teoría económica que parte de los datos originarios de la escasez y de la acción humana para construir un análisis articulado de las interacciones económicas (a partir del intercambio y por tanto del papel de los precios y del sistema monetario),^[30]

Leoni sitúa en la reclamación del individuo el verdadero núcleo de todo análisis racional del derecho. En todas las sociedades, a su juicio, asistimos al encuentro entre reclamaciones hechas por individuos, y es precisamente esa relación social originaria la que da origen a las normas.^[31]

Todo individuo puede alegar innumerables reclamaciones, con frecuencia absurdas. Pero siempre se encuentra en un universo poblado por otros sujetos, también ellos portadores de reclamaciones (a veces incompatibles). Del encuentro de las reclamaciones compatibles y conciliables brotan las reglas de la vida social, las cuales nos imponen —por ejemplo— no agredir al prójimo, pagar a los acreedores, cumplir la palabra dada, etc.

En varios escritos sobre este tema, Leoni es muy explícito: el modelo en que se inspira su teoría de la reclamación es el mercado. Como en la economía liberal el precio surge del encuentro entre la demanda y la oferta, así en el universo jurídico las normas son fruto del matrimonio de reclamaciones «compatibles». Se asiste, pues, a un intercambio de reclamaciones en virtud del cual la negociación social permite la consolidación de normas que gozan del efectivo consenso de los individuos.^[32]

Al igual que Mises, Leoni descubre uno de los pilares de su reflexión en la constatación de que la condición estructural de escasez en que el hombre se encuentra siempre impone límites naturales, de los que en modo alguno se puede prescindir. No sólo esto: también como Mises afirma que toda acción es individual (sólo los hombres, en cuanto individuos, actúan) y que toda interacción que se efectúe sin apelar a la coacción tiene lugar porque cuantos en ella participan están convencidos de pasar de la situación en que se encuentran a otra mejor.

Una reflexión racional sobre el derecho, en este sentido, debe emular aquel tipo de conocimientos de alcance general que la praxeología misiana ha conseguido establecer dentro de la economía. Por ejemplo, «podemos imaginar que todos los individuos que han producido algo que no les sirve directamente a ellos como base de consumo tienden a deshacerse de ello por un precio»;^[33] y

esta afirmación es verdad con independencia de cualquier otra consideración, demostrando que la reflexión deductiva sobre la economía puede producir conocimiento.^[34]

El análisis leoniano se propone elaborar de manera totalmente análoga un estudio riguroso sobre los orígenes del fenómeno jurídico, evitando el abstracto formalismo de los planteamientos de marca positivista. En tal sentido, en una importante intervención de 1966 Leoni afirma que «una teoría del derecho que quiera ser explicativa deberá pues ante todo tener en cuenta fines muy generales (y prevalentes sobre cualquier otro) que condicionen la acción jurídica en toda sociedad de individuos, y deberá también tener presente la relación existente entre los fines y los medios (conceptuales y materiales) que toda sociedad de individuos tendrá a su disposición para alcanzar esos fines».^[35] No deja de añadir que «esta teoría de todas las condiciones —y no sólo de las condiciones lógico-formales— de la acción orientada por el juicio de valor jurídico está aún en gran parte por hacer o —si se quiere— rehacer. Y mientras no se haga —o se rehaga— será vano seguir exorcizando el fantasma iusnaturalista con los habituales argumentos (en cuanto tales irreprochables) del tipo de los bien conocidos de Hume o de la *naturalistic fallacy* de Moore».^[36]

Al defender las legítimas ambiciones científicas del derecho, Leoni observa lo absurdo que es cerrar el camino a todo planteamiento que pretenda captar regularidades, subrayando que falta —en el ámbito de la teoría económica— el término «economonaturalismo»,^[37] equivalente al de iusnaturalismo que se emplea para descalificar todo planteamiento cognitivista del derecho. Los conocimientos sólidamente racionales de la economía son, pues, el modelo de un conocimiento universal en las ciencias sociales, un tipo de conocimiento al que también tiene que aspirar el derecho.

Es significativo a este respecto en qué modo Leoni se coloca en la controversia sobre el historicismo que dividió a los economistas en el siglo XIX. En cuanto «austriaco», rechaza las posiciones de Gustav Schmoller y no deja de subrayar que el propio marxismo presenta «los hechos económicos como hechos eminentemente históricos». En este debate, él adopta la posición de quienes defendieron la economía como ciencia teórica y racional, observando —con evidente referencia a Carl Menger y probablemente también a los demás protagonistas de la «revolución marginalista»^[38]— que «en la segunda mitad del siglo pasado tuvimos teóricos de la economía que presentaron a la atención de los economistas un sistema de principios suficientemente sólido y que ha

resistido hasta hoy». ^[39]

En este sentido, la distinción weberiana (y misiana) entre fines y medios, entre valores y racionalidad instrumental, tiene el objetivo de garantizar una sólida base de apoyo a ciencias humanas que quieran defender su naturaleza científica. Todo esto para reafirmar la idea de que «la actividad política, en cuanto tal, no puede menos de ser racional e intencionada, como elección consciente entre varios fines concurrentes y entre los medios limitados para alcanzar esos fines».

^[40] Pero es precisamente este realismo el que conduce a Leoni a poner de relieve el nexo entre las normas y las costumbres y a subrayar la pobreza teórica de la identificación kelseniana entre derecho y Estado. Una reflexión racional sobre la sociedad, en efecto, no puede descuidar esta dimensión histórica del derecho, que tiene su origen en la propia vida social.

A este respecto, el propio Carl Menger había construido sus propios análisis esforzándose en comprender la realidad social a partir del significado racional de las acciones particulares y de su composición, pero exactamente por esta misma razón demostró también que la mayor parte de las instituciones que ocupan el centro de las ciencias sociales (de la moral al lenguaje, al derecho) no son producto de una elección individual deliberada o de un proyecto, sino resultado no intencionado de innumerables actos que han permitido su nacimiento. ^[41]

4. *Praxeología, derecho natural y sociología*

Una nueva prueba del carácter praxeológico de la filosofía del derecho de Leoni la tenemos en el neto rechazo de una concepción meramente convencional del lenguaje y del conocimiento. En su reflexión sobre el término-concepto libertad, afirma que «un convenio (*stipulation*) resulta posible y útil sólo en tanto y cuanto existe un factor común que hace que su comunicación sea fructuosa», pero también es cierto que el «factor común puede ser en matemáticas una intuición y en física una experiencia sensorial, pero él no es a su vez por sí mismo objeto de convenio». ^[42] Algunos rasgos del convenio son, pues, importantes y también evidentes, pero no bastan (por sí solos) para hacernos comprender la naturaleza de nuestra apertura al diálogo y a una verdad que trasciende los distintos puntos de vista particulares.

Contra la visión meramente convencional del derecho propia del positivismo jurídico, Leoni afirma en diversas ocasiones la necesidad de fundamentar en bases racionales el conocimiento del derecho y de la ciencia política. Ya en un

artículo de 1949 escribe: «Creemos que la política puede realmente pretender la dignidad de la ciencia, y prestar en tal condición preciosos servicios a la acción del hombre político».^[43] Desde este texto, para el estudioso italiano el verdadero modelo en que la ciencia política y el derecho deben inspirarse, naturalmente, es la economía. En efecto, a sus ojos se trata de una ciencia humana que en mayor medida que otras ha realizado progresos considerables y desarrollado análisis incluso muy sofisticados.

Basándose en un modelo de sujeto «deseoso de alcanzar determinados fines y dotado de medios relativamente escasos para alcanzar esos fines»,^[44] la ciencia económica ha conseguido elaborar reflexiones tanto más profundas cuanto mejor ha sabido hacer abstracción de los innumerables objetivos que pueden perseguir los individuos. Como la ciencia económica «no se preocupa de juzgar si hacéis bien o mal proponiéndoo la construcción de escuelas o de centrales eléctricas o de ferrocarriles», igualmente la disciplina que estudia la vida asociada «tiene precisamente necesidad, para ser ciencia, de no hacer ninguna *valoración* de esos fines directa e inevitablemente problemática».^[45]

Una ciencia política y jurídica realmente «científica» tiene, pues, necesidad de ser *wertfrei* (libre de valores).

Pero ¿cuál es la aportación racional de carácter innovador que puede ofrecer una teoría de la sociedad correctamente repensada? Para Leoni esa teoría debe ante todo aportar coherencia y rigor en el discurso, sin pretender necesariamente entrar en el mérito de las argumentaciones. En este sentido la tesis de Leoni es que «la tarea de buscar la racionalidad en el sistema de los fines y de los medios del hombre político, entendiendo esa racionalidad como *claridad de significados, como íntima coherencia de los conceptos, como rigor en la concatenación lógica, es una de las más importantes de la ciencia política*».^[46] En una palabra, es un Leoni que desempeña la función del filósofo analítico el que —ya al comienzo de su carrera intelectual— define así la aportación de conocimiento que las ciencias humanas pueden dar y al mismo tiempo los precisos límites de ese saber.

A este respecto, el planteamiento de Leoni está ampliamente en sintonía con la lección de Mises y, en particular, con las páginas de *Human Action* sobre la necesidad de una reflexión económica avalutativa y al mismo tiempo construida a partir de la determinación de precisos *a priori*. En este sentido hay que subrayar que para Mises «hay dos ramas principales de las ciencias de la acción humana: la praxeología y la historia»,^[47] y que cuando nos referimos a las

disciplinas históricas debemos pensar en un amplio conjunto de estudios, dado que también «la historia económica, la economía descriptiva y la estadística no son, desde luego, otra cosa que historia». Todas las disciplinas históricas, y por tanto empíricas, se preocupan de acumular datos, examinarlos y elaborarlos, pero «no nos ilustran con enseñanzas que puedan aplicarse a la totalidad de la acción humana, es decir, a la acción futura también». ^[48]

Por otra parte, según Mises, «la mente humana no es una tabula rasa sobre la que los hechos exteriores graban su propia historia. Al contrario, goza de medios propios para aprehender la realidad». La conclusión es clara: «El que el hombre carezca de capacidad creadora bastante para concebir categorías disconformes con sus ilaciones lógicas fundamentales y con los principios de la causalidad y la teleología impone lo que cabe denominar apriorismo metodológico». ^[49]

Leoni parte de aquí: de una valoración de la economía que es también, en todo caso, plena conciencia de la distinción misiana entre *historia* y *teoría*, entre un conocimiento factual (que se refiere al pasado) y otro de carácter general y científico (que tiene en cambio la posibilidad de descubrir leyes). Por esta razón, si la econometría no puede dar cuerpo a un conocimiento teórico (en cuanto, en la mejor de las hipótesis, se trata de una mera descripción de hechos que no puede, en modo alguno, liberarse de la propia naturaleza empírica), lo mismo puede decirse respecto a ese tipo de análisis técnico-descriptivo que es propio de los juristas positivos. También éste —en sentido lato— es historiografía, desde el momento en que se limita a tomar nota de las acciones de los legisladores y de los jueces, sin referirse a los *a priori* que en cambio son indispensables para la elaboración de una reflexión que quiera estudiar la acción humana. Econometría y derecho positivo son, pues, ciencias históricas, que no desarrollan una reflexión de tipo teórico sobre el hombre y sobre los resultados de su acción, sino que se limitan a describir determinadas situaciones.

En su oposición a Kelsen y al normativismo, ya en aquellos años imperante en la filosofía del derecho de tradición continental, Leoni en todo caso no se sirve únicamente de Mises y de la Escuela austriaca. Cuando se esfuerza en fundamentar en términos «realistas» y «sociológicos» una interpretación individualista sobre los orígenes del orden jurídico, como hace precisamente en estas *Lecciones de filosofía del derecho*, Leoni se refiere repetidamente a las enseñanzas de Eugen Ehrlich y, sobre todo, de Max Weber. ^[50]

El positivismo jurídico kelseniano parte de la constatación de que estamos siempre y en primer lugar en un mundo de reglas. En este marco teórico no hay pregunta sobre el origen del derecho, porque toda la reflexión parte de la

constatación de que todo hombre se halla necesariamente inserto en un orden normativo que da forma a nuestra existencia.

Es claro que este positivismo jurídico, que antepone la validez de la norma a su eficacia, adopta fácilmente una perspectiva «holista». El mundo de las reglas jurídicas coincide con la sociedad como realidad acabada (y en Kelsen el derecho se identifica con el Estado), mientras que Leoni parte del individuo para captar, a través de la acción humana, la génesis misma de toda norma, entendida en su especificidad. El orden jurídico no existiría sin este *homo agens*, por lo que es preciso partir de la comprensión de este elemento primario.

En las presentes lecciones, la influencia weberiana es muy evidente y significativa. Al jurista turinés le atraen no sólo los argumentos a favor del individualismo metodológico y de la sociología comprensiva, sino también aquella perspectiva jurídica de tipo sociológico con la que él piensa poder oponerse eficazmente al formalismo de la dogmática kelseniana.

Por otra parte, en varios ensayos Leoni defiende repetidamente las mismas tesis weberianas sobre la *Wertfreiheit*.^[51] Y también cuantos advierten la fragilidad de la rígida distinción entre hechos y valores (que de hecho niega todo cognitivismo ético) deben igualmente saber reconocer que la defensa leoniana de la avalutatividad se concibe sobre todo como defensa de la razón humana: de la posibilidad de relaciones y debates «racionales», con independencia de las opciones personales y de las orientaciones confesionales. Se trata de la defensa de la razón hecha, sin embargo, por quien piensa que el universo de los valores puede ser sólo un ámbito de opciones arbitrarias (en cierto modo, siempre fideístas), y no ya un lugar de confrontación y de discusión que parte de la común humanidad.

Pero difícilmente podría comprenderse el particular weberismo de Leoni si no se le leyera a la luz de su voluntad de realizar en el derecho lo que Mises había realizado con la acción humana en el campo de la economía. Weber interesa a Leoni por la defensa del método individualista (compositivo), y más aún por el esfuerzo de realizar una sociología «comprensiva», que parte por consiguiente de la acción humana y de la valorización de la iniciativa individual. En este sentido, se puede afirmar que la adhesión de Leoni al pensamiento weberiano es en gran medida reconducible al vínculo que liga al propio Mises a algunos aspectos del gran sociólogo alemán.^[52] Es la enérgica defensa de la racionalidad la que ciertamente hace de Leoni uno de los más rigurosos intérpretes del pensamiento misiano y, en estas *Lecciones*, un admirador de Weber.

Cuando presenta su propia investigación sobre el derecho como el intento de

desarrollar un ámbito importante de la praxeología, de la que la economía es sólo una parte («la economía podría ser considerada como una especie de una teoría general del comportamiento humano»),^[53] Leoni enlaza estrechamente el subjetivismo de la Escuela austriaca y la sociología comprensiva elaborada por Weber. Subraya que «la utilidad o nocividad se refieren siempre a una determinada situación histórica y en particular a la intención de las personas interesadas».^[54] La teoría subjetiva del valor defendida por Carl Menger y por cuantos siguieron su doctrina impone que toda reflexión sobre la sociedad (economía, derecho o cualquier otro ámbito) arranque de una comprensión del sentido del obrar de los individuos y de los resultados —casi siempre inesperados— de las interacciones resultantes.

Subrayar estos fuertes lazos con Mises y Menger no implica ciertamente voluntad alguna de negar que el pensamiento de Leoni, desde varios puntos de vista, tenga una autonomía propia en su entonación e inspiración.

Desde el punto de vista epistemológico, en particular, la explícita fidelidad de Leoni a la praxeología misiana manifiesta cierta cesión bastante evidente, como lo demuestran estas *Lecciones*, en las que no faltan pasajes que revelan un planteamiento basado más en la inducción que en el riguroso apriorismo de carácter inductivo tan característico de la *Acción humana*.

En realidad, la posición de Leoni no puede esquematizarse fácilmente, debido a que en diversas ocasiones hace afirmaciones *prima facie* contradictorias. Si por un lado se aleja netamente del iusnaturalismo moderno de Hobbes y Spinoza y de su pretensión de derivar (*more geometrico*) toda regla de axiomas ciertos y por encima de toda discusión,^[55] por otro lado afirma igualmente que «no podemos excluir *a priori* la posibilidad de desarrollar en este campo una serie de razonamientos análogos a los que se desarrollan, por ejemplo, en la economía y que, sin tener el rigor de las demostraciones matemáticas, poseen un valor demostrativo suficiente para determinar la aceptación por parte de un amplio número de estudiosos».^[56]

Aquí Leoni parece valorizar el apriorismo misiano y el recurso a razonamientos deductivos también en el ámbito de las ciencias sociales, si bien niega que en tales disciplinas se puedan alcanzar certezas análogas a las de la matemática. A pesar de que en otros pasajes de las *Lecciones* parece adoptar una postura totalmente distinta, ni siquiera en este volumen deja de defender una metodología deductiva.

Por otra parte, si es coherentemente misiano en su apología de la racionalidad del comportamiento humano y en su valorización de la posibilidad de entender el

significado de la acción de los individuos, cuando adopta la economía como modelo para la propia teoría del derecho afirma que la disciplina de Turgot y Adam Smith se basó sólo en «una generalización que, a lo que sabemos, es válida para todo tipo de sociedad económica conocida».^[57] Así pues, ya no se habla aquí de certezas, sino sólo de generalizaciones válidas, tanto más que para Leoni la teoría económica se apoya en principios que tienen su origen en datos de experiencia, y «que, como sucede con cualquier otra ciencia empírica, no tienen validez absoluta, pero tienen un alcance general y son útiles instrumentos de análisis de los fenómenos considerados».^[58]

Es éste un pasaje en el que la distancia entre el planteamiento epistemológico de Mises y el de Leoni se muestra relevante, especialmente si se considera que el jurista italiano define la economía en cuanto tal como una ciencia empírica (tal como hacía el propio Weber cuando hablaba de las ciencias histórico-sociales en su conjunto).^[59] Parece del todo ausente la determinación —junto a los estudios históricos— de un ámbito *teórico* muy distinto en el que colocar una reflexión sobre la economía, sobre el derecho y sobre la política que apoye en un *a priori* y en un desarrollo deductivo todas las implicaciones necesarias.

En ciertos aspectos, pues, Leoni parece sugerir aquí una reescritura «moderna» de la praxeología de Mises. Sobre la base de apriorismos ampliamente compartidos, según él, se puede basar una ciencia de la sociedad que proceda por vía deductiva y por tanto elabore en términos rigurosamente racionales toda una serie de análisis capaces de describir la realidad. El punto de partida, sin embargo, es ampliamente *empírico* en cuanto basado en consideraciones de tipo sociológico.

Si esta dimensión inductiva, que estaría en el origen del conocimiento social, ayuda a captar los límites de la adhesión de Leoni a la epistemología misiana, incluso en la confrontación que él desarrolla con el derecho natural, es fácil advertir la persistencia de un elemento de tipo empírico. Cuando distingue entre la reclamación *legítima* (el acreedor que espera recibir su propio dinero) y la *ilegítima* (el ladrón que se propone asaltar a un transeúnte),

Leoni no sabe ir más allá de la simple constatación de que la primera reclamación tiene una probabilidad más alta de ser satisfecha: «La *reclamación ilegítima* se convierte en reclamación que tiene como objeto un comportamiento que es considerado menos probable, mientras que la *reclamación legítima* se convierte en la reclamación relativa a un comportamiento considerado más probable en un determinado ámbito.»^[60]

Es éste el tema —tan típico de la reflexión leoniana— del *id quod plerumque*

accidit, que reconduce el derecho a la simple eficacia y muestra cuán fuerte es el arraigo empirista de este autor.^[61]

Este tema de la relación entre derecho natural y realismo ocupa un papel importante en las reflexiones más maduras de Leoni, pero las premisas son muy anteriores. En una reseña de 1954 de un volumen de John Wild, por ejemplo, Leoni hace algunas consideraciones interesantes. Después de subrayar que «Wild rompe una lanza a favor del análisis “ontológico”, que es el único que puede clarificar, según su opinión, los conceptos de bondad y de justicia sin peligro de “reducirlos” o de forzar su sentido hasta el punto de hacerlos ininteligibles», afirma que la lucha del estudioso anglosajón «es una lucha contra la actitud cientista en filosofía» y es interesante que, para Leoni, el objetivo de ese volumen sea «fundamentar una teoría moral “empírica”, en virtud de la cual el antiguo concepto de “derecho natural” sea plenamente revalorado, contra el positivismo jurídico y el subjetivismo moral y político».^[62]

La idea de un encuentro entre derecho natural «clásico» y realismo jurídico contemporáneo aparece repetidamente en el pensamiento de Leoni, convencido de que existen muchos saberes no conceptualizados y conocimientos no formalizados, que sin embargo son fundamentales para el hombre y su comprensión del mundo.

La posición de Leoni es también distinta de la de Rothbard, dado que éste — en su más que justificada defensa de la razón humana — corre repetidamente el riesgo de no captar la especificidad de la «racionalidad jurídica». La perspectiva de Leoni, en cambio, es una perspectiva sustancialmente misiana que pone en sus justos términos la experiencia del hombre y el papel que ésta desempeña en lo concreto de nuestra existencia.

En tal sentido, la larga reflexión juvenil de Leoni consagrada al Kant de la *Crítica de la razón práctica* y al kantismo jurídico le ayudó a evitar esa identificación entre el conocimiento *a priori* modelado sobre la ciencia física y nuestra comprensión efectiva de una parte de la realidad no reconducible a ese particular ámbito.^[63] Frente a Mises y Rothbard, el jurista Leoni tiene una ventaja innegable: conoce directamente un «saber», el de la práctica jurisprudencial, que no es fácilmente codificable sin ser íntimamente alterado y a veces incluso aniquilado.

Tal es la razón de que esta parte de la reflexión leoniana no sólo sea muy original, sino también de enorme importancia para el desarrollo de una teoría del derecho de orientación libertaria.

En Leoni se percibe claramente la «feliz tensión» tan característica de la

civilización occidental: entre espiritual y material, principios y consecuencias, abstracto y concreto, trascendente y terreno. Y esta dualidad paradigmática se resuelve subrayando la necesidad de comprender, por decirlo así, que *el Verbo se hizo carne* y que —al margen de toda metáfora— el derecho natural adquiere una presencia efectiva entre nosotros sólo si *entra en la historia* y se sirve de la competencia de todos cuantos participan en el juego social: sólo si se logra interactuar de hecho en orden a seleccionar las «buenas reglas» que —en un contexto y en un momento bien determinados— pueden favorecer la cooperación entre los hombres. El arquetipo de la Encarnación, que tan profundamente ha marcado la cultura y la sociedad europeas, se refleja en esta visión de un «justo por naturaleza» que nada tiene de atemporal, sino que en cambio se reconoce en cada caso en las diferentes situaciones.

Valorizando de este modo la penetración concreta de los principios abstractos en las controversias legales, Leoni traza un modelo libertario alternativo, que en parcial sintonía con la lección rothbardiana no renuncia a anclarse en un principio de derecho natural. A pesar de las diferencias (que sin duda existen), la *regla de oro* de Leoni desempeña precisamente la función que en Rothbard desempeña *el axioma de no agresión*, si bien evita la pretensión de definir una rígida dogmática que anticipe toda solución.

En Leoni no es imaginable la hipótesis de un «código libertario» como el ideado por Rothbard que sea autosuficiente y completo a largo plazo (y todavía hoy) tal como lo reivindican los sistemas legales estatales. Partiendo de *Freedom and the Law*, es en cambio posible dirigirse hacia un derecho natural libertario de entonación más «clásica», auténticamente aristotélico-tomista, que se convierta en un principio «estable» y universal de carácter general —la obligación de no ejercer violencia sobre el prójimo (el antiguo *neminem laedere*)— pero que no pretenda resolver toda discusión con fórmulas abstractas y meras deducciones.

En efecto, en el pensamiento leoniano hay un gran espacio para la investigación doctrinaria y la evolución histórica, en la convicción de que el derecho es siempre algo vivo y fáctico: una realidad que tiene algunos rasgos «esenciales», pero que evoluciona continuamente y por esto exige una constante y difícil adecuación de las reglas y de los comportamientos.^[64]

En qué gran medida todo esto es coherente con la tradición austriaca se aprecia claramente si se tiene en cuenta la relación entre ciencias teóricas y ciencias prácticas establecida por Menger, para quien estas últimas no podían en modo alguno ser una pura y simple deducción de principios abstractos y

generales: «Las cosas que las ciencias prácticas enseñan y son capaces de enseñar no son ciertamente “recetas” para casos concretos. [...] Esta irreductible especificidad de los casos particulares en que el individuo tiene que actuar prácticamente no puede ser agotada por ninguna ciencia práctica, por más especializada que sea su sistemática.»^[65]

Aquí Menger piensa en primer lugar en la relación entre teoría económica y política económica, pero es claro que su consideración tiene un alcance más general y puede servir para el nexo entre filosofía del derecho y práctica jurisprudencial. La tesis es que toda teoría abstracta nos ofrece «sólo principios y procedimientos generales que hay que aplicar *inteligentemente* a los casos especiales que hay que tratar».^[66] Pero precisamente esta «inteligencia» nos obliga a reconocer un espacio muy amplio para resultados no previsibles previamente, y esto en primer lugar por la irreductible complejidad del mundo jurídico real.

De este modo, Leoni demuestra que no es sólo un estudioso de ciencias humanas atento a la lección de los grandes economistas «austriacos», sino que supo elaborar una teoría del derecho auténticamente anclada en esa tradición. En su pensamiento se produce un feliz encuentro entre las razones del derecho y los principios filosófico-políticos que inspiran el libertarismo. Lo que resulta es un orden que a fin de maximizar la libertad individual acaba por reconocer el justo papel que desempeñan las prácticas y los conocimientos propios de la actividad judicial y de la competencia jurisprudencial. Cuando en *The Freedom and the Law* cita un largo pasaje de Leslie Stephen, demuestra que el legalismo es frágil tanto en el plano de la *efectividad* como en el de la *legitimidad*, y que precisamente por esto es necesario dirigirse hacia un derecho mejor radicado en las prácticas sociales y también sólidamente anclado en el universalismo de la *golden law*.

La misma cuestión epistemológica es de fundamental importancia en el pensamiento de Leoni, desde el momento en que la misma ayuda a ver cómo en este autor existe un nudo aún no resuelto referente a su relación con la tradición filosófica y con la metafísica clásica. En efecto, en Leoni se da una idea de ciencia y verdad que poco tiene que ver con la desconfianza en la razón humana que caracteriza a gran parte del pensamiento contemporáneo, aunque nunca tuviera la osadía de dar aquel paso —tan *démodé* y provocativo— que llevó a Rothbard a identificarse con el realismo del pensamiento clásico.

En Leoni, la no simple relación entre el empirismo y la praxeología misiana se puede comprender mejor si se enfoca el interés del estudioso turinés por una

renovación del encuentro entre la teoría sociológica del derecho y el iusnaturalismo. A este respecto, baste recordar que en las páginas dedicadas a Kelsen llega a hablar de la sociología del derecho como de la «moderna heredera del iusnaturalismo».^[67]

En aquellos mismos años, en un importante ensayo sobre el normativismo kelseniano, Leoni reafirma esta convicción sosteniendo que «las escuelas sociológicas del derecho contemporáneas pueden considerarse, en un sentido limitado, y ciertamente sin la connotación despectiva con que Kelsen emplea este término, las “modernas herederas del derecho natural”, precisamente en cuanto tienden a revalorizar en el “derecho” el aspecto de las “convicciones” en que se inspira la acción de las personas, en lugar del “ordenamiento” concebido a la manera de los dogmáticos».^[68]

Leoni no aspira sólo a establecer una especie de «alianza» entre los principales adversarios del normativismo kelseniano (realismo y iusnaturalismo),^[69] sino que apunta sobre todo a demostrar que los orígenes del análisis sociológico del derecho hunden sus raíces en la tradición más noble de la filosofía occidental. Es significativo, en este sentido, que en su rechazo del iusnaturalismo Leoni siempre ha rechazado sobre todo el derecho natural moderno, consciente al mismo tiempo de que el derecho natural clásico no tenía nada en común con la rigidez de ese racionalismo «constructivista» que llevó a la codificación.^[70]

Incluso cuando evoca el conflicto entre Antígona y Creonte, tan significativo para la tradición del derecho natural, no deja de observar que esa rebelión frente al poder es «también, por decirlo así, una rebelión del sentido común». Su tesis es que «un historiador o un sociólogo que hubieran estudiado aquella sociedad habrían ciertamente considerado como parte de las convicciones jurídicas, y en particular de las costumbres de aquella sociedad

(*agrafoi nomoi*, según las palabras de Antígona), la regla según la cual los muertos deben ser sepultados».^[71]

Más que testimonio de una cultura «racional», el derecho natural que le importa a Leoni está anclado en la vida social y es un instrumento fundamental para tutelar los derechos de los individuos.^[72] Especialmente en sus últimos años de vida, Leoni se orienta hacia una mayor aceptación del iusnaturalismo precisamente en virtud de la seguridad de que haya sido la disolución del derecho natural la que abrió el camino a una creciente limitación de la libertad individual. Al respecto, también en *La libertad y la ley* observa que «hay mucha

más legislación, hay muchas más decisiones de grupo, muchas más elecciones rígidas, y muchas menos “leyes vivas”, muchas menos decisiones individuales, muchas menos elecciones libres en todos los sistemas políticos contemporáneos de lo que sería necesario para preservar la libertad individual de elección».^[73]

Como oportunamente ha señalado Antonio Masala en su monografía, cuando Leoni se opone al normativismo kelseniano adopta ciertamente una perspectiva «sociológica, en particular en la forma que le dieron Weber y Ehrlich, pero también propone, al menos en parte, una recuperación del *derecho natural*».^[74] El realismo de Leoni, en efecto, hunde sus propias raíces en el derecho natural clásico y por tanto en aquella concepción del derecho que se esforzaba en salvar la idea central del iusnaturalismo (la idea de lo «justo por naturaleza» de los griegos)^[75] dentro de una concepción empírica, encaminada a subrayar que la solución de las cuestiones de justicia debe saber armonizar lo que en ella hay de estable y lo que hay de mudable (ligado al tiempo, al lugar, a las circunstancias).

A juicio de Leoni, «si por iusnaturalismo entendemos una teoría que afirma la existencia de leyes absolutas [...] evidentemente una teoría empírica del derecho deberá evitar la adopción del concepto de absoluto». Y esto explica su rechazo de una concepción rígida y moderna del derecho natural.^[76] Pero para él «esto no quita que, como se hace siempre en una ciencia empírica, se pueda intentar —siguiendo lo que podría definirse como *la veta no metafísica y empírica* del viejo iusnaturalismo— extender las generalizaciones relativas a los contenidos de las normas sobre la base del estudio más amplio posible de los derechos históricos».^[77]

Es esta relectura totalmente personal de la praxeología, pues, la que orienta a Leoni hacia una recuperación (que él quiere *no metafísica y empírica*) del iusnaturalismo antiguo de la tradición aristotélica.

5. *Un pensamiento íntegramente liberal*

En el fondo de la atención de Leoni hacia el derecho natural de los griegos y romanos^[78] no es difícil apreciar que el estudioso italiano, en su defensa de las razones de la libertad individual, no tiene ninguna dificultad en rechazar no sólo el modo «moderno» y estatista de concebir el derecho, sino también la idea misma según la cual la historia sería una larga marcha triunfal que conduciría de la barbarie del pasado a la civilización del presente.

Leoni rechaza el mito positivista del progreso, la filosofía de la historia del

idealismo y el determinismo histórico del socialismo marxista, pero también aquella concepción que ve en el Estado de derecho y en la democracia la culminación de la historia política y social de la humanidad. De este modo, cuando subraya que «concebir el derecho como emanación del poder político es una actitud moderna»,^[79] Leoni se declara más que dispuesto a someter a discusión una larga serie de «dogmas» políticos que se han impuesto en los dos últimos siglos, negándose a plegarse a la consigna en circulación y a su lógica iliberal.

El esquema implícito de la modernidad (muy evidente en Kelsen, como su intérprete eminente) define la historia de los últimos siglos como un proceso institucional marcado por el progreso, descalificando en bloque —*en passant*— las instituciones del pasado. Pero exactamente a este respecto es necesario recordar aquí que uno de los vectores de la reflexión leoniana es precisamente su particular «revisionismo histórico». Y aunque sus tesis tienen una autonomía teórica propia y una originalidad indudable, en más de un caso serían difícilmente comprensibles sin tener en cuenta algunas experiencias jurídicas pasadas, desde el derecho romano a la *common law* anglosajona. En particular, el modo en que él concibe el derecho de formación espontánea del mundo inglés y americano es en efecto la condición esencial para la elaboración del «modelo Leoni» del que habla en *Freedom and the Law* y que presenta como totalmente alternativo respecto a la legislación.^[80]

Gracias a la reflexión sobre específicas y concretas experiencias, Leoni imagina otra manera de forjar y utilizar el derecho, y por tanto consigue liberar el orden jurídico de toda relación necesaria con la estatalidad, contemplando un universo mucho más liberal.

No hay duda de que, en el plano epistemológico, ninguna regularidad empírica está en condiciones de conducir a afirmar una ley científica cualquiera. Pero esto no impide ciertamente a Leoni comprender que en el estudio del pasado y, al mismo tiempo, en la comprensión del origen de las instituciones contemporáneas es posible encontrar muchas intuiciones interesantes y más de un fecundo apremio para investigaciones futuras.

En este sentido, es conocida la atención de Leoni hacia el universo medieval, sobre todo inglés, que demuestra esencialmente la tendencia a valorizar cuanto había de liberal en un pasado que a veces se ha archivado sin haberlo comprendido. En particular se interesó por todas aquellas formas de interacción social y organización jurídica que, en los siglos pasados, regulaban la vida asociada sin recurrir necesariamente al uso de la coerción.

Y aunque las *Lecciones* no son ciertamente uno de los textos más «políticos» de Leoni, es cierto que también aquí es fácil reconocer la neta fidelidad del autor a una concepción íntegramente liberal de la sociedad. En particular, es sumamente interesante al respecto el análisis de la oposición radical entre el concepto de guerra y el de sociedad:^[81] donde el primero se entiende como un orden en el que las expectativas de los comportamientos recíprocos son totalmente incompatibles y, por esta razón, no pueden permitir el desarrollo de un orden jurídico cualquiera.

Esta reflexión, que el autor había ya desarrollado difusamente en otros escritos,^[82] y que aquí se desarrolla siguiendo algunas referencias a un volumen de Dorothy M. Emmet, muestra cómo Leoni estaba convencido de que una sociedad liberal es esencialmente una sociedad pacífica, que minimiza el recurso a la coerción y en la que el derecho (entiéndase siempre como derecho privado) pone evidentes obstáculos a la aspiración a dominar a los demás y a imponer la propia voluntad.^[83]

Estas *Lecciones*, pues, ayudan a comprender sobre qué bases teóricas (en el ámbito de la filosofía del derecho y de la metodología de las ciencias sociales) Leoni ha construido su propuesta de una sociedad liberal: una propuesta tan radical que induce a más de un estudioso a hablar de *Freedom and the Law* como de un clásico de la tradición libertaria y que cada vez más induce a pensar que en toda la obra de Leoni hay ideas e intuiciones que estamos muy lejos de haber comprendido y desarrollado en todo su potencial.

CARLO LOTTIERI

1. *Introducción*

Para saber en qué consiste el derecho seguimos todavía hoy refiriéndonos a la autoridad de determinadas personas. Se acepta una norma simplemente en cuanto proviene de una determinada autoridad. La formación de las normas jurídicas se pide exclusivamente a una autoridad constituida. Concebir el derecho como emanación del poder político es una actitud moderna.

1. *Positivismo jurídico y filosofía del derecho*

La ciencia jurídica actual, especialmente en el continente europeo, recuerda las ciencias medievales. En efecto, la base de la ciencia jurídica está constituida por un cierto número de proposiciones a las que se reconoce un valor de autoridad: tales son las proposiciones normativas del derecho vigente.

Surge inmediatamente la pregunta de si no existe un contraste fundamental entre el sistema de las ciencias tal como lo concebimos actualmente y el de nuestra conducta dirigida por leyes. Es indudable que, mientras nuestra mente está siempre sometida a la necesidad de la demostración en lo que respecta al mundo físico, cuando pasamos al terreno de nuestra conducta, regulada por el derecho, el panorama cambia. Podemos preguntarnos si en este terreno sentimos la necesidad de una demostración. En caso afirmativo, deberíamos introducir en el estudio de nuestras normas de conducta los métodos que adoptamos en el estudio del mundo físico. Mientras que el jurista positivo se contenta con tener un punto de partida que no discute, y que está formado por las proposiciones normativas emanadas directa o indirectamente del poder político, el filósofo del derecho no puede contentarse con este punto de partida.

La expresión «filosofía del derecho» puede hacernos pensar en un problema del tipo de los que se planteaba por ejemplo Platón cuando indagaba en qué consiste la justicia, el bien supremo, etc. Si pensáramos que tal es sin más la tarea de la filosofía del derecho como disciplina que se enseña en la correspondiente facultad, no encontraríamos fácilmente el vínculo entre esta

disciplina y las demás que se enseñan en la misma facultad. En realidad, la presencia de la filosofía del derecho en el ámbito de la facultad de derecho puede justificarse por el intento de comparar los métodos del jurista puro, a propósito de lo que suele llamarse derecho, y los métodos que se aplican en las ciencias físicas, en las que el punto de partida no es un conjunto de proposiciones de carácter autoritario. El filósofo del derecho considera, pues, una serie de problemas que el jurista puro no se plantea. En efecto, este último no tiene como tarea criticar la utilidad o la nocividad de una ley. Podríamos, sin embargo, preguntarnos a este propósito qué se entiende por ley útil, inútil o perjudicial. En este caso deberíamos motivar nuestras afirmaciones con un razonamiento que todos pudieran aprobar. La utilidad o la nocividad de la ley deberá entonces entenderse con referencia a los individuos considerados como autores o destinatarios de la ley. Para explicarnos con un ejemplo, podemos criticar el derecho matrimonial vigente en un país, si nos referimos a las exigencias, a los objetivos, a los intereses de los individuos que en él viven.

La consideración de la utilidad de la ley no es más que un ejemplo de lo que puede hacer el filósofo del derecho y que, por el contrario, el jurista puro no hace, y que más bien suele desdeñar como materia *de iure condendo*. Análogamente, el jurista puro no se plantea el problema de la «justicia» del derecho vigente, que para él es, en cierto sentido, «justo» tan sólo en cuanto «vigente», o sea en cuanto emanado de una autoridad considerada como cualificada para producirlo de acuerdo con determinados procedimientos. La actitud del jurista puro a este respecto recuerda la de Protágoras, que, en el diálogo platónico de este nombre, eludía el problema de la «justicia del derecho», considerando como justo el derecho en cuanto la ciudad lo había querido y por todo el tiempo en que la ciudad seguía queriéndolo. La ciudad, naturalmente, era para Protágoras la asamblea legislativa de los ciudadanos en las *poleis* con régimen democrático. El punto de vista de Protágoras, reproducido a través de los siglos por todos los defensores del llamado positivismo jurídico y, por último, también por nuestros juristas puros, tiene sin embargo dos límites infranqueables.

1) Lo que ha querido la ciudad puede no ser lo querido por los ciudadanos, sino simplemente por la mayoría. Decir que la «ciudad ha querido» una ley significa implicar la idea de que la ciudad se identifica con una mayoría y que además la mayoría tiene el título exclusivo para crear la ley. En este punto, si se plantea el problema de la «justicia» de la ley respecto a la minoría, el punto de vista protagórico no nos ofrece respuesta alguna. Y mucho menos cuando

imaginamos que la ciudad está formada, como en los regímenes de tipo oligárquico, por una minoría de personas, o bien, como en los regímenes de tipo tiránico, por un hombre solo que crea la ley.

2) El segundo límite del punto de vista protagórico está representado por todos los problemas que surgen cuando se considera, por ejemplo, la ley desde el punto de vista de su utilidad, o sea, en la óptica de su correspondencia con los objetivos que se fijaron los autores de la ley. El propio Protágoras distinguía la utilidad de una ley de su justicia y afirmaba que, aun siendo todas las leyes «justas» en cuanto queridas por la ciudad, algunas pueden ser perjudiciales y otras útiles, y por tanto la misión del sabio consiste en hacer que las leyes justas sean también útiles, o sea, que los autores de la ley sean convenientemente iluminados por el hombre sabio sobre la conformidad de las leyes con los objetivos que los autores de la propia ley se proponen.

El examen de esta conformidad no debe emprenderlo nunca el jurista puro, el cual se preocupa únicamente de estudiar la ley vigente desde el punto de vista de su significado, sin valorarla desde la óptica de su conformidad con los objetivos del «legislador». Es este otro ejemplo que puede ilustrarnos sobre la utilidad de nuestra disciplina: en ella las consideraciones relativas a esta correspondencia pueden ser libremente introducidas, como pueden serlo las consideraciones relativas a la justicia de la ley o, en otras palabras, relativas al «significado» que la ley puede tener para quienes no la han emanado efectivamente. Las consideraciones relativas a la utilidad de una ley, o sea, a su conformidad con los fines del legislador, pueden desarrollarse en términos análogos a las propias de las ciencias físicas y ninguna aceptación de supuestos con valor de autoridad tiene sentido en el desarrollo de tales consideraciones, que pueden compararse útilmente con las consideraciones del jurista puro para descubrir sus afinidades y diferencias.

2. Método científico y filosofía del derecho

La consideración de la conformidad efectiva de la ley con los fines del legislador ofrece una estrecha afinidad con las consideraciones que se hacen en el campo de las demás ciencias, por ejemplo en el campo de las ciencias económicas. A su vez, las consideraciones que se hacen en el campo de las ciencias económicas presentan, al parecer, interesantes afinidades con las consideraciones que se hacen en otros campos, por ejemplo en el campo de las ciencias físicas y de las matemáticas. Hasta hace un siglo se nutría aún la esperanza de aplicar en el

campo del derecho un tipo de demostración análogo al de las ciencias físico-matemáticas según un procedimiento que había tenido defensores ilustres ya desde el siglo XVII (Grocio, Spinoza, Hobbes, Leibniz, Locke y más tarde otros). Es decir, se pensaba que podía llegarse con razonamientos irrefutables a determinadas conclusiones válidas en el campo de las ciencias jurídicas. Desde entonces nuestra confianza en esa posibilidad ha disminuido. La llegada del historicismo (Savigny) convenció de la imposibilidad de congelar el derecho en un sistema de proposiciones válido para todo tiempo. Esto tuvo una influencia en el cambio experimentado por la actitud general de las personas acerca del significado de las normas de conducta, y en particular de aquellas reglas que solemos llamar jurídicas. En otras palabras, la confianza de poder dar una demostración fue sustituida por el positivismo jurídico, que considera las normas como expresión de un imperativo vigente en una determinada sociedad. Por tanto, se renuncia a toda demostración, y nos limitamos a tomar nota de la enmienda de determinadas normas, que no se consideran válidas por un razonamiento demostrativo, pero que están «vigentes» en cuanto queridas por una autoridad considerada «legítima».

Esto no quita que se pueda indagar si existe al menos la posibilidad de demostrar la validez de algunas normas con independencia de su «vigencia». Si aceptamos desarrollar esta indagación, nos trasladamos automáticamente más allá de los confines del positivismo jurídico. Aunque no mantenemos las ilusiones clásicas de ciertas corrientes del iusnaturalismo en relación con la posibilidad de demostrar *more geometrico* la validez de determinadas normas en el campo del derecho, no podemos en todo caso excluir *a priori* la posibilidad de desarrollar en este campo una serie de razonamientos análogos a los que se desarrollan, por ejemplo, en economía, y que, sin tener el rigor de las demostraciones matemáticas, poseen un valor demostrativo suficiente para determinar su aceptación por parte de un amplio número de estudiosos.

La aplicación de un razonamiento científico al estadio prematemático (análisis) parece que también es posible para las normas jurídicas. La exigencia de introducir la objetividad científica en este campo es tanto más sentida cuanto más importantes son los problemas que se debaten en el estadio de formación de aquellas normas jurídicas que el jurista puro considera como datos indiscutibles e infranqueables de su actividad. El problema de la validez de la norma, independientemente de su vigencia, es un problema insoslayable, por cuanto los autores de la norma «vigente» parten con frecuencia de la idea de su «validez» para justificar la emanación de la propia norma y por tanto de su «vigencia». Por

otra parte, quienes consideran legítima la autoridad que emana y «vigente» la norma emanada confieren a la propia norma una eficacia que no debe confundirse con su «vigencia», y que es a su vez un tema interesante de indagación, aunque el jurista puro lo descarte.

Antiguamente, en las democracias helénicas, las leyes se presentaban como emanación directa del pueblo. No había representación en sentido moderno. Se eliminaban, pues, todos los problemas derivados del significado de la representación de la voluntad del pueblo y de la relación entre representantes y representados en la manifestación de esta voluntad. Permanecía, sin embargo, el problema de la relación entre las minorías derrotadas y las mayorías triunfantes. En particular se trataba de explicar por qué las minorías derrotadas tenían que plegarse a las mayorías victoriosas. Una argumentación clásica, reflejada en los diálogos socráticos de Platón, y que resuena también en tiempos modernos por ejemplo en Hobbes, consiste en observar que el ciudadano podría abandonar su país y que, si prefiere no dejarlo, acepta implícitamente la voluntad de la mayoría. Sin embargo, podemos objetar que pueden existir muchas razones por las que el ciudadano no quiere o no puede abandonar su país, por lo que no puede deducirse de su permanencia en el país su voluntad precisa de aceptar la voluntad de la mayoría. Al margen de esto, hay que justificar la pretensión de que el ciudadano o los ciudadanos disidentes tengan que dejar el país siempre que no compartan la voluntad de la mayoría. Lo que no se explica es por qué la minoría disidente, y no la mayoría, sea la que tiene que abandonar el país en caso de disconformidad. En otras palabras, no se explica por qué la mayoría tenga que permanecer en el país y la minoría disconforme tenga que abandonarlo.

En las sociedades modernas, al problema de justificar la prevalencia de las mayorías, por lo menos en el sentido de que las mayorías estarían justificadas para permanecer en el país, mientras que las minorías deberían abandonarlo, se añaden todos los problemas derivados de la llamada «representación», ya se trate de las mayorías o de las minorías. La justificación protagórica de la ley querida por las mayorías es mucho más dudosa en un régimen de democracia representativa, pero hay otro problema que Protágoras no toma en consideración: el relativo a las leyes ajenas a la ciudad. Siempre que las leyes de una ciudad comporten el conflicto con las de otra ciudad no puede ser criterio exhaustivo de la solución de los problemas que se plantean el protagórico que llama «justa» a una ley en cuanto la ciudad la ha querido. El propio Protágoras, como ya hemos visto, proponía sin embargo un punto de vista distinto para valorar una ley: el de

la llamada «utilidad» de la ley querida por la ciudad. Una ley puede ser justa en cuanto la ha querido la ciudad; pero ello no quita que pueda ser inútil o perjudicial. Corresponde al hombre sabio hacer que la ley justa (o sea la querida por la ciudad) sea también útil. Se introduce así un criterio de valoración de la ley, en el aspecto de su utilidad, que es distinto del criterio de valoración de la ley desde la óptica de la justicia.

La valoración de la ley en el aspecto de su utilidad, es decir, en otras palabras, la posibilidad de que una ley, a pesar de ser querida por la ciudad, sea inútil o perjudicial (o sea, esté en contradicción con los propios objetivos de la ciudad que la ha querido), nos lleva fuera del horizonte del jurista puro, el cual tampoco se plantea este problema. Naturalmente, las interpretaciones subjetivas de la utilidad no pueden tomarse en consideración en un campo como el nuestro. Debemos, pues, hacer que nuestro razonamiento resulte objetivo, o sea, aceptable por todos. A este respecto conviene observar que la actitud de los griegos en este punto no era unívoca. Estaba bastante extendida la tendencia, especialmente entre los llamados sofistas, a negar la posibilidad de razonamientos objetivos sobre la «utilidad» de las leyes. En la Edad Moderna este escepticismo cedió el campo, al menos en ciertos aspectos, a una concepción opuesta. Los economistas constituyen un ejemplo de ello; éstos piensan que es posible demostrar con razonamientos objetivos la utilidad de una ley siempre que se definan los fines que se pretende alcanzar con la misma. Aunque los economistas no se ocupen de un modo particular de la utilidad de las leyes, o sea, de la correspondencia de las leyes, consideradas como medios, con los fines que los autores de las mismas persiguen, sin embargo desarrollan sus investigaciones según un esquema de coherencia entre los medios empleados y el fin perseguido que puede aplicarse también al estudio de las leyes y que de hecho aplican los propios economistas cuando las leyes tienen un fin económico; esto es, se refieren a los bienes que tienen un precio.

3. El «significado» de la conducta humana

En este sentido la economía podría ser considerada como una especie de teoría general del comportamiento humano. Ludwig von Mises, en *La acción humana*, teoriza la ciencia económica como ciencia particular de la acción humana que él denomina «praxeología». La objetividad de los razonamientos de la praxeología no debe sin embargo hacernos pensar que una cierta acción, una determinada elección o el resultado de la misma, por ejemplo la emanación de una ley, sea

«útil» o «perjudicial» objetivamente. La utilidad o nocividad se refieren siempre a una determinada situación histórica y en particular a la intención de las personas interesadas. Hay muchas elecciones cuyo valor no es demostrable en absoluto, pero si se consideran determinados valores como dados se llega a determinadas consecuencias. Podemos criticar todo un sistema legislativo partiendo de presupuestos en forma de hipótesis. Lo útil y lo perjudicial son tales en cuanto que son considerados como tales por quienes persiguen ciertos fines, pero no en absoluto. Discurso difícil, en cuanto que los puntos de partida que parecen iniciales son en cambio consecuencias.

Asumir como datos ciertos fines parece introducir una simplificación en la valoración de los medios considerados útiles o necesarios para alcanzar esos fines. En realidad, el tipo de consideración que expusimos arriba no es tan simple como podría parecer a primera vista. En efecto, muchos fines pueden y deben ser considerados a su vez como medios para alcanzar otros fines, y esto impide asumirlos, en muchos casos, simplemente como datos. La cadena de medios y fines no puede siempre interrumpirse a voluntad, considerando como fines los que en realidad no son sino medios para obtener otros fines. Los filósofos del derecho han desertado, por el momento, del campo de la valoración de las leyes en la óptica de la utilidad para quienes las emanan. La ciencia de la legislación, desde este punto de vista, no existe aún como ciencia constituida. Pero la filosofía del derecho puede implicar también este tipo de consideración, es decir, puede someter el juego de los medios y los fines, en la legislación, a razonamientos objetivos. Los filósofos del derecho, por ejemplo, aún en nuestro tiempo siguen estudiando prevalentemente el aspecto formal de la norma. Esto puede parecer cómodo, porque implica la renuncia a cualquier otra valoración de la norma. Domina el campo la llamada teoría normativista de Hans Kelsen. Éste afirma que la teoría pura del derecho debe referirse sólo a la estructura formal de las normas. El formalismo, si bien tiene la ventaja de apuntar a una cierta objetividad, sin embargo no agota las cuestiones que podemos plantearnos a propósito del derecho o también tan sólo de la llamada norma jurídica. Lo que se conoce con el nombre de «doctrina pura del derecho» no corresponde en realidad al significado de la palabra «derecho» empleada en el lenguaje ordinario. En efecto, aquí «derecho» significa algo más que la simple norma jurídica entendida como proposición lingüística. En el lenguaje ordinario, con el término «derecho» se designan comportamientos, convencimientos y acciones «orientadas» (según el lenguaje de Max Weber), que no se identifican en absoluto con la norma jurídica como proposición lingüística, objeto de estudio de los juristas puros.

Kelsen, en cambio, considera como objeto exclusivo de su teoría pura del derecho la norma jurídica, entendida como proposición lingüística (aunque no siempre mantiene la coherencia con esta idea). En realidad no podemos conceder a Kelsen ningún derecho a identificar su teoría con una teoría del derecho *tout-court*, como no podemos conceder a Casanova elegir al azar siete letras del alfabeto para crear el predicado nobiliario de Sengalt y atribuírselo. En realidad, si el 90% de los individuos emplean la palabra derecho en un determinado significado, no se ve la razón de que Kelsen deba proponer otro diferente.

La característica fundamental de las disciplinas del mundo humano es que el lenguaje por ellas adoptado y estudiado se refiere a cosas que no se pueden mostrar en el sentido físico de la palabra. Esto puede generar equívocos. Un ejemplo nos lo ofrece el hecho de que se puede imaginar todo el lenguaje como algo convencional, es decir, carente de correlatos empíricos en cuanto carente de correlatos sensibles. Tal es la posición de quienes han negado la posibilidad de una ciencia de las cosas humanas. Desde la más remota antigüedad, todo el problema de la cultura y de las ciencias se ha planteado en realidad sobre la diferencia entre ciencias físicas, en las que existen correlatos empíricos, y ciencias del mundo humano, en las que tales correlatos no existen o, por lo menos, no existen en la misma medida. Esta gran contraposición entre el mundo de la naturaleza y el mundo humano es característica de toda la cultura clásica. Pero, examinando mejor el problema, podemos afirmar que si a una palabra le falta un correlato de naturaleza sensorial, esto no implica que esa palabra carezca de correlatos empíricos. Por ejemplo, el dato empírico en las ciencias del mundo humano está en realidad constituido por un fenómeno psicológico. Por otra parte, no existen fenómenos psicológicos sin la presencia de algún dato referible al sistema sensorial, y es interesante precisamente la relación existente entre eventos del mundo físico y eventos del mundo psicológico, en cuanto que los primeros no pueden considerarse a no ser en relación con los segundos (por ejemplo, sólo cuando sabemos que la sal es moneda para los indígenas de ciertas tribus africanas, comprendemos el significado del uso de la sal en esas tribus). Un examen únicamente de los datos físicos jamás será por tanto suficiente para penetrar en el significado de una palabra que haga referencia a los datos psicológicos de que hablamos. El significado en sí mismo es inseparable de los hechos físicos, y sin embargo tiene una entidad propia, es decir, representa algo completamente autónomo.

En todos los casos en que se ha intentado reducir las ciencias del mundo humano al tipo de las ciencias del mundo físico, esto es, ignorando el factor

«significado», se ha equivocado el camino. Existe todo un campo de intereses que apunta a comprender el significado. A igualdad de eventos físicos puede corresponder un significado diverso. Viceversa, a igualdad de significados pueden corresponder eventos físicos diversos. El mundo de la conducta humana es un mundo de significados. En otras palabras, el mundo de la conducta humana es el mundo cuyo instrumento de indagación es la interpretación de los significados. La interpretación se aplica precisamente para indicar el significado que algunas personas quieren dar a alguna cosa. El vehículo de los significados, es decir el medio con el que los significados se revelan, es el lenguaje. Éste implica un elemento convencional, porque podemos adoptar, al menos en teoría y dentro de ciertos límites, determinadas convenciones relativas al uso de los términos destinados a revelar los significados. En realidad, tales convenciones resultan inútiles o incluso perjudiciales cuando existen ya términos adoptados en el lenguaje ordinario, para designar algunos significados. En otros casos una teoría de los significados que prescindiera del lenguaje ordinario es engañosa, ya que impide utilizar ese vehículo natural de los significados que es el lenguaje ordinario, o sea, nos impide registrar todos los significados que lleva el lenguaje ordinario mediante el uso de ciertos términos a los cuales atribuimos, por convención, un uso distinto. La consideración del significado y la atención al lenguaje ordinario tienen especial importancia también en nuestra disciplina. La palabra «derecho» pertenece al lenguaje ordinario y a la misma corresponden significados que están en relación con determinados eventos físicos, en particular con determinadas conductas de los individuos. Una teoría del derecho que se proponga responder a las preguntas a las que no responden los juristas dogmáticos debe tomar en consideración el significado de la palabra derecho, aunque esto no le impide proponer eventualmente usos convencionales del término derecho para fines particulares que aquí no es el caso analizar. Una teoría del derecho que se presentara como totalmente al margen del lenguaje ordinario tendría en realidad un sentido equívoco.

2. La reclamación

1. Los comportamientos jurídicos implican las reclamaciones, y éstas las previsiones

El mundo del derecho, tal como se entiende en el lenguaje ordinario, se nos presenta ante todo como un mundo de reclamaciones. La reclamación es un hecho psicológico y, como tal, un dato de la indagación empírica. Sin embargo, la reclamación no es tan sólo un hecho psicológico, sino que puede analizarse bajo la óptica de la lógica y de la crítica del conocimiento. Reclamación es la de las partes en vista de la ejecución de un contrato; la de quien ha recibido un perjuicio injusto y desea ser resarcido; la de un juez que dicta la sentencia, de una autoridad que da una orden, etc. En la reclamación está implícita la voluntad, por parte de quien reclama, de poner o imponer una línea de conducta a otros: la idea de la reclamación se halla, pues, implícita en la idea de derecho positivo, es decir, «puesto» o «impuesto» por unos a otros o, en el caso límite, por todos a todos. La presencia de las reclamaciones en el derecho es advertida por el lenguaje común; en todas las lenguas europeas, antiguas y modernas, se usa el término «positivo» referido al derecho. La reclamación implica un acto de voluntad; de ahí que no sea sólo una actitud teórica. En la propia función de juzgar está implícito que la decisión se haga observar. En las sociedades desarrolladas semejante reclamación se hace valer por toda una organización por la que el juicio se convierte, como suele decirse, en ejecutivo. En este sentido también el juicio que debía poner fin al contraste entre dos reclamaciones opuestas se convierte a su vez en una reclamación, si bien concluye determinados conflictos de reclamaciones. Es un «puesto», y por tanto no tiene el significado de una conclusión científica. Éste es uno de los aspectos más característicos del mundo jurídico. Otro aspecto igualmente importante, que acaso impresionaba más que cualquier otro a los antiguos griegos, es el siguiente: en el mundo jurídico nuestras afirmaciones, incluso aquellas que no implican tomas de posición psicológicas, tienen la característica de no ser

justificables, o al menos de no serlo completamente, por un razonamiento objetivo, es decir, aprobable por todos. Característica del *positum* es hacer valer determinadas conclusiones allí donde es imposible anteponer estas conclusiones por razonamientos científicos realmente demostrativos. Esto aparece por ejemplo en los procedimientos de los jurisconsultos romanos, los cuales, como es sabido, se basaban en la autoridad de otros jurisconsultos o, incluso, sobre la propia. *Positum*, por tanto, es aquella línea de conducta que se sigue cuando no se puede hacer preceder la conclusión por una prueba de carácter empírico o por un razonamiento de tipo matemático. Es un conjunto de conclusiones que valen en tanto hay alguien que las hace valer. A pesar de esta deficiencia de objetividad científica, el *positum* permite a las sociedades organizarse. Las instituciones vienen al mundo y se mantienen en él bajo la enseña de la autoridad, ya sea la de un legislador legendario o la de los antepasados o la del supuesto mandato divino, etc. El *positum* constituye la alternativa inevitable en todos los casos en que la necesidad o la oportunidad de adoptar una línea de conducta no son objetivamente demostrables. Por otro lado, el *positum* parece ser una alternativa incluso incompatible con la demostración objetiva. No tiene mucho sentido pretender que una persona adopte una cierta línea de conducta cuando ésta le es desaconsejada por un razonamiento objetivo o cuando, por otra parte, el razonamiento objetivo no se le sugiere.

Además, la reclamación, y el *positum* que de ella depende, implican ya sea la posibilidad de una línea de conducta que es objeto de la reclamación, ya sea la no necesidad de esa línea de conducta: no tiene sentido pretender que una persona adopte una línea de conducta que el autor de la reclamación considera imposible o inevitable. Que una persona camine sobre la cabeza no puede ser objeto de reclamación. Por otro lado, tampoco es objeto de reclamación que una persona respire, puesto que no puede menos de respirar. Así pues, objeto de reclamación no pueden ser todos los comportamientos posibles, sino sólo algunos, y la referencia al contenido de la reclamación es inevitable para comprenderla. Hay que notar que la reclamación se refiere a comportamientos previstos por un lado como posibles y por otro como no necesarios. La reclamación, pues, implica siempre determinadas previsiones de comportamientos considerados elementos de una serie: sabemos que cierto comportamiento será posible y que, por otra parte, no será necesario. Además tenemos interés en que este comportamiento sea adoptado por otros y, por tanto, añadimos a nuestra previsión una reclamación. Los comportamientos humanos son en su mayoría objeto de reclamación precisamente en cuanto implican esa

doble previsión. Los acontecimientos físicos, en cambio, en cuanto considerados como necesarios, no son objeto de reclamación.

Ya hemos visto que la reclamación implica determinadas previsiones. Pero no se agota completamente en esas previsiones, si bien no es fácil precisar ese determinado elemento por el que la reclamación no puede identificarse con la previsión. En todo caso, la posibilidad de identificar reclamación y previsión es mayor de cuanto pueda parecer a primera vista. Lo que parece residual en la reclamación, además de las previsiones que implica y de las que hemos hablado, es la «voluntad» del autor de la reclamación de que otro adopte el comportamiento objeto de la misma. Esta voluntad, por lo demás, puede analizarse a su vez en términos de previsiones: es decir, por ejemplo, el autor de la reclamación prevé que, en caso de que el comportamiento objeto de la misma no sea adoptado por la persona a ello destinada, será posible obligarla a adoptar ese comportamiento. Esta constricción podrán efectuarla otras personas en concurso o no con el autor de la reclamación, y por tanto este último, en cuanto pretende que otra persona adopte un cierto comportamiento, efectuará toda una serie de previsiones relativas no sólo a la posibilidad de que la persona adopte el comportamiento querido, sino también a la posibilidad de que otras personas adopten, cuando sea el caso, los comportamientos idóneos para obligar a esa persona a ese comportamiento.

Así pues, toda reclamación puede descomponerse en varias reclamaciones, en cada una de las cuales tienen parte esencial determinadas previsiones. Por ejemplo, Fulano reclama que su deudor le pague: objeto de esta reclamación es un determinado comportamiento del deudor, considerado como posible, pero no necesario; pero en caso de que Fulano piense obligar al pago al deudor, reclamará, y por tanto preverá, que otras personas intervengan, es decir, adopten los comportamientos idóneos para forzar al deudor a realizar el pago. Esto basta para reconocer, entre el *positum* y las previsiones científicas, una parentela mucho más estrecha de lo que parecería y de lo que no quieren admitir quienes contraponen rígidamente el mundo del derecho al mundo de la ciencia natural. No existe, pues, un abismo entre el mundo jurídico como mundo de reclamaciones y el mundo de la ciencia natural como mundo de datos previsibles, en cuanto que el contenido del *positum* es en realidad el contenido de una previsión, es decir, se liga con previsiones que se refieren al mundo efectivo.

Sin duda alguna, la reclamación, entendida como lo que aparece en el *positum*, presenta características distintas de las previsiones del hombre de

ciencia, en cuanto que la previsión científica no implica la idea de una intervención del actor con su voluntad y su acción, para producir el acontecimiento previsto incluso en conflicto con la voluntad de otro. Sin embargo, no debemos olvidar que existen previsiones científicas que implican una intervención. El hecho mismo de que la observación se produzca con instrumentos fabricados por el hombre influye sobre las observaciones: incluso en la observación pura, cuyo caso típico nos lo ofrece la astronomía, tenemos, aunque sea en estado rudimentario, una forma de intervención que en cierto modo condiciona la previsión. También hay casos en la ciencia en los que la intervención es más evidente, por ejemplo los casos de la producción sintética de una sustancia química. De este modo, además de las previsiones astronómicas, puede haber otras no sólo estrechamente ligadas a una intervención, sino también condicionadas a la misma. En este caso la previsión está inseparablemente ligada a la intervención. Conviene notar esto porque la diferencia entre la previsión, que es característica de algunas ciencias experimentales, y la reclamación en el campo jurídico, entendida como intervención, se atenúa fuertemente si tomamos en consideración ciencias experimentales que no son de pura observación.

Se interviene para producir el fenómeno que hay que prever y se produce este fenómeno porque se prevé que, interviniendo, el fenómeno se verifica.

2. La previsión en la ciencia y en el derecho

Así pues, la relación «previsión-intervención» no se entiende sin más como una característica discriminante de la previsión que constituye la base de la reclamación. Hay que ver hasta qué punto podemos considerar independiente la reclamación entendida como previsión con intervención, respecto a la previsión con intervención en el campo puramente científico. Existe sin duda una diferencia, por lo menos en este sentido: en el mundo humano nuestra intervención se desarrolla siempre en el sentido de determinar el comportamiento de otras personas de un modo no físico, es decir, de un modo no comparable a aquel en que se interviene en el mundo físico (véase la reclamación del acreedor que se refiere ante todo a la voluntad de pagar del deudor). No hay que olvidar que las reclamaciones implican ante todo previsiones relativas a comportamientos de personas y no a fenómenos físicos puros. Naturalmente, el comportamiento de las personas tiene también una dimensión física, es decir, se traduce en fenómeno físico (el guardia que detiene

al ladrón le pone las manos encima); en todo caso, la diferencia fundamental entre una reclamación jurídica y cualquier otro tipo de intervención en el ámbito de las previsiones científicas es que en el campo de la reclamación se implica nuestra posibilidad de influir sobre las decisiones de la persona o personas cuyo comportamiento es objeto de nuestra reclamación, mientras que el científico no cuenta nunca con este tipo de decisiones para que se realice cierto tipo de evento físico. Llegamos así a la diferencia sustancial entre intervenciones en el mundo humano y en el mundo natural. Esta distinción puede criticarse porque, por una parte, cuando queremos obtener modificaciones en el mundo físico, contamos a menudo también con la colaboración de otras personas, y por otra, cuando en el mundo humano invocamos o amenazamos, o en todo caso tratamos de obtener con algún medio persuasivo la colaboración de otras personas, en realidad aspiramos muchas veces a determinar, en definitiva, acontecimientos físicos.

Repitamos, pues, que la reclamación, no menos que la expectativa del científico, está ligada a determinadas previsiones; además, la reclamación, como el comportamiento del científico, vincula a un esquema previsivo la posibilidad de determinadas intervenciones por parte de quien formula la previsión. Existe, sin embargo, una diferencia importante entre ambos tipos de intervención: en efecto, mientras que las intervenciones del científico se dirigen a la modificación del dato sensorial, las de quien ejerce una reclamación tienden a modificar la voluntad, la elección, de otras personas. Por otra parte, esto no nos lleva aún a considerar la reclamación como algo distinto de la previsión, ya que, incluso cuando intentamos intervenir en el mundo humano, hacemos previsiones.

3. Los comportamientos jurídicos como comportamientos probables

No hay duda de que el comportamiento que consideramos debido, y que por tanto es objeto de reclamación por parte de determinadas personas, es el que prevemos como el más probable. Es éste otro vínculo entre el momento físico y el momento de las reclamaciones. Rosmini decía que el derecho nunca resplandece tanto como cuando es violado. Y, en efecto, cuando se constata la que, en cierto ámbito, se considera injusticia, inmediatamente hay una reacción que revela nuestra reclamación mucho mejor que lo que haría la mera observancia del derecho. En otras palabras, nos percatamos de nuestras reclamaciones sobre todo cuando no son satisfechas; cuando las cosas funcionan, no nos percatamos de que existen; por tanto, en cierto sentido, podemos afirmar que las acciones debidas son aquellas que consideramos más probables que las

no debidas. Naturalmente, los grados de probabilidad de una acción debida pueden variar. Por ejemplo, considero más probable el robo de algo en Italia que en Holanda. Pero considero mucho más probable que el robo no se produzca que el que se produzca. Pensemos en la regla fundamental de todos los sumarios: no se presume culpable una persona mientras no se den pruebas: *quisque presumatur bonus, donec probetur malus*.

El punto de partida es que quien acusa debe probar que su acusación tiene base. Si la acusación no se prueba, aunque el acusado no haya hecho nada para desmentirla, el juez debe absolverlo. Es decir, tenemos una presunción de inocencia mucho más fuerte que la de culpabilidad. En otros términos, consideramos más probable que las personas se comporten en el sentido que nosotros consideramos obligado más bien que en el sentido que consideramos no obligado, o incluso prohibido. Esto arroja una luz interesante sobre la reclamación. Es decir, reclamamos el comportamiento que nos parece más probable en un determinado ámbito histórico.

Efectivamente, si consideramos el lenguaje en todas las lenguas europeas (eslavos, germánicos, latinos), el verbo *deber*, en sus varias formas, expresa dos cosas:

1) la reclamación; 2) la fuerte probabilidad de algo.

Es ésta una nueva prueba de que en la actitud psicológica de las personas, por lo menos en las lenguas indoeuropeas (en el latín y en el griego hay afinidad sólo entre el parecer probable y el querer, *dokeo* y *videri*), junto a un significado del verbo deber que expresa una *reclamación*, es decir, un significado del verbo deber que expresa la *fuerte probabilidad* de que se observe el deber. Lazo irrompible, aquí, entre esquema previsto e intervención en el campo de la reclamación, aunque esta intervención se distingue de la del científico que se produce sobre el dato sensorial.

El hecho de que en los lenguajes indo-europeos la reclamación se manifieste mediante el uso del verbo deber, que se emplea también para expresar los juicios de la probabilidad, podría acaso llevarnos a decir que la reclamación se puede resolver en un juicio de fuerte probabilidad sobre el comportamiento de alguien. Esto parece confirmarlo la mencionada norma de procedimiento penal de todos los países: *quisque presumatur bonus, donec probetur malus*. Es decir, salvo prueba contraria, el comportamiento de las personas se presume conforme a nuestras reclamaciones, y ésta es, en otras palabras, la presunción de «inocencia» de las personas, por la que la persona no debe disculparse mientras no sea acusada. Cuando se dice *onus probandi incumbit ei qui dicit*, bajo forma de regla

procesal se da a entender que lo que se pretende de una persona es su comportamiento más probable.

La teoría de la probabilidad (el cálculo de la probabilidad comenzó en Europa en el siglo XVII) nos ofrece a este respecto un motivo interesante. Los teóricos del cálculo de probabilidades (Pascal-Leibniz) tuvieron dificultades para definir el concepto de probabilidad y lo enunciaron de forma poco satisfactoria para los teóricos posteriores. Lo que nos interesa es que, cuando los teóricos tuvieron que definir la probabilidad, por ejemplo de la aparición de la cara o de la cruz al lanzar una moneda, o la probabilidad de que salgan las distintas caras al lanzar un dado, dijeron que toda cara de un dado tiene la probabilidad de un sexto, siempre que el dado sea perfecto. Pero ¿qué significa perfecto? Perfecto es un dado en el que todas las caras tienen la misma probabilidad de salir. Los teóricos cayeron así en una tautología.

En el mundo humano se considera perfecto un ser que se adecua lo más posible a nuestras expectativas. Los conceptos de bueno y perfecto son en realidad tipos ideales que corresponden o deberían corresponder a nuestras *expectativas*. Pero naturalmente en la realidad no existen estos modelos ideales, existen sólo personas que se acercan más o menos a nuestras expectativas. En nuestras expectativas se oculta un juicio de fuerte probabilidad. Se podría hacer una crítica: existen comportamientos que, aun no siendo probables, se consideran debidos. Se puede responder que también en los casos en que un comportamiento obligado nos parece de difícil verificación, lo consideramos sin embargo más probable que otros comportamientos.

En efecto, hay casos excepcionales en que aparecen comportamientos que se consideran obligados (si el barco se hunde, el hombre debe dar la preferencia a las mujeres y a los niños) y en los que la excepcionalidad del comportamiento pretendido deriva de la excepcionalidad de las circunstancias, pero en el que, dadas esas circunstancias, el comportamiento objeto de reclamación no es ya excepcional, sino normal. Por ejemplo, ninguna ley pretende normalmente que, en tiempo de paz, los ciudadanos sean valientes, pero es normalmente objeto de reclamación que, en caso de guerra, los soldados (y, por tanto, los ciudadanos convertidos en soldados) lo sean. Lo sean al menos lo suficiente para no huir ante el enemigo. En realidad, los comportamientos considerados obligados son también los más probables en caso de naufragio o guerra.

Naturalmente, no se excluye que determinadas personas tengan reclamaciones relativas a comportamientos que, en un determinado ámbito histórico, son excepcionales y por tanto improbables. Este tipo de reclamaciones puede por lo

demás considerarse también excepcional, y por tanto no tal que desmienta la identificación que hemos considerado entre el comportamiento reclamado y el comportamiento más probable en un determinado ámbito histórico.

En conclusión, las reclamaciones se refieren normalmente a comportamientos que se consideran más probables en un cierto ámbito histórico.^[1]

4. La «probabilidad» relativa a los casos únicos

A este respecto deben considerarse también los juicios de probabilidad relativos a los *casos únicos*. Véase, por ejemplo, el *Treatise on Probability*, de John Maynard Keynes,^[2] examinado y criticado por Émile Borel en el *Traité du calcul des probabilités et de ses applications*.^[3]

Keynes afirma que el juicio de probabilidad puede formularse mediante *apuestas*. Supongamos que se trata de prever si fulano esta noche perderá el tren o no. Se trata de un caso único. Preguntad a la persona que debería formular un juicio de probabilidad sobre este acontecimiento cuánto estaría dispuesto a apostar por esta salida. Al hacer una apuesta, el individuo formularía un juicio de probabilidad sobre un caso único, es decir, no tendría necesidad de construir una relación matemática del tipo de la que expresa la probabilidad de un acontecimiento (por ejemplo, 50/100 o semejantes). Pero éste es un razonamiento poco convincente. Si hago una apuesta, antes de hacerla tendré alguna idea de mis posibilidades de ganarla, y para tenerla tendré que basarme en elementos del pasado y hacer extrapolaciones relativas al acontecimiento sobre el que apuesto. Por ejemplo, si una persona suele perder el tren, es probable que también lo pierda esta vez. Basándome en estos juicios, haré la apuesta correspondiente. Por tanto, también el llamado caso de las probabilidades sobre acontecimientos únicos en realidad puede reconducirse al caso de las probabilidades de acontecimientos considerados como elementos de una serie.

Es difícil decir que existen reclamaciones relativas a acontecimientos únicos, así como es difícil decir (al revés de lo que piensa Keynes) que existen juicios de probabilidad relativos a casos únicos. Normalmente consideramos los juicios de probabilidad referidos a casos repetibles y repetidos (es decir, a muchos elementos de una serie), por los que desde el pasado tratamos de extrapolar el futuro y, dado cierto número de repeticiones de un cierto caso, tratamos de echar un puente sobre los casos futuros.

En los llamados casos únicos se trata, obviamente, de expresar juicios de probabilidad con relación a una serie, aunque sea vaga o rudimentaria, de acontecimientos considerados como repetibles y repetidos. En otros términos, incluso cuando el hecho parece a primera vista único, tratamos de encuadrarlo en una serie. Sólo así podremos dar un juicio de probabilidad sobre su repetición en el futuro. En cierto sentido, es verdad que el juicio de probabilidad se refiere siempre, en la conducta humana, a casos únicos. Por ejemplo, la probabilidad de que mi deudor me pague es un caso único en su género porque se refiere a ese tal deudor en ese tal año, en esa tal situación económica, etc. Se trata de un caso único así como único es todo acontecimiento histórico.

Cuando Hitler invadió Rusia, su invasión era un caso único. Napoleón o Carlos XII o Gustavo Adolfo, que habían invadido Rusia antes que él, no disponían de los tanques del general Guderian. Pero la invasión de Hitler podría compararse, como en efecto lo fue, con la invasión de Napoleón. Sometiendo ambas invasiones a un análisis comparado se puede constatar que en el desarrollo de los acontecimientos desempeñaron un papel algunos elementos que se verificaron en ambas: los grandes espacios, el frío, el hecho de que los territorios estuvieran en gran parte despoblados por la táctica de la tierra quemada, etc. Decimos, pues, que la invasión de Napoleón fue un hecho único en la historia, porque no es idéntico a ningún otro acontecimiento precedente o sucesivo, y decimos también que la invasión de Hitler fue otro hecho único, pero podemos ya crear un conjunto del que ambos hechos son elementos. Esto es, en el fondo, lo que siempre hace el historiador, porque cuando indaga las causas hace siempre razonamientos sobre conjuntos, y como los acontecimientos tienen para él una causa específica, para encontrar esta causa aplica el principio general de *causalidad*: dado A, se sigue B; pero el historiador afirma esto porque considera A y B como elementos de una serie en la que a todos los A siguen todos los B. Por tanto, el historiador, en realidad, aunque se halle siempre ante un caso único (y aquí llevaba razón Croce cuando decía que la historia es la ciencia de lo concreto en su unicidad, en su irreductibilidad a norma, a ley), aplica en su indagación conceptos de conjunto (como batalla, conquista, revolución, etc.).

Lo que me permite hacer previsiones sobre el pago de una deuda por parte de un deudor no es la unicidad de ese tal caso, sino el hecho de que yo, en el fondo, trato de reducir este caso único a un anillo en una cadena de casos semejantes, es decir, lo pongo en relación con todos los demás vencimientos en que el deudor me ha pagado, o bien con todos los demás casos análogos en que los demás

deudores me han pagado a mí y a otros acreedores. Del mismo modo que decimos que la cara de un dado tiene una determinada probabilidad de salir (por ejemplo, un sexto), porque consideramos esa cara como la cara de un dado cualquiera construido del mismo modo, así la reclamación, a pesar de referirse en el fondo siempre a casos únicos, en realidad se refiere a casos que encuadramos en una cierta serie.

5. Reclamación incierta, legítima e ilegítima

Así pues, la reclamación puede considerarse también como basada en una previsión probable y, por tanto, dentro de ciertos límites, reducible a un juicio de probabilidad que, en realidad, se refiere a un caso único. Naturalmente, el *iter* psicológico y lógico con el que reconstruimos la serie de los casos previsibles puede ser muy complejo. Podemos estar sólo en los comienzos de la serie e intentar con sólo dos casos la reconstrucción de una serie, lo que, evidentemente, es aún muy poco. Pero si tenemos la posibilidad de alinear muchos casos parecidos, nuestro juicio de probabilidad comienza a estar más fundado. Ahora bien, en las expectativas y en las reclamaciones sucede lo mismo. Puede haber casos en los que falta la posibilidad de configurar una auténtica reclamación porque ni siquiera sabemos qué reclamar. Se podría hablar de un vacío en las reclamaciones, o también de un vacío jurídico. De hecho, las reclamaciones no siempre son claras y evidentes. La formación histórica de las reclamaciones, por ejemplo de las jurídicas, procede a menudo muy gradualmente. Esto sucede en particular con los derechos de tipo consuetudinario, de tipo judicial (como en el *case law* inglés), o del tipo elaborado por los juristas (derecho privado romano y, al menos en parte, *Juristen Recht* anterior a las codificaciones en el continente europeo). En los sistemas en que el derecho se identifica con la ley, por el contrario, la afirmación de las reclamaciones parece ser inmediata, porque parece coincidir, y formalmente coincide, con la entrada en vigor de las leyes. Pero en realidad también el proceso legislativo va precedido de una gestación con frecuencia muy larga: proyectos, discusiones, contradiscusiones, proyectos que se abandonan, que se vuelven a presentar, etc. Esta gestación puede considerarse como la fase terminal de una gradual afirmación de determinadas reclamaciones que acaban expresándose en la ley. Esto es tanto más evidente cuanto que la ley refleja, con formulaciones precisas, costumbres históricas, ya afirmadas, precedentes judiciales constantes, *communes opiniones* de juristas, etc. Naturalmente, el problema de establecer cuándo se tiene una reclamación

bien configurada es un problema de hecho, como también es un problema de hecho el de definir el campo de la reclamación, y no corresponde a una teoría general de las reclamaciones establecer dónde interviene este límite en el caso concreto. La verificación de la existencia de las reclamaciones y de su alcance es función típica del jurista.

Un problema aparte es el de la *legitimidad de la reclamación*, que constituye uno de los puntos neurálgicos de nuestra indagación. Podemos distinguir a este respecto reclamaciones consideradas como *infundadas* y reclamaciones definidas como *ilegítimas*, no tanto por ser infundadas cuanto porque son contrarias a las expectativas comunes en un determinado ámbito. La reclamación puede estar asistida por un juicio de «legitimidad» como puede no estarlo. Pero si definimos la reclamación como basada en un juicio de probabilidad de lo que sucede en un determinado ámbito, la distinción entre reclamación legítima y reclamación ilegítima podría identificarse con la distinción entre reclamaciones relativas a comportamientos probables y reclamaciones relativas a comportamientos improbables en un determinado ámbito.

La *reclamación ilegítima* se convierte en reclamación que tiene como objeto un comportamiento que es considerado menos probable, mientras que la *reclamación legítima* se convierte en la reclamación relativa a un comportamiento considerado más probable en un determinado ámbito. Por ejemplo, la reclamación del ladrón es una reclamación ilegítima, porque es la reclamación a tener algo que normalmente en un determinado ámbito no se considera como debido, o sea, porque es la reclamación de ejercer una acción que normalmente en ese determinado ámbito no se realiza.

3. *La reclamación y el poder*

1. *Poder difuso, poder concentrado y reclamación*

En la reclamación tenemos: 1) la previsión de un comportamiento considerado probable; 2) la previsión de otros comportamientos —considerados también probables— sustitutivos del comportamiento que pudiera faltar (intervención); 3) un residuo consistente en el hecho de que el sujeto de la reclamación tiene la voluntad (la intención) de provocar aquella serie de comportamientos, en caso de que los mismos no se verifiquen. Naturalmente, si se piensa intervenir, se piensa que se tiene el *poder* de hacerlo. Surgen, por tanto, el problema de saber si existen auténticas reclamaciones sin la idea del poder de ejercerlas, y el de saber en qué consiste este poder. Refiriéndonos al lenguaje ordinario, pensamos que se puede decir que no existen auténticas reclamaciones sin la idea del poder de determinar de algún modo el comportamiento reclamado. Cuando se reclama, en realidad nos dirigimos a aquel del cual se reclama, o nos dirigimos a aquellos que deberían determinar a éste a hacer algo. Cuando se reclama, se piensa que ya la simple enunciación de la reclamación actúa determinados comportamientos por parte de los otros. Presentar una reclamación es un intento de influir sobre los comportamientos ajenos y no sólo una previsión de estos comportamientos, y por tanto conlleva la idea de tener el poder de ejercer esta influencia. Llegados a este punto, habría que examinar el concepto de poder. Con harta frecuencia se piensa que el estudio del poder como posibilidad de determinar comportamientos es relevante para quien estudia la política, que en la opinión común se considera distinta del derecho. En realidad, el campo del derecho no puede ser verdaderamente distinto del campo del poder. Las razones que conducen a estas distinciones son muchas. Una de ellas, que yo comparto, es que podemos muy bien imaginar que existe un poder supremo concentrado en la sociedad en que se ejercen estas reclamaciones. Por tanto, si el derecho es reclamación, y si la reclamación es independiente de un poder concentrado en una determinada sociedad en la que se ejerza esa reclamación, evidentemente el poder no se

identifica con el derecho, y el estudio del derecho puede también prescindir del estudio del poder entendido en este sentido. La verdad es que aquí por poder no entendemos el de la autoridad constituida o el de quien manda, en determinadas sociedades, sino algo que es referido a todo individuo particular que ejerce la reclamación. En este sentido es legítimo pensar que, siempre que se tiene una reclamación, se tiene un poder (o la idea de poder), y por tanto que un estudio de la reclamación debe por fuerza conducir a un estudio del poder, ya que la idea de poder constituye la base de la idea de reclamación.

En la dogmática jurídica existen conceptos análogos, cuando se habla de «facultad»; por ejemplo, la *facultas agendi*. Las facultades del derecho están referidas a una cierta situación política en la que unos individuos se consideran dotados de facultades por una autoridad suprema (que normalmente tiene el monopolio de la fuerza física) y por tanto autorizados a obrar de una determinada manera. Este planteamiento es común entre los juristas positivistas. En realidad, la cuestión es mucho más complicada: puede decirse que la autoridad «suprema» existe en cuanto existe una situación de poder distribuido que lleva a la constitución de esta autoridad suprema. Podemos imaginar una situación en la que los individuos que ejercen determinadas reclamaciones creen tener el poder de ejercerlas y, por tanto, de determinar los comportamientos correspondientes sin referencia al hecho de que en esta sociedad exista, por ejemplo, alguien que posee el monopolio de la fuerza física. Pensemos en una asociación científica regida por un reglamento: cada miembro de esta asociación puede pensar que tiene el poder de manifestar una reclamación. El poder en este caso consistirá en la capacidad de convencer a los demás miembros a adoptar una determinada conducta que corresponda a su reclamación, a respetar un punto de vista suyo, etc. En este caso no existe centralización de un poder en el sentido en que lo entendemos cuando hablamos de monopolio de la fuerza en las sociedades políticas y no se da el gobierno como sujeto de la fuerza; existe, sin embargo, el poder de una cantidad de individuos que lo ejercen para obligar a los demás a satisfacer ciertas reclamaciones que se consideran legítimas y aceptables. Tenemos aquí un acoplamiento de la idea de poder y de reclamación que prescinde completamente de la idea de un monopolio de la fuerza, de una organización concentrada de tipo militar que es aquella en la que suele pensarse cuando se habla de poder político. Por lo demás, hoy se halla muy extendida entre los teóricos de la política la idea de que el poder es un fenómeno sumamente capilar, es decir, que el poder no es sólo de los gobiernos sino de todos los miembros de la sociedad, y que ese poder determina cabalmente las

situaciones en que los gobernantes tienen en ciertos casos el monopolio de la fuerza física. Sobre la base de esta orientación, que sin duda es conforme con la realidad empírica, es lógico que, al examinar la reclamación, se deba examinar la idea del poder implícita en la misma.

2. Posibilidad y poder

Como ya hemos notado, el campo de las reclamaciones es contiguo al de los poderes, porque quien ejerce una reclamación (o pretende ejercerla) se atribuye el poder de ejercerla, es decir, la posibilidad de provocar aquellos comportamientos que son objeto de la reclamación, ya se trate de un comportamiento principal, o de los comportamientos subsidiarios y sancionatorios. El *poder*, pues, se configura como la posibilidad de provocar aquellos determinados comportamientos. Aquí podría hacerse una distinción entre *poder* y *posibilidad*. La posibilidad en el lenguaje ordinario es siempre la aptitud de una persona para provocar un cierto efecto. El poder, en cambio, es una particular especie de posibilidad, la posibilidad de provocar determinados comportamientos, de obtener que ciertos comportamientos sean conformes a nuestro deseo. La posibilidad es un concepto más general, el poder un concepto más particular. Hay poderes, sin embargo, que se ejercen sin el deseo de determinar comportamientos. Puedo ejercer un poder de persuasión o un poder de sugestión sobre otras personas sin querer hacerlo; también en este caso, en el lenguaje ordinario se dice que tengo un poder. Por tanto, el poder es generalmente la posibilidad de determinar ciertos comportamientos.

Normalmente se habla de poder en el campo humano, aunque se usa el mismo término también con referencia al comportamiento de los animales; por ejemplo, el poder de un domador. En nuestro estudio sobre la reclamación empleamos, en todo caso, un concepto de poder que no es el del poder político en sentido estricto, como cuando se dice, por ejemplo, que fulano «ha llegado al poder» o ha conquistado el poder. Se podría objetar que si hacemos valer una reclamación en el ámbito jurídico es porque contamos con el apoyo del poder político. Pero esto no sucede siempre, porque hay poderes individuales no siempre referidos al poder político; por ejemplo, el del casero que puede convencer al inquilino a pagarle un alquiler mayor del fijado por la ley.

El estudio habitual de las sociedades jurídico-políticas —hasta tiempos recientes— ha sido únicamente o casi el jurídico-positivo de sus estructuras normativas, o, en otros términos, el estudio de una sociedad política a través del

estudio de sus instituciones jurídicas. Esto no significa que éste sea el único modo de estudiar una sociedad política. Si concentramos el estudio sobre los individuos y no sobre las estructuras normativas de una determinada sociedad, resulta evidente *la aportación de los individuos*, tanto en el ámbito de estas estructuras (o contra ellas) como, antes o después, en la formación de tales instituciones. El interés por esta aportación aparece en los estudios recientes como efecto de una filosofía más empírica y, como tal, más individualista. Bajo la influencia del hegelismo nos habíamos acostumbrado a considerar a los individuos como manifestación de individuos más grandes que podían ser las naciones; como algo secundario respecto a ese gran protagonista de la historia que podía ser el espíritu de un pueblo, de una nación, o incluso el espíritu en general. El propio marxismo nos acostumbró a la prevalencia de ciertos conceptos no individualistas; por ejemplo, la clase.

Hoy en cambio está surgiendo, de forma cada vez más interesante, la revalorización del estudio de aquellos elementos que aportan a la sociedad unos individuos aislados como tales, y por tanto la revalorización del elemento poder entendido como *poder individual*. Basta pensar en Bertrand de Jouvenel, que en su reciente libro titulado *Soberanía*, trata del poder de estos individuos particulares que determinan las sociedades en un cierto modo.^[1]

Así también en el reciente libro de Dorothy Emmet, *Function, Purpose and Power*,^[2] se destaca este particular concepto de poder individual. Es el vuelco de la vieja teoría sintetizada por Helvetius: «Son las instituciones las que hacen a los hombres y no los hombres los que hacen las instituciones.» Basta redactar una constitución y el resto es coser y cantar; tal era, *grosso modo*, la teoría de los filósofos que inspiraron a los revolucionarios franceses. Hoy esta idea se vuelve a analizar porque ha revelado muchos inconvenientes. Más allá de las instituciones se tiende a ver la iniciativa de los individuos, y descubrir esta aportación de los individuos significa revalorizar el concepto de *poder* como posibilidad propia de todo individuo particular de determinar comportamientos ajenos, aunque sea en el ámbito de ciertas estructuras formalmente definidas por un sistema de normas.

Quienes estudian la política partiendo de este concepto de poder tienen presentes las relaciones interindividuales de poder a cualquier nivel. Aparecen así también los poderes mínimos de todo ciudadano, incluidos aquellos que cualquier ciudadano tendrá siempre aunque se encuentre en el nivel más bajo de la escala social. Así, por ejemplo, Roger Henry Soltau observa que todo individuo tiene ciertos poderes «negativos», es decir, puede impedir que otros abusen de él, le inflijan daños considerados injustos, etc.^[3]

Según David Hume, ni siquiera el soberano más despótico podría gobernar sin la colaboración de una notable parte de sus súbditos. En esta concepción el poder político, entendido como poder del gobernante en sentido estricto, no es nunca un poder exclusivamente individual, sino el resultado de muchos poderes individuales que se ejercen incluso a nivel mínimo. En el propio lenguaje común, cuando se dice, por ejemplo, que una persona tiene cierto *poder* sobre otra, no se hace alusión al poder de los gobernantes, sino a una particular relación que se puede formar entre cualquier persona y cualquier otra. En otras palabras, el término *poder* se emplea también para designar relaciones entre individuos que no se consideran como gobernantes en el sentido común del término.

3. *El poder como parte residual de la reclamación más allá de la previsión*

La consideración del poder como algo que se refiere a todo individuo nos permite dar un fundamento al fenómeno clave del mundo jurídico, es decir la reclamación. En efecto, la reclamación comporta la previsión, pero no se agota en ella. Reclamar no significa sólo prever que cierto comportamiento tendrá lugar, sino que significa también tener la posibilidad de hacer que este comportamiento se produzca y, por tanto, el poder de determinarlo directa o indirectamente. En este poder se podría apreciar lo que queda del concepto de reclamación, después de haber puesto de relieve sus aspectos previsivos. *Reclamación* significa previsión, pero también significa enunciación de la posibilidad de hacer que la previsión se realice, es decir, de intervenir para que la previsión se realice, de determinar el acontecimiento previsto. Puesto que el acontecimiento previsto no es un hecho físico sino un comportamiento humano, es correcto llamar enunciación del poder a esta implicación de la reclamación.

La reclamación implica, pues, la enunciación del poder de determinar el comportamiento reclamado. Hasta ahora hemos afrontado el dominio de lo que comúnmente suele llamarse *derecho* desde el punto de vista de la reclamación, que es el punto de vista correspondiente a la concepción histórica del derecho, según la cual el derecho es sobre todo la *facultad* de hacer algo, la *facultas agendi* o derecho en el sentido común de la palabra. «Tengo derecho a hacer esto» significa «reclamo», «tengo la posibilidad», «tengo la facultad de hacerlo».

4. *Obligación y reclamación*

A este respecto se han enunciado algunas teorías completamente distintas. Se ha dicho que el derecho no es sólo el campo de las reclamaciones, sino también el de las *obligaciones*, y que las obligaciones son la otra cara de estas reclamaciones, porque decir que reclamamos que un individuo se pliegue a nuestra reclamación equivale a decir que consideramos que este individuo está obligado a plegarse. Así pues, según estas teorías el derecho no sería sólo reclamación, sino también obligación.

No comparto esta opinión, ya que, a mi entender, cuando consideramos el mundo de las reclamaciones, en realidad subrayamos el hecho de que ciertos comportamientos objeto de reclamación se convierten en medios para que los individuos que formulan las reclamaciones puedan alcanzar ciertos fines. Por otra parte, aquellos individuos cuyo comportamiento es objeto de reclamación, y que por tanto tienen que plegarse a estas reclamaciones para permitir que los otros alcancen sus fines, no lo hacen simplemente por el gusto de plegarse a estas reclamaciones o simplemente porque sientan alguna necesidad de plegarse a ellas, sino porque muy a menudo tal es el medio que tienen a su vez para satisfacer sus reclamaciones. Esto sucede, por ejemplo, en el campo de las relaciones obligatorias y en particular en el campo de las obligaciones bilaterales. En todos estos casos existe una reciprocidad de obligaciones que es también una reciprocidad de reclamaciones. Y esta reciprocidad de reclamaciones no es un fin en sí misma, sino que está en función de ciertos fines que estos individuos se proponen. Ahora bien, si consideramos la reclamación como algo estrechamente ligado a los fines de los individuos, y consideramos además las relaciones interindividuales basadas en la reclamación como enteramente desplegadas y desplegadas en vista de los fines que estos individuos se proponen, entonces la *reclamación*, como concepto clave del dominio jurídico, adquiere un relieve muy superior al de la obligación correspondiente.

En cierto sentido, la obligación es un *medio* para alcanzar los fines de quien ejerce la reclamación, y medio indirecto para aquel que se pliega a la reclamación, porque este último, a su vez, alcanza sus fines precisamente plegándose a los fines de algún otro. Si satisfago la reclamación del proveedor de gasolina que quiere que se le pague, no lo hago simplemente para plegarme a una obligación que corresponde a esta reclamación, sino porque a mi vez tengo la reclamación de recibir la gasolina y a mi vez tengo el objetivo de hacer funcionar el motor.

Análogamente, en economía se concibe el mercado en función de las

necesidades, y por lo mismo de las exigencias de una cierta categoría de agentes económicos. Se puede explicar todo el mercado en función de las necesidades. Tengo necesidad del automóvil y lo compro. Hay, pues, alguien que me lo vende para satisfacer las necesidades que yo le satisfago a través de esta operación. Viceversa, si pensamos que el comprador de automóviles existe para el fabricante de automóviles, evidentemente desvirtuamos completamente esta relación. En realidad soy yo quien, queriendo el automóvil, permito al fabricante de automóviles trabajar y vivir. Por lo demás, la sensación de este hecho se manifiesta en la actitud del vendedor, el cual agradece al comprador. Es muy difícil, en cambio, que el comprador agradezca al vendedor. Es lógico que sea así: si no existiera el comprador no existiría tampoco el comienzo del proceso productivo y de venta. También se podría decir lo contrario, pero con menor exactitud, porque no se puede decir que primero nacen los productos y luego las necesidades correspondientes. Antes están las necesidades: toda la historia de la economía es la historia de determinadas necesidades que son satisfechas. Es cierto que las necesidades pueden provocarse, es cierto que se pueden promover necesidades que no existían: si voy a un país salvaje y hago ver a los indígenas la utilidad de un automóvil, puedo inducir a aquella gente a querer comprarlo.

Esto no significa en modo alguno que, en la operación de venta del automóvil que seguirá, esté primero el automóvil y luego la necesidad de comprarlo. Estará siempre el comprador que querrá comprarlo. Esto es todavía más evidente en el caso de las necesidades fisiológicas. La gente no va a comer al restaurante porque existen los restaurantes, sino que existen los restaurantes porque la gente tiene necesidad de comer. Anteponer la oferta a la demanda significa desfigurar el proceso económico, porque incluso en los casos en que la demanda es provocada (por ejemplo, a través de la publicidad), el mercado se manifiesta ante todo como demanda y luego como la oferta correspondiente. Si no fuera así, estaría siempre resuelto el problema de los productores, porque bastaría que produjeran, mientras que en cambio el productor está siempre en continua lucha con el mercado para no producir demasiado y al mismo tiempo producir lo suficiente para satisfacer la demanda.

Análoga perspectiva podemos aplicar al campo del derecho. No debemos concebir la obligación como un *prius*, si admitimos que la obligación normalmente concebida como objeto de reclamación es un medio para satisfacer determinadas necesidades tanto de quien ejerce la pretensión como de quien se pliega a ella. El cumplimiento de la obligación es —puede decirse— la moneda de cambio con la que a su vez quien se adapta a una cierta reclamación hace

valer la suya. Ahora bien, si nosotros concebimos la obligación como desplegada en función tanto de la reclamación directa como de la indirecta, en el fondo es mucho más digno ser considerado concepto clave del derecho el de la reclamación que el de la obligación correspondiente.

5. Norma y reclamación

Otro concepto al que llegaremos, y que muchos destacan como un *prius* en el ámbito jurídico, cabalmente en conexión con los conceptos de deber, es el de *norma*. En realidad el concepto de norma no es simplemente idéntico al concepto de deber u obligación. Podemos imaginar una norma puramente persuasiva, que no obligue a nadie a un cierto comportamiento. Pero no hay duda de que en el concepto de norma se pone un fuerte énfasis en el concepto de obligación. La norma, no obstante, expresa también muchas otras cosas, por ejemplo una especie de regla general en un sentido que nos recuerda el que tiene la regla general en un estudio científico. Se trata de la descripción de una cierta clase de hechos en una cierta manera. No vamos a analizar aquí todavía en qué consiste la norma; nos limitamos a afirmar que la norma (de la cual hablaremos explícitamente más adelante) no es para nosotros uno de los conceptos más importantes, porque podemos, en hipótesis, imaginar una serie de reclamaciones que se satisfacen sin la formulación de una verdadera norma.

Si, por otro lado, consideramos que las normas sirven para crear el marco general en el que se ejercen las reclamaciones, para exponer en forma de reglas el conjunto de los comportamientos objeto de reclamación, etc., evidentemente la norma asume una función secundaria en este proceso. Podría haber, en hipótesis, sociedades en las que se presentaran reclamaciones sin formularlas en normas fijas. Existe además una razón lingüística por la que parece preferible a toda otra la adopción de la concepción del derecho como reclamación en lugar de como obligación, o como conjunto de normas obligantes. Prescindiendo de algunas diferencias, en el uso del término *derecho* en las distintas lenguas, y en particular en las europeas, se constata que ese término se emplea típicamente en conexión con el concepto de reclamación, como cuando se dice, en italiano, por ejemplo: «Tengo derecho a hacer esto.» En el uso lingüístico común existe otra palabra en conexión con el concepto de obligación o deber: esta palabra es *moral*.

4. *La reclamación y la sociedad*

1. *La sociedad y el Estado*

Es evidente que una reclamación debe implicar por lo menos un sujeto que reclama y otro que se concibe como obligado a tener un comportamiento que es objeto de la reclamación. Por tanto, hablando de reclamación, admitimos la existencia de al menos dos individuos, uno que reclama y otro que se pliega a la reclamación; aparte del hecho de que este último puede convertirse en sujeto de reclamación respecto al primero. Mejor dicho, es precisamente esto lo que suele suceder. Este hecho nos hace considerar el mundo de la reclamación como un mundo de varios individuos, es decir, como el mundo de una sociedad de individuos. La palabra *sociedad* nos induce a pensar en algo que no se identifica, en el lenguaje común, y por lo demás tampoco en las teorías de muchos pensadores, con el Estado. Si admitimos que las reclamaciones surgen entre los individuos en el ámbito de una sociedad, atribuimos ya un cierto significado no estatal a estas reclamaciones. Digamos que, en el fondo, puede haber reclamaciones que se ejercen entre individuos sin que estos individuos pertenezcan o piensen pertenecer, o de cualquier modo pueda decirse que pertenecen, a un Estado. Es decir, el *Estado* puede ser un concepto distinto del de sociedad, puede implicar relaciones más específicas que las que suelen atribuirse a los individuos en cuanto simplemente viven en sociedad. Relaciones que se tratará de definir, pero que en cualquier caso no pueden confundirse con aquellas en que pensamos cuando hablamos genéricamente de sociedad. En efecto, muchas teorías de la sociedad y respectivamente del Estado se basan en esta distinción.

Por otra parte, el concepto de sociedad no es unívoco. Se trata de un término que no permite fácilmente una definición unívoca, porque las personas lo emplean de un modo no definido o por lo menos atribuyen habitualmente significados diversos a este término. En relación con las diversas posibilidades de definir el término sociedad, se presenta la gran cuestión del significado y de

la naturaleza de las disciplinas sociológicas, es decir, de aquellas disciplinas que deberían estudiar la sociedad, en particular la sociedad humana, y por tanto deberían de algún modo implicar y, en lo posible, definir qué se entiende por sociedad humana. Tenemos diversas interpretaciones posibles de este término, y todas ellas son relevantes para ver cómo podemos concebir las reclamaciones de los individuos que viven en sociedad.

2. Crítica de la sociedad como un sujeto en grande

Ante todo quisiéramos observar que, cuando decimos *sociedad*, no pretendemos caer en el defecto de hipostatizar la sociedad como algo existente por sí mismo, como un sujeto de acciones, de actividades autónomas, porque la adopción de este significado de la palabra sociedad nos llevaría fuera de una consideración puramente empírica.

En general puede decirse que existe la tendencia en ciertos filósofos a hablar de la sociedad como si se tratase de un ente *a se stante*, con una personalidad propia. Como si la sociedad fuera una especie de hombre en grande. Es algo así como la vieja tendencia de los clásicos del pensamiento griego, de Platón y Aristóteles, que se explica por razones religiosas, porque se vincula a la tendencia de los pueblos antiguos a mitificar sus complejos políticos, sus complejos sociales, a identificarlos con algunos dioses. En todo caso, si queremos adoptar una actitud empírica, debemos, evidentemente, rechazar este concepto de sociedad, entendida como una mente superior o como un hombre en grande, porque no corresponde a ninguna experiencia nuestra. Nosotros tenemos experiencia por ejemplo de nuestras reclamaciones, pero no tenemos experiencia alguna de las reclamaciones de este supuesto *Obermind*, como dirían los anglosajones.

3. Los distintos niveles de abstracción

Algunos han intentado replicar a este argumento observando que, en el fondo, también el concepto que estos críticos contraponen al de sociedad, el de individuo singular, sería un concepto abstracto. Tal cuestión nos llevaría lejos; nos limitaremos a mencionarla. Conviene aclarar previamente el carácter abstracto del concepto de individuo y en general sobre el carácter abstracto de los conceptos. Es claro que se pueden hacer mil abstracciones de distinta

naturaleza y que, en cierto sentido, cualquier concepto implica cierta abstracción. Si digo «pan» se trata de un concepto abstracto. Pero, si emprendemos este camino, no lograremos ni siquiera saber qué es un concepto. En realidad, si empezamos considerando abstractos ciertos términos, no se ve por qué no puedan considerarse abstractos otros términos.

El hombre en general puede ser un concepto abstracto, pero también Sócrates, el hombre Sócrates, puede ser a su vez una abstracción. Y entonces si el hombre Sócrates es una abstracción, ¿qué corresponde en concreto a esta abstracción?, y así sucesivamente. El problema del concepto y de lo abstracto es un problema más bien vago, y no conduce a muchos resultados; sin embargo, podemos establecer cierta distinción entre abstractos y abstractos. Por ejemplo, si digo «unicornio» enuncio un concepto que no corresponde a ninguna experiencia de animales, porque el unicornio es un animal heráldico que nunca ha existido y que nadie ha visto jamás. Pero si digo «león» me refiero a cierta serie de experiencias que han tenido y que tienen lugar. Tales experiencias, por sí mismas, no son identificables con el concepto abstracto de león, pero hacen el concepto de león menos abstracto que el de unicornio. Si el concepto de unicornio se nos presenta como el concepto de un animal existente, evidentemente diremos que no tenemos ninguna experiencia del unicornio, y que esta abstracción no nos sirve si no se nos presenta como un concepto abstracto correspondiente a una experiencia.

Análogamente, si alguien nos dice que el concepto de individuo es abstracto como el de sociedad, replicamos que el concepto de individuo es abstracto, pero no como el de sociedad, porque el concepto de individuo corresponde a una cierta serie de experiencias que tenemos ante todo con nosotros mismos y de las cuales tenemos razón de pensar que son también experimentadas por quienes consideramos nuestros semejantes, mientras que la experiencia de la sociedad como *supermente*, como hombre en grande, no la ha tenido nunca nadie (precisamente igual que la experiencia del unicornio). En otros términos, ciertas abstracciones deberían corresponder a experiencias que ni nosotros ni —por lo que sabemos— ningún otro ha tenido nunca. Por esto, el punto de vista individualista sobre el estudio de lo que llamamos sociedad es un punto de vista metodológico más basado en la experiencia que el punto de vista colectivista, según el cual los entes colectivos se contrapondrían a los individuos y tendrían una realidad propia incluso superior a la de los individuos.

Siempre que comparamos estos entes con los individuos e incluso intentamos hacer que prevalezcan sobre los individuos no debemos olvidar que estos entes

pertenecen a una categoría de abstracciones que no corresponde a experiencias comparables a las que corresponden a la abstracción «individuo». Cuando, por ejemplo, decimos «clase», «nación», «Estado» o «pueblo», evidentemente empleamos conceptos que pueden ser útiles para el lenguaje común, y también pueden ser útiles para expresar ciertas ideas y para abreviar locuciones que serían demasiado largas, pero que indudablemente no tienen el mismo valor empírico que otros conceptos que corresponden mejor a experiencias particulares.

Por ejemplo, puede ser útil decir: «Italia hizo la guerra en 1940». Pero inmediatamente sentimos la necesidad de ser más precisos y de ver quién hizo la guerra, qué quiere decir hacer la guerra, porque «Italia» es una palabra que no corresponde a ninguna experiencia de una persona, a no ser que queramos recurrir a la mitología de Italia con la corona turrita en la cabeza y con un manto tricolor. Evidentemente, ésta no es Italia, sino sólo una representación puramente holográfica. A pesar de esto, podemos decir: «Italia entró en la guerra en 1940» para designar, abreviándolos, hechos enormemente complejos: el jefe del gobierno, o sea, un hombre singular de nombre Benito Mussolini, decidió hacer la guerra, impuso este punto de vista a sus colaboradores directos, hizo firmar por otro individuo singular, Víctor Manuel III, la proclamación de la guerra, impartió aquellas órdenes formales y obtuvo aquellas adhesiones que permitieron considerar al gobierno italiano en guerra y consiguió también provocar una serie de acciones correspondientes en todos los individuos interesados, y por tanto se puede decir de forma elíptica: «Italia entró en guerra en 1940».

Sabemos, sin embargo, que en muchos casos las adhesiones no se produjeron, que hubo iniciativas insuficientes por parte de los individuos interesados, que, según el esquema formal, deberían haber tomado iniciativas y realizar acciones, y que todo ello llevó a la derrota, determinada (al menos en cierta medida) por el hecho de que mucha gente no hizo realmente la guerra ni tenía intención de hacerla, aunque, según el esquema formal, Italia estaba en guerra. Hay, pues, que distinguir varios niveles de abstracción, para evitar confundir las abstracciones que no corresponden a experiencias de ningún género con otras abstracciones que por el contrario sí corresponden a ellas.

4. El problema de la definición de la sociedad

Volviendo al término sociedad, observamos que acaso nos convendría hablar de

sociedades en plural. Existen muchas sociedades y se trata de definir qué son. Tal es la postura de Dorothy Emmet en su reciente libro ya mencionado.^[1]

Ya Aristóteles vio la importancia de los núcleos mínimos en la sociedad cuando al principio de la *Política* decía que existen dos pares que constituyen la base de todo el edificio político: el par hombre-mujer y el par amo-esclavo. Si cambiamos los términos, y en lugar de este amo-esclavo ponemos dominante-dominado o dependiente-principal (lo cual corresponde a la genuina distinción aristotélica de dominante y dominado), vemos que, en el fondo, estas relaciones se reproducen. No serán ya relaciones de esclavitud, sino relaciones de dependencia. En todo caso, según la concepción aristotélica, no se puede ni siquiera empezar a hablar de una sociedad, y mucho menos de una sociedad política, si no se toman en consideración al menos dos personas. El presupuesto de la pluralidad de los individuos distingue el campo de lo que suele llamarse política o derecho del campo de lo que suele llamarse economía. En efecto, podemos imaginar una economía de un individuo aislado, la economía llamada robinsoniana, si tenemos en cuenta que el problema económico comienza ya allí donde el individuo tiene que elegir entre varias posibilidades: al no poder disponer de todos los medios necesarios para alcanzar sus fines, tiene que renunciar a algo y por tanto hacer algunas elecciones. La economía de Robinson Crusoe en su isla era la economía de un individuo aislado, el cual tenía problemas antes incluso de la llegada de Viernes. Sólo cuando éste llegó a la isla de Robinson Crusoe se estableció entre ambos una sociedad, surgieron problemas que antes no existían. En particular, problemas que surgen cuando un individuo ejerce alguna reclamación respecto a otro individuo. Se trata de los problemas de la sociedad ligados a los problemas políticos y jurídicos. Un análisis del concepto de sociedad se presenta, pues, como necesariamente preliminar a nuestro estudio. La ya citada Emmet recuerda que hay al menos cuatro significados del término sociedad: *agregado social*, *estructura social*, *sistema social*, *campo social*.

5. El agregado social

Robert M. MacIver ha realizado un estudio sociológico, publicado en 1957, sobre el concepto de comunidad. En él describe la comunidad de un modo que también podría servir para describir el concepto de sociedad: «*every willed relationship of men to men*» (toda relación querida, deliberada, de un hombre

respecto a otro hombre, en vistas a alcanzar unos objetivos comunes). El autor aclara este concepto diciendo que la comunidad es una asociación deliberada que comporta la posibilidad o la necesidad de vivir en común con el fin de alcanzar objetivos comunes. Lo que, por tanto, caracteriza esta definición es el elemento volitivo.

Emmet objeta que esta definición conviene tal vez más a un concepto más estricto, más vinculante que el de comunidad, que sería el concepto de sociedad como se usa en el lenguaje común. El concepto de *comunidad* —dice Emmet— no implica una relación deliberada, sino una relación mucho más blanda entre las personas, es decir, un *area of common life*. En otros términos, lo que caracterizaría a la sociedad sería el carácter consciente de la vida en común de personas en vistas a alcanzar objetivos comunes. Pero estas observaciones genéricas no son satisfactorias. Se puede en cambio intentar ilustrar el concepto de sociedad recurriendo a otros conceptos, por ejemplo el de *agregado*.

Sigfried F. Nadel, antropólogo y sociólogo, autor de *Teoría de la estructura social*,^[2] describe el agregado social como un conjunto de personas que conviven y actúan de manera regulada e integrada, con cierto grado de permanencia y estabilidad. Lo que distinguiría al agregado de la sociedad voluntaria deliberada sería precisamente el hecho de que, aparte de la deliberación y la voluntad de colaborar, existe de hecho la colaboración. En otros términos, el agregado implica un cierto grado de regulación e integración, así como un cierto grado de permanencia y de estabilidad en la convivencia de determinadas personas; por tanto, una convivencia puramente ocasional como la de las personas que viajan en el mismo tren no se puede llamar agregado social porque falta este elemento de la estabilidad. Respecto a la definición de sociedad de MacIver, aquí falta la idea de la deliberación. Naturalmente, el concepto de sociedad y el de agregado se aproximan, pero el de sociedad en el sentido de MacIver implica cabalmente la idea de la deliberación, mientras que el de agregado en el sentido de Nadel implica la idea de la cooperación casi espontánea de los individuos que constituyen un agregado.

6. *El concepto de expectativa*

En el examen de los conceptos de sociedad y agregado es mérito de Emmet el haber puesto de relieve el concepto de expectativa como concepto base de la sociedad. Lo que permite considerar a los individuos como sujetos que tienen

una cierta relación, y por tanto no tanto como quienes se encuentran casualmente en la misma área, por ejemplo geográfica, es la expectativa de eventuales relaciones.^[3] Así pues, sociedad no es ante todo, como podría pensarse, un tipo de relación, un intercambio de señales y de objetos, un mercado, un trueque, sino el concepto de una situación preliminar a esa relación, porque si ciertas personas hacen juntas algo en vistas a objetivos comunes, ya sea deliberadamente o no, estas personas esperan que otras personas hagan algo.

Los historiadores de la economía describen los estadios originarios de la civilización económica en que se practicaba el trueque de una forma misteriosa y extraña: había gente que desembarcaba en cierto lugar, como los fenicios, y colocaba en la playa algunos objetos. Estos objetos se dejaban aparentemente abandonados. En realidad, abandonar aquellos objetos significaba que quienes así obraban hacían previsiones sobre el interés de la gente del lugar por estos objetos. La gente del lugar habría podido depositar en el mismo lugar otros objetos, y llevarse los que les interesaban. Esto sucedía en la fase pre-monetaria. La práctica de este tipo de intercambio exigía la solución de un problema previo: el del éxito de las expectativas que condicionaban el intercambio, que comportaba por ejemplo que los lugareños no se adueñaran de los objetos por la fuerza sin dar nada a cambio. Sobre el éxito de tales expectativas empezaba así a fundarse una sociedad entre navegantes fenicios y las poblaciones locales, y en esta sociedad tenía lugar eventualmente el intercambio.

7. La compatibilidad de las expectativas

La sociedad, pues, comienza con expectativas no sólo en sentido cronológico, sino en sentido lógico, que se refiere no sólo al establecimiento de las relaciones excepcionales entre un cierto grupo y otro, sino también al establecimiento de todas las relaciones, en cualquier momento de la vida humana. Este hecho se nos escapa en la vida organizada, porque es totalmente obvio que ni siquiera lo tomamos en consideración, sino que en realidad el intercambio es posible porque esperamos que las personas se comporten de una cierta manera. De ahí lo atinado de este primer planteamiento de Emmet: la sociedad surge en el momento en que existen expectativas, más precisamente expectativas compatibles (evidentemente, si ofrezco una cosa en venta y el supuesto comprador espera que se la regale, las expectativas no son compatibles). Es decir, se precisa una compatibilidad de los comportamientos objeto de la

expectativa para que las expectativas resulten. Sólo con ese supuesto puede hablarse de «sociedad». Considerado bajo este aspecto, el concepto de *guerra* es opuesto al de *sociedad* (no es casual que una aportación importante al examen del derecho proceda precisamente de los teóricos del estado de guerra comparado con el estado de paz; una de las obras más importantes en la filosofía del derecho moderna, la de Grocio, toma en consideración en un mismo contexto los conceptos de guerra y paz).

El estudio del estado de guerra puede sugerir consideraciones muy importantes que sirven para el estudio del estado de paz. En el estado de guerra las expectativas de los contendientes se refieren a comportamientos incompatibles: puedo esperar que el enemigo trate de eliminarme del campo, lo cual hace precaria mi coexistencia en él con el enemigo. A su vez, el enemigo puede esperar otro tanto de mí. Esta incompatibilidad recíproca en los comportamientos objeto de nuestras expectativas constituye el estado de guerra. Por el contrario, el estado social, entendido como estado de coexistencia no precaria, es decir, tendiente a la conservación de la presencia de los coexistentes en el campo, exige que los comportamientos objeto de expectativa sean recíprocamente compatibles, es decir, permitan la conservación de los coexistentes en el campo. Emmet reacciona justamente a la idea, bastante extendida entre los sociólogos, de que el concepto clave para interpretar la «sociedad» son las llamadas «*transacciones*», es decir, las relaciones de intercambio, los acuerdos, todos los comportamientos que en cierto sentido hacen posible la satisfacción de las necesidades recíprocas. Este concepto ha sido propuesto, por ejemplo, por John Dewey y también hoy lo emplean ciertos autores nuestros (la *concepción transaccional*). Emmet observa que la *transacción* (entendida como intercambio de comportamientos, de compromisos, etc.) no podría subsistir sin expectativas que se basan en *past commitments* (compromisos pasados) and *future expectations* (expectativas futuras). No podemos imaginar una *transaction* si no podemos imaginar que algo parecido ha sucedido en el pasado, y que esto autoriza (sobre la base de un proceso de inferencia del pasado al futuro, y por tanto sobre la base de la inducción) a suponer que también en el futuro se verificarán determinadas cosas. Los antiguos navegantes comerciantes del Mediterráneo colocaban sobre las costas determinados objetos, abandonándolos, para un posible cambio. Se comportaban así basándose en la experiencia de intercambios pasados e inferían que, también en el futuro, se producirían tales intercambios. En algunos casos la previsión se verificaba, en otras acaso el posible trueque se transformaba en un atraco.

Naturalmente, las previsiones pueden o no verificarse. El problema del éxito de las expectativas es en realidad un problema que se plantea y se resuelve día a día, y de cuyo planteamiento y solución dependen las *transactions*.

Otro autor, Alfred Reginald Radcliffe-Brown, habla a este respecto de *relaciones fiduciarias*, subrayando el concepto de expectativa razonable: algunas personas tienen un cierto comportamiento que permite que la *transaction* se establezca. Tal es el origen de la relación social según las interpretaciones de la sociedad política que subrayan los vínculos no necesariamente deliberados. Cuando por ejemplo Edmund Burke decía que el Estado, y en particular el Estado inglés, no era una simple asociación comercial para la venta de tabaco y otras mercancías, sino algo que involucraba también a las generaciones pasadas y a las futuras, y por tanto una especie de «sociedad de los muertos, de los vivos y de los aún no nacidos», empleaba una imagen retórica, pero con ella expresaba un hecho empíricamente constatable: al actuar en la sociedad nos basamos en expectativas que están justificadas por la experiencia del pasado y que, por tanto, afectan también a quienes nos han precedido en el tiempo, mientras que también se refieren a las personas que sucederán a las que ahora viven cuando se realicen, como a menudo sucede, en vistas no sólo de los comportamientos futuros de las personas que viven, sino también de las que aún tienen que nacer.

La famosa «*partnership not only between those who are living, but between those who are living, those who are dead, and those who are to be born*», interpretada como descripción de una realidad empírica, tiene un sentido científico. En este sentido, como observa Emmet, podemos considerar el concepto de sociedad como distinto del de clase. En efecto, hablamos de *clases* de objetos con referencia al hecho de que estos objetos poseen en común cierta característica o varias características (por ejemplo, todas las personas con el pelo rubio, todas las personas de un metro ochenta de altas). Pero el concepto de sociedad es distinto del de clase, porque no presupone sólo que estas personas tengan todas en común una cierta característica, sino que presupone que estas personas actúan una sobre otra.

8. Importancia histórica del concepto de sociedad

El concepto de sociedad es un concepto dinámico, no es puramente clasificatorio. Es un concepto que describe un *proceso* en curso entre quienes consideramos miembros de la propia sociedad. La sociedad no es sólo el conjunto de los individuos que tienen por ejemplo en común una lengua o una

cierta idea del mundo, sino el proceso que se desarrolla entre estas personas, por el que en cierto sentido lo que una piensa de otra o hace a otra condiciona lo que ésta piensa de o hace a la primera. Se trata de un proceso de condicionamiento recíproco por el que, en cierto sentido, se puede decir con Emmet que en la sociedad los individuos no son miembros de una clase, sino que son «miembros uno de otro». Existe entre ellos una relación que no es simplemente la que nosotros instituímos desde fuera cuando creamos una clase, por ejemplo el de todos los objetos de color azul, que muy bien pueden no tener ninguna relación entre ellos. El concepto de sociedad describe una relación entre los miembros de la clase. Se llega así al concepto de *sociedad* como conjunto de individuos entre los cuales tienen lugar *transactions* permanentes sobre la base de una cierta situación que hace posibles expectativas recíprocas.

También para Emmet, además del concepto de *agregado* (útil para entender qué queremos decir cuando hablamos de sociedad), conviene destacar el hecho de que los individuos que pertenecen al agregado viven en sociedad en cuanto ejercen entre ellos influencias recíprocas, es decir, uno influye sobre otro en el sentido de que determina la conducta del otro.

Para que exista sociedad no basta la acción regulada, no bastan la permanencia y la estabilidad, sino que se precisa también la determinación recíproca. Pero esta influencia no debe entenderse como una influencia *una tantum*, es decir, puramente limitada a las acciones de los individuos que se realizan en un determinado momento histórico; debe verse en el tiempo, es decir, también en relación con los individuos que han pertenecido a este agregado social en épocas pretéritas y a los individuos que pertenecerán a tal agregado social en épocas futuras. El hecho de que los individuos influyan recíprocamente sobre su conducta no basta para definir lo que estos individuos hacen, ni la situación en que se encuentran cuando pertenecen al mismo agregado social. Los tratos, los contratos y las obligaciones que asumen (aquí entramos en el campo jurídico) en realidad se basan en una situación que es anterior a las estipulaciones, a los compromisos asumidos o a asumir, y que se remonta incluso a épocas anteriores a aquellas en que tienen lugar estos tratos y estos compromisos, a épocas que son aquellas en que vivieron los antecesores de estas personas y que preconstituyeron un sistema de vida sobre el que estas personas luego asumen sus compromisos.

En otros términos, la perspectiva histórica no puede faltar en el examen de un agregado social. Por otra parte, no se podría comprender el significado de lo que los hombres hacen en este momento en un agregado social, por tanto las

estipulaciones que contraen, sus compromisos, sus posiciones negociales (en una palabra, todo aquello que los anglosajones llaman *transactions*), si no se hiciera también referencia al futuro. Como ya hemos indicado, muchos comportamientos actuales los realizan las personas en vistas al futuro, entre otras cosas en consideración a otras personas, por ejemplo los hijos de estas personas. Por tanto, existe una comunidad en el tiempo, *una dimensión temporal, una perspectiva histórica*, que hay que tener en cuenta en los agregados sociales, que son algo que fluye en el tiempo.

La citada Emmet, refiriéndose a otros sociólogos, dice que los individuos de una sociedad pueden considerarse miembros uno de otro en el sentido de que existe interpenetración no sólo entre individuos que se enfrentan directamente, sino también entre individuos muy lejanos en el tiempo y en el espacio, y sin embargo pertenecientes a aquella sociedad en cuanto existe un vínculo, aunque sea lejano, entre ellos. El concepto de agregado social y el de sociedad no son idénticos, pues, al de grupo del tipo *face-to-face* (como dicen los sociólogos americanos).^[4]

También algunos filósofos del pasado demostraron la importancia de las expectativas en el análisis de las sociedades políticas y jurídicas. Por ejemplo, cuando los iusnaturalistas descubrieron entre las normas fundamentales de la vida jurídica el principio *pacta sunt servanda* subrayaron precisamente el valor de las *expectations*; en efecto, nosotros no estipulamos un pacto si no podemos contar razonablemente con la observancia del mismo. Naturalmente, el hecho de que en las sociedades, entendidas como agregados sociales vistos a través del tiempo, existan estas expectativas llama nuestra atención sobre la actitud mental de las personas que pertenecen a los agregados: actitud que consiste en sentirse parte del propio agregado, en sentirse por tanto vinculadas a un cierto comportamiento y autorizadas a pretender que los otros se atengan a un determinado comportamiento. Este análisis del concepto de sociedad amplía el horizonte del estudio de la reclamación y nos permite decir que ésta, en lo que contiene de expectativa, constituye la base de un agregado social. Sin las expectativas no existe la posibilidad de pensar el agregado como tal: los individuos no se sentirían parte de ese agregado, porque no se sentirían obligados a un determinado comportamiento ni se sentirían autorizados a pretender comportamientos análogos por parte de los demás. Si queremos profundizar en estos conceptos, nos hallamos frente a otros conceptos.

La *estructura* puede entenderse como el *conjunto de regularidades en la red de las relaciones sociales*. Dice Emmet a este respecto: *an arrangement of*

persons in institutionally controlled or defined relationships (un acuerdo de personas en relaciones institucionalmente controladas o definidas); como en el caso de soberano y súbdito, mujer y marido, etc. Así pues, la estructura se basa en el concepto de *regularidad*. En otros términos, junto a relaciones fluidas y ocasionales, existen relaciones que acaecen según algunas reglas y que tienen la precisión de las mismas, su definición y corrección. Los griegos habrían llamado *tesmoi* a tales relaciones. El matrimonio era un *tesmos* y ciertas relaciones en agricultura eran *tesmoi* (tal vocablo aparece ya en los poemas homéricos).^[5]

9. La estructura social y el sistema social

El *sistema* es un concepto todavía más complejo: es el *conjunto de las estructuras*. Tenemos muchos *tesmoi* (las relaciones entre padre e hijo, la relación amo y esclavo, cualquier otra relación de carácter estable que podamos imaginar). Si tomamos en consideración el conjunto de estas estructuras en un cierto agregado, podemos hablar de sistema. Así pues, el sistema sería el conjunto de las estructuras, es decir, el conjunto de relaciones estables entre individuos. El concepto de sistema pone de relieve las interconexiones entre las distintas estructuras.

En este punto surge el concepto muy interesante de *rol* o *papel* y de *parte*: las personas que entran en determinadas relaciones recurrentes, precisas, determinadas, con otras personas, «representan» una parte o un papel. Cuando hablamos de *parte* evidenciamos la participación de estas personas en la estructura, y no las características de estas personas como individuos. Por ejemplo, decimos: «Ve a denunciar el robo al capitán de la Guardia Civil.» En este caso no nos interesa cómo se llama el capitán, o si está casado, sino que sea el capitán. Es decir, tomamos en consideración ciertas personas no por sí mismas, sino por su papel. En otros términos, el concepto sociológico de parte o papel es análogo a aquellos papeles en una comedia que no están enteramente escritos y cuyos detalles se dejan a los intérpretes. En la comedia del arte italiana tenemos el marido celoso, el padre que no quiere que su hija se case, etc.; se trata de papeles que tienen un significado genérico y pueden interpretarse de distintas maneras, porque quien los representa puede concederse un capricho en los detalles de la representación de estos papeles.

Naturalmente, en los países en que existen reglamentaciones muy precisas, por ejemplo en los países de derecho escrito como el nuestro, se puede decir que

la «comedia» está casi enteramente escrita; por el contrario, en los países en que se deja gran parte al derecho consuetudinario (por ejemplo, en las sociedades primitivas) cada uno representa su parte según una trama que, aun no estando escrita, tiene un cierto grado de precisión. No es seguro que en todos los agregados existan estructuras determinadas, como por otra parte no siempre las estructuras son siempre armonizables en un sistema (es decir, no puede decirse que cuando hay estructuras haya también un sistema de estructuras claramente precisado). Estos conceptos son más bien fluidos. El interés de una categorización de este tipo es cabalmente éste: no se trata nunca de conceptos demasiado precisos desde el momento en que dependen de la experiencia histórica, y por tanto no pueden ni deben serlo (*omnis definitio in jure periculosa*). La experiencia histórica nos ofrece ejemplos de *estructuras* y de *agregados sin estructuras*, con pocas *estructuras*, con muchas *estructuras*, así como nos ofrece un muestrario sumamente variado de temas de estructuras y por tanto de partes, de papeles, etc. Sin embargo, estos conceptos, aun en su indefinición, nos sirven para estudiar lo que ocurre cuando las personas viven juntas y hacen algo juntas (es decir, qué sucede cuando se habla de derecho y sociedad jurídica).

Es claro que también existen estructuras, sistemas y papeles minuciosamente definidos (por ejemplo, papeles enteramente escritos). Estos casos ponen de relieve la que MacIver considera la característica de la comunidad, es decir, el conjunto de relaciones queridas, deliberadas, calculadas. En tales casos tenemos los ordenamientos y las instituciones jurídicas de las sociedades contemporáneas (por ejemplo, una deliberación asamblearia en una sociedad anónima es un tipo de *transactio* muy preciso, con expectativas muy precisas, en un sistema de estructuras muy preciso). Pero esto no significa que estos ordenamientos de las sociedades contemporáneas deban considerarse independientes; en realidad, se insertan en un marco más general donde existe el agregado como conjunto de relaciones también ocasionales, donde existen relaciones que no son tan precisas, tan calculadas, tan queridas entre los individuos.

Al concepto de *parte* o *papel* acompaña el concepto de *estatus*. El estatus es el conjunto de atribuciones que pensamos pertenecen a ciertos individuos para el desarrollo de su papel. Un individuo que juega un *papel* debe tener un *estatus*, es decir, un conjunto de perspectivas y derechos, y por tanto la capacidad de alegar un conjunto de reclamaciones, porque sólo de ese modo puede desempeñar su papel en la estructura (como explica Emmet). No es fácil decir hasta qué punto el concepto de estructura entendido en el sentido mencionado se identifica con el

de institución: así Talcott Parsons, en su *Social System*^[6] acepta el concepto de institución como formado por una pluralidad de roles independientes, por ejemplo la institución jurídica de la propiedad. Entiendo que se trata más bien de una estructura. En todo caso, no hay mucha diferencia entre el concepto de institución y el de estructura como lo hemos definido. Se trata, naturalmente, de esquemas, y por tanto, como ocurre con todos los esquemas, de algo artificial con lo que tratamos de comprender lo que efectivamente sucede.

10. *El campo social*

Debemos ahora hablar de *campo social*. El campo, como lo conciben algunos sociólogos y especialmente algunos antropólogos modernos, por ejemplo Meyer Fortes o Edward Evans-Pritchard, es un concepto que se centra en el individuo que pertenece al agregado. Hasta ahora hemos hablado de estructuras, sistemas y agregados como de algo que se presenta a nosotros como una especie de objeto; en cambio, al hablar de campo, los sociólogos contemporáneos *se refieren a los individuos que pertenecen a un agregado*. Lo que interesa en esta perspectiva es el individuo como sujeto de ciertas actitudes que le ligan en ciertos aspectos a otros individuos. Estos vínculos crean un campo de relaciones entre estos individuos que no excluye sin embargo la creación de otros campos de relación entre los mismos individuos y otros individuos, o entre los mismos individuos en otros aspectos. Por ejemplo, se puede crear un campo de relaciones entre los individuos en un plano religioso (los individuos que sienten del mismo modo ciertas creencias religiosas). O bien se puede crear un campo de relaciones en el ámbito de la actitud política, etc.

Estos campos se pueden cruzar entre ellos y se pueden también crear conflictos entre estos varios tipos de actitudes, que sirven para explicar —dentro de ciertos límites— los estados de tensión de un agregado. En estas relaciones surgen ciertas actitudes de los individuos en la construcción de estos campos: las *fidelidades (loyalties) a ciertas relaciones con otros individuos*. Pero pueden darse conflictos entre estas *loyalties*; por ejemplo, un individuo fiel a una determinada religión pertenece a un Estado en el que prevalecen actitudes distintas de las de su sentimiento religioso. Surge, pues, un conflicto entre *loyalties* diferentes, esto es, la fidelidad a un credo religioso y la fidelidad a una situación política. Las estructuras no son en este caso algo subjetivo, sino que se ven en función de las actitudes de los individuos, es decir, se convierten en

constelaciones de actitudes individuales.

La diferencia entre *estructuras*, por un lado, y *campos*, por otro, no es grande. Pero cuando se habla de estructura se olvida con frecuencia que, en definitiva, las estructuras no son cosas, sino relaciones psicológicas. La teoría del campo demuestra precisamente el carácter psicológico de estos roles y explica sus conflictos como conflictos de *loyalties*, de actitudes psicológicas.

Estas teorías de la sociedad nos dan una idea del sistema de conceptos que debemos utilizar para considerar lo que sucede en la vida jurídica, en el campo que llamamos *derecho*. Existe, como sabemos, una visión del derecho como conjunto de reglas y proposiciones prescriptivas, pero estas proposiciones tienen escaso sentido si no son referidas a comportamientos, y si los comportamientos no son referidos a las actitudes psicológicas de los individuos. Estos comportamientos y actitudes no se designan en el uso ordinario como *jurídicos*, por más relevante que pueda ser su conexión con los conceptos jurídicos.

Tomemos, por ejemplo, el concepto de *institución*. Existe ciertamente más de un sentido en que se habla de instituciones jurídicas. Para algunos estudiosos, las instituciones son simplemente complejos de normas. Para otros, las instituciones se refieren más a las acciones que a las normas (teoría «institucional» del derecho). En este caso el concepto jurídico de institución es muy parecido al adoptado por los sociólogos. Cierta afinidad puede descubrirse también entre el concepto de sistema jurídico y los conceptos de *sistema social* y *agregado*. El concepto de *sistema jurídico* también puede interpretarse como concepto de un sistema de normas puras y simples (sin referencia a los comportamientos correspondientes); pero es muy difícil referirse a un sistema de normas sin tener en cuenta los comportamientos correspondientes, y por tanto algo que podríamos llamar un «sistema de comportamientos». Existe una relación entre sistema de proposiciones que deben regular ciertos comportamientos y sistema de comportamientos, lo cual es suficiente para justificar el empleo de la terminología de los sociólogos en el estudio del derecho.

5. La interpretación de la conducta humana según el concepto de *fin*

1. Objetivo y función

Prosiguiendo en nuestro examen de los conceptos sociológicos relevantes para el análisis de lo que debe entenderse por derecho, consideremos ahora el concepto de *fin* u *objetivo*. Se ha dicho con razón que existen al menos dos grandes maneras de considerar los comportamientos y las acciones humanas. Una manera consiste en considerar las relaciones entre los individuos como capaces de determinar ciertos efectos, con independencia de que estos efectos sean queridos por los individuos que son los sujetos de estas relaciones. Quienes aceptan este punto de vista en el examen de las relaciones interpersonales prefieren hablar de *funciones*. En otros términos, el concepto de función se emplea sobre todo en conexión con la idea de que ciertos resultados de la convivencia entre los individuos (ciertos efectos que se determinan) se producen sin una voluntad directa, e incluso contra la intención, de los individuos implicados. La palabra función la emplean sobre todo quienes tienden a subrayar los efectos no queridos o no queridos directa y conscientemente por los individuos en su interrelación con otros individuos.

No hay duda de que este punto de vista es lícito.

Desde el punto de vista de una investigación empírica, en cambio, es más discutible el significado que asume el término *función* cuando se conciben los individuos de una manera casi *mística* o *metafísica*, como si fueran peones en manos de un Ente Supremo, que los hace obrar según un cierto plan que no es el de los individuos. Algunas veces —mejor dicho, con frecuencia— se ha recurrido, por lo menos metafóricamente, a esta idea. Uno de los más célebres autores que adoptaron la idea de la función de los individuos, con independencia de su voluntad específica o más allá de sus fines específicos, fue Adam Smith, el creador de la ciencia económica moderna. Él partía de esta idea fundamental, según la cual los individuos se fijan determinados fines conscientes, pero estos fines no son necesariamente idénticos a los efectos que resultan de las acciones

que estos individuos realizan para alcanzar sus fines particulares.

Esta idea ya había sido enunciada, si bien de una forma un poco más burda, por Bernard de Mandeville, autor de la famosa *Fábula de las abejas, o sea los vicios privados son virtudes públicas*. Mandeville sostenía que muchas veces el comportamiento de las personas, aunque a la luz de ciertos cánones morales podría considerarse vicioso, deplorable o reprobable, sin embargo podría ser útil para otros fines. Por ejemplo, si a una mujer le gusta adornarse con pieles de armiño o con collares de perlas, de brillantes y otras joyas, puede decirse que esta mujer es una derrochona. Pero desde otro punto de vista, la existencia de semejante mujer es preciosa para el desarrollo del comercio de pieles, diamantes, perlas, etc.

En la misma idea se basa la concepción smithiana según la cual los individuos, al perseguir su interés egoísta, contribuyen en realidad a conseguir los objetivos de todos, como si fueran guiados por una *mano invisible* (*invisible hand*). Esta expresión fue con frecuencia objeto de ironía e incluso de escarnio, pero en realidad se trataba de una metáfora. Con ella, Smith fue uno de los primeros en demostrar que las interacciones e interrelaciones entre los individuos en el desarrollo de su actividad y en la consecución de sus fines conscientes pueden interpretarse no en relación con tales fines sino con los resultados que en realidad se originan.

Examinemos el fenómeno de la competencia entre distintos productores de bienes o servicios. Evidentemente, el productor de un bien tiende a conseguir una ventaja personal, y con ello tiende a eliminar del mercado, en lo posible, a sus competidores. Tal puede ser su objetivo consciente. En realidad muchas veces se establecen pactos de no competencia, situaciones de monopolio, de oligopolio, de monopolio parcial. De todos modos, en el caso de la competencia, cada uno de los competidores tiende a eliminar a los demás para poder dominar el mercado. Pero el efecto resultante, según la teoría smithiana del mercado, es el de favorecer a todos los consumidores, aunque tal efecto no sea directamente querido por ninguno de los productores competidores.

En este orden de ideas el concepto de función puede ser de gran utilidad. En efecto, se puede hablar de la *función* de la competencia. Evidentemente, los competidores no se sienten funcionarios u órganos de esta función, pues persiguen un fin propio particular. Sin embargo, podemos considerar a estas personas como si estuvieran al servicio de un fin general: el de proporcionar a los consumidores una cantidad cada vez mayor de mercancías de una calidad también cada vez mayor y a un precio cada vez menor.

2. La verificación de los fines de las acciones

Por otra parte, si es lícito este canon interpretativo de las acciones de los individuos, es igualmente posible interpretar estas acciones en relación con los fines de los individuos. Aquí, sin embargo, se perfila cierta dificultad. ¿Qué es un fin? Desde luego, no debemos hacer metafísica, buscar por ejemplo el fin del mundo. Al considerar los fines de los individuos en determinados casos, nos encontramos ante dos posibilidades. La primera es la de captar el fin con un procedimiento que no es fácilmente definible, pero que ciertamente es real: mediante la intuición interna.

Cada uno de nosotros tiene la experiencia psicológica de los propios fines, del propio fin en un momento determinado. Reflexionando sobre lo que hacemos, podemos descubrir que hacemos algo concreto, en un preciso momento, por un fin específico. No es cierto que esta indagación resulte siempre: hay casos en los que no sabemos por qué hemos hecho una cosa y decimos «no sé por qué lo he hecho», «no logro comprender por qué lo hice». Es posible que no nos acordemos, que nuestro fin no fuera muy claro; es posible que tuviéramos un fin que no habría sido el que habríamos elegido si hubiéramos considerado mejor la situación; también es posible que no nos planteáramos el problema de nuestra acción en aquel momento en términos de medios-fin y por tanto en términos de fin. Pero se dan muchos otros casos en los que tiene sentido decir «yo hice esto en vistas a un determinado fin», y tiene sentido porque nos damos cuenta, por la reflexión sobre lo que hemos hecho, de que lo hemos hecho por ese fin.

En otros términos, la verificación de los fines de las acciones, por lo que respecta a nuestros fines y nuestras acciones individuales, es una verificación que se realiza en el plano de la intuición psicológica y, como tal, es una verificación problemática, porque es evidentemente privada: no podemos llamar a los demás e invitarlos a entrar en nuestra cabeza (*comme dans un moulin*, diría Leibniz) para ver nuestros fines. Por esta razón la verificación de los fines es un procedimiento no científico, porque la característica de los procedimientos científicos es el ser accesibles a todos cuantos se atienen a determinados procedimientos, mientras que una verificación de este tipo no es accesible a todos, sino sólo al individuo particular que lo realiza.

Pero no por esto la cuestión queda resuelta; y el canon de la verificación en el plano de la intuición psicológica no debe descartarse sin más. Ante todo conviene observar que hay algún medio para hacer que los demás participen en el proceso de verificación de nuestros fines: se trata del testimonio, de la

declaración, de la comunicación a los otros de lo que es nuestro fin. Es cierto que el recurso al testimonio tropieza con muchas dificultades: con frecuencia es difícil hacer una descripción de nuestro propio fin. Además, puede ser difícil comprender semejante descripción a quien no tiene la intuición psicológica de un fin correspondiente. Las personas que no tienen las exigencias que tenemos nosotros pueden no comprender por qué hemos hecho algo aunque se lo expliquemos.

Existe también el gran problema de la sinceridad de los testimonios. Alguien decía que las palabras nos han sido dadas para ocultar nuestros pensamientos. En realidad no creo que esto sea completamente así, aun cuando muchos empleen efectivamente las palabras para ocultar sus pensamientos. A pesar de las dificultades señaladas, tanto la intuición psicológica del fin de nuestras acciones como el testimonio de esta intuición son procedimientos indudablemente útiles. Mejor dicho, y tal es la ironía de la suerte, precisamente estos procedimientos que consideramos privados constituyen la base de todos los procedimientos científicos, porque se refieren a fenómenos, y los fenómenos, antes de ser algo verificable a través de procedimientos públicos, son intuiciones psicológicas privadas.

Parece, pues, no sólo inoportuno sino también imposible prescindir de la introspección psicológica o del testimonio con el pretexto de que no se trata de procedimientos científicos. Podrá decirse que el fin, prescindiendo del carácter problemático de los procedimientos con que se verifica, es *algo* evanescente, en el sentido de que podremos imaginar que un individuo actúa de cierta manera, y que se crea que lo hace por una determinada razón, mientras que en realidad esta razón sería ilusoria descripción de la naturaleza de su acción.

Esto es así en muchos casos. Por ejemplo, el caso de una persona que actúa bajo un *impulso hipnótico*. Podemos preguntar a esta persona, la cual puede decirnos que hace algo porque quiere hacerlo, pero en realidad lo hace bajo un impulso hipnótico. Un hipnotizador le ha hecho caer en un sueño hipnótico y le ha ordenado que vaya a coger un libro en una estantería. Esta persona puede creer que actuó por un fin, pero en realidad es el fin del hipnotizador. Es difícil imaginar que el hipnotizador actúa a su vez bajo la influencia hipnótica de otro hipnotizador, y, por tanto, por lo menos en este caso, debemos admitir que hay alguien que tiene un fin muy claro, que es el hipnotizador. A no ser que planteemos el problema en términos más amplios. Podríamos imaginar que todos nosotros actuamos en un estado hipnótico y que sea una especie de Gran Hipnotizador quien nos haga creer que obramos según nuestros fines, siendo así

que obramos siguiendo las órdenes de ese Gran Hipnotizador. Una idea de este género tuvo Descartes cuando imaginó la existencia de un diablo maligno, el cual nos engaña y nos hace creer que vivimos en un universo que en realidad es completamente ilusorio.

3. *El fin como explicación de la acción*

Sin embargo, tenemos que reconocer que, si hay distintos casos en los que el fin de nuestras acciones es ilusorio, hay otros casos en los que la descripción del fin de nuestras acciones puede hacerse en términos bastante objetivos, es decir, bastante aceptables por todos. Por otra parte, hay que tener presente que, cuando se habla de fin de nuestra acción, no se tiende tanto a describir un hecho psicológico como (según observa Emmet) a describir la acción en términos de *explicación*. Cuando decimos «he hecho esto por este fin», queremos describir la dirección de nuestra acción, de la que por tanto nos mostramos conscientes o pensamos que somos conscientes. Por consiguiente, puede decirse que el fin de la acción no es tanto el objeto de una verificación psicológica en sentido estricto, como una interpretación de la acción.

Planteada la cuestión en estos términos, no se ve por qué la descripción de una acción en términos explicativos y por tanto de fin, sobre la base de lo que hacemos y vemos hacer a los demás, no sea perfectamente racional. Hay, por otra parte, algunas maneras de verificar en cierto modo objetivo, se podría decir científico, la descripción de una acción y por tanto su fin. (Es claro que si pregunto a un individuo para saber a dónde se dirige, y obtengo la respuesta de que va a la estación a coger el tren —descripción de su acción de andar en términos de fin—, puedo controlar su acción observando si efectivamente hace lo que dice. La explicación, la interpretación de su comportamiento en términos de fin, es perfectamente controlable en términos de experiencia.)

Por esta razón, la idea de fin, aparentemente claudicante o difícil de adoptar como criterio de interpretación científica de las acciones, es en realidad una idea preciosa para la interpretación, y sobre todo para la previsión del desarrollo de las acciones de los individuos. Lo que no sería de otro modo fácilmente previsible, en muchos casos se prevé precisamente a través de la adopción del concepto de fin.

Si acepto la explicación que se me da de una determinada acción en vistas de un cierto fin, puedo prever los desarrollos de esa acción. Quien me dice que se dirige a la estación a coger el tren me permite prever (si tengo razón de pensar

que su descripción ha sido sincera) lo que hará. Si en cambio me limitara a registrar su acción, sin interpretarla en términos de fin (por tanto, sin imaginar por anticipado lo que hará), debería seguirle paso a paso hasta verle subir al tren, y sólo entonces podría saber qué ha hecho. Por consiguiente, la interpretación de una acción en términos de fin es un instrumento de previsión, y como tal un instrumento científico.

4. *Causa y efecto, medio y fin*

Un conjunto de comportamientos que puede parecernos oscuro y no explicado resulta en cierto modo comprensible cuando conseguimos establecer que en el comportamiento o en la serie de comportamientos de una persona existe una correlación verificable entre su conducta, entendida como medio (o como que emplea medios), y el fin que esta persona puede perseguir. Lo cual equivale a decir que la explicación de esta conducta acaba por transformar este conjunto de comportamientos de un individuo en lo que cabalmente llamamos *acción*. Cuando decimos *acción*, en realidad queremos hablar de algo *conscientemente dirigido a un fin*. Quien cae de una ventana es víctima de un accidente sometido a la fuerza de la gravedad: no realiza una acción. Quien se tira de una ventana, en cambio, sí realiza una acción. Designando al segundo suceso como *acción*, atribuimos un significado distinto a estos dos acontecimientos. El comportamiento de uno que se tira deliberadamente de la ventana es una acción, porque efectivamente podemos descubrir en este comportamiento un cierto fin que esta persona tiende a alcanzar con el empleo de ciertos medios.

Si reconducimos los comportamientos al esquema *medio-fin*, encuadramos el comportamiento en un esquema que implica la repetitividad de algunos elementos (medios, fines), y además el hecho de que estos elementos se pueden representar juntos (quien se propone ese *fin*, adoptará ese *medio*). Se trata de un procedimiento totalmente análogo al que adoptamos cuando formulamos una explicación en términos de causa-efecto, y decimos, por ejemplo, que el bacilo de Koch es la causa de la tuberculosis.

Evidentemente, en este caso creamos un cierto esquema: efecto, tuberculosis; causa, bacilo de Koch.

Podemos, en esencia, anticipar ciertos eventos porque los hemos reducido a un esquema de eventos repetibles y ligados; y a esta reducción la llamamos *explicación*. Naturalmente, la palabra explicación puede hacernos pensar en algo más. Podríamos intentar saber, en hipótesis, por qué existe el bacilo de Koch, lo

cual, evidentemente, no sería un problema de difícil solución. Podríamos también imaginar que, sólo si supiéramos por qué existe el bacilo de Koch, habremos dado una explicación de la tuberculosis. La palabra *explicación* puede tener muchos significados, pero podemos contentarnos con darle este primer significado, sin preocuparnos de verificar las llamadas causas últimas del fenómeno.

La explicación de los comportamientos en la perspectiva de su racionalidad, es decir, de la coherencia entre fines perseguidos y medios adoptados, es sin duda una explicación en el sentido que hemos dicho, y es también explicación que puede ser fácilmente reconducida a la explicación del tipo causa-efecto, porque los fines se pueden considerar, en cierto sentido, como los efectos de las causas que la persona agente adopta como medios en vistas al fin. En otros términos, el esquema causa-efecto, en el estudio de la acción intencionada, se convierte en un esquema medio-fin (el medio es la causa del fin). La diferencia está en el hecho de que en tal caso se tiene en cuenta la consciencia, por parte de las personas de esta relación causa-efecto, y por tanto el empleo de la causa como medio para producir el efecto considerado como fin.

Naturalmente, podemos dar, en ciertos casos de la conducta humana, un tipo de explicación que es un cambio del tipo causa-efecto (es decir, no intencional, sino puramente causal). Podemos decir: fulano está loco, se comporta así porque ha sufrido un trauma psíquico, tiende siempre a manifestar su locura de este modo, tiene ciertos delirios, etc. En este caso rechazamos, en esencia, la interpretación intencional de su conducta, y en cambio decimos: *no puede menos* de obrar así porque tiene esta enfermedad psíquica.

En la explicación racionalista de la conducta de los individuos (en la interpretación de la conducta como acción) concebimos, por el contrario, a los individuos como desvinculados, en cierto sentido, de relaciones causales, por lo menos cuanto basta para que puedan adoptar ciertas causas como medios para obtener ciertos efectos. Es como si imagináramos que un individuo que está cayendo, en un cierto punto pudiera detenerse y elegir si ir a derecha o a izquierda. Obviamente, en este modo de considerar la conducta humana, no ofrecemos interpretaciones metafísicas, no tendemos a saber cuál es la explicación *última*; como no queremos saber cuál es, en definitiva, la relación misteriosa existente entre las facultades de elección de los individuos y la concatenación causal de naturaleza psicológica o psicopatológica.

5. *La cuestión de la previsión*

Debemos ahora considerar una objeción que puede dirigirse contra nuestra explicación de la conducta en la perspectiva de su intencionalidad. Si admitimos que el individuo es completamente libre de hacer o no hacer lo que está haciendo o que quiere hacer o que hará, etc., no existe posibilidad alguna de prever qué es lo que el individuo hará. Pero hemos visto que, si sabemos, creemos saber o podemos razonablemente pensar que sabemos que este individuo realiza una determinada acción para alcanzar un fin, nuestra previsión puede resultar perfectamente.

Si sé que un individuo quiere tomar el tren, puedo prever poco más o menos, especialmente si este individuo tiene prisa, el camino por donde irá. Puedo pensar que el individuo no dará una larga vuelta por la ciudad, sino que irá directamente a la estación, y por tanto qué camino tomará. Por tanto, si quiero encontrarle, puedo incluso esperarle. Se dirá que este individuo puede cambiar de idea. Pero si el esquema que adopto sigue siendo el esquema de la persona agente, puedo efectivamente prever qué hará esta persona. Por consiguiente, la crítica recae no tanto sobre el éxito del esquema en cuanto tal como sobre la posibilidad de que el esquema de interpretación de esta acción sea idéntico al esquema que la propia persona tiene de su acción y permanezca idéntico.

¿Cómo en realidad se puede prever algo? Se plantea aquí el problema filosófico de la previsión, de la extrapolación, desde lo que ha sucedido en el pasado a lo que sucederá en el futuro. Evidentemente, no puedo estar seguro de lo que sucederá en el futuro, porque no hay ningún razonamiento que me permita echar un puente entre el pasado y el futuro. Sé que todos los días el sol ha salido a una hora determinada, sé que los sabios pueden prever la salida del sol en relación con la teoría del sistema solar, pero evidentemente ninguno garantiza ni a mí ni a estos científicos que mañana el sistema solar seguirá subsistiendo tal como se ha concebido. Por lo que sabemos, el sol podría desviarse de improviso en una dirección inesperada o bien la tierra podría pararse de repente.

Podemos imaginarlo todo, porque efectivamente no hay nadie que nos haya garantizado que el sistema solar tenga que seguir funcionando mañana o dentro de dos minutos. Naturalmente, si hemos interpretado el sistema solar de una cierta manera, si hemos verificado para el pasado una serie de acontecimientos que han tenido lugar en ciertas situaciones, que se producen de un determinado modo, en un cierto orden, etc., tendemos a esperar que estos acontecimientos sigan verificándose de ese modo también en el futuro. Este carácter de la

previsión se aplica a todos cuantos hacen inducciones, todos los científicos, todos los que tratan de anticipar un acontecimiento físico, hacen previsiones, etc. En los límites en que la adopción de nuestro esquema de previsión es eficaz, nos hallamos, pues, como estudiosos de las acciones humanas, en el mismo plano que cualquier otra ciencia; y por otra parte no debemos abordar aquí el problema filosófico de la justificación de las extrapolaciones del pasado al futuro sobre la base de acontecimientos recurrentes conocidos por nosotros.

6. Límites de la interpretación teleológica

Así pues, podemos considerar con la misma legitimidad las acciones humanas desde dos puntos de vista. El primer punto de vista es el del *fin* que se proponen las personas que realizan estas acciones; el segundo punto de vista es el de los *efectos* que se producen (véase la *mano invisible* de A. Smith), independientemente de las expectativas y de los intentos de las personas que actúan, y a veces contra todo esto. La aparición de estos efectos, si se toma en consideración siempre que los mismos no corresponden a las intenciones del agente, requiere un género de explicación, y eventualmente de previsión, que no puede hacer referencia únicamente a las intenciones de los individuos particulares que actúan, sino también a la combinación de las intenciones y al juego de las operaciones dictadas por esas intenciones.

Tenemos, pues, aquí una diferencia análoga a la que podemos establecer entre el análisis de un «solitario» y el análisis de una «partida de cartas» que juegan varias personas.

Lo que cuenta en el análisis de una partida de cartas no son sólo las jugadas que cada uno de los jugadores puede hacer, sino las respuestas que provoca. La alternativa de las jugadas y de las respuestas no es enteramente dependiente de la voluntad de cada uno de los jugadores. Aun prescindiendo del elemento «casualidad», que influye en la distribución de las cartas, el encuentro de las estrategias de cada jugador no es simplemente reducible al análisis de las intenciones de todo jugador individual.

Naturalmente, no siempre es fácil establecer el esquema a adoptar. Podemos hacer, por ejemplo, consideraciones generales como la de Adam Smith, según el cual existe la posibilidad de conciliar dentro de ciertos límites las intenciones de los operadores en una economía de mercado, y por tanto alcanzar cierto equilibrio. El encuentro de la demanda y la oferta determinará un cierto precio al que se producirá el cambio y probablemente el precio no será ni el que los

vendedores empezaron pidiendo ni el que los compradores empezaron ofreciendo.

El esquema para prever qué sucederá, por ejemplo cuál será el precio, resulta muy difícil, y acaso, al nivel de los acontecimientos particulares, no existe. Pero existen *esquemas generales* (por ejemplo, los que se elaboran en economía) que no pasan sólo a través del examen de la intención del individuo operador, sino a través, puede decirse, de la comparación de estas diversas intenciones. Se trata de un método que, en cierto sentido, se refiere siempre a las intenciones, pero no sólo a las intenciones individuales.

Lo que hemos observado sirve para ilustrar los límites de la interpretación teleológica cuando no se trata de prever la acción de un operador individual (por ejemplo, Robinson Crusoe en su isla), sino de prever qué acontecimientos resultarán del *juego* de las intenciones y de las acciones de cada uno de los operadores. El simple conocimiento de las intenciones de cada uno de los operadores no será en tal caso suficiente para prever los acontecimientos resultantes. Se destaca, en este orden de ideas, el punto de vista de aquellos que tienden a prescindir de las intenciones de los individuos en la interpretación de los hechos humanos. Existe una corriente sociológica (la clásica de Comte, de Durkheim y de Pareto) en la que el examen de las intenciones para explicar los hechos humanos se considera como muy secundario y en el que se adoptan otros tipos de interpretación, y en definitiva esquemas causales o supuestamente causales.

7. La extensión de la interpretación teleológica a los grupos

Por otra parte, no siempre es necesario considerar las acciones de los individuos como competitivas respecto a las acciones de otros individuos, y por tanto dictadas por particulares estrategias. Existen acciones realizadas por varios individuos en el plano cooperativo (es decir, dictadas por intenciones análogas). El conocimiento de tales acciones nos permite prever, sobre la base de la interpretación racional o teleológica, no sólo lo que haría cada individuo considerado aisladamente, sino lo que harán todos los individuos considerados en conjunto. Las propias normas jurídicas pueden, como veremos, considerarse como eficaz instrumento de previsión de las acciones y de las conductas cooperativas de los individuos y también, al menos en parte, de la dirección en que se orientarán muchas acciones y conductas competitivas.^[1]

Siempre que podemos decir que los individuos tienen fines comunes, podemos considerarlos como pertenecientes a clases, a grupos, a conjuntos marcados precisamente por esta *similitud de sus fines* (y eventualmente también por la *similitud de sus medios*) y servirnos de este procedimiento en el uso de los esquemas racionalistas de previsión de su conducta. Un tipo de contrato, por ejemplo la compra-venta, ¿qué es sino un *esquema* relativo a un conjunto de individuos que tienen fines semejantes y se comportan de un modo análogo para alcanzar estos fines, es decir, adoptan medios semejantes para alcanzar estos fines semejantes?

Podemos pensar que todos los individuos, en cuanto se proponen apropiarse de algo que ellos no han producido pero que han producido otros, tienden a emplear algunos medios: por ejemplo, pagando un precio. Por el contrario, podemos imaginar que todos los individuos que han producido algo que no les sirve directamente a ellos como base de consumo tienden a deshacerse de ello por un precio. Todo esto se puede encuadrar perfectamente en un esquema (medio-fin) que no se aplica a los fines de un individuo tan sólo, sino también a los de una clase y de un conjunto de individuos.

8. Interpretación teleológica e instituciones jurídicas

La importancia de la interpretación intencional y teleológica de la conducta humana para *la creación de esquemas que corresponden a las instituciones jurídicas* la confirma el hecho de que en muchos casos, en los ordenamientos jurídicos, se hace expresa referencia a las intenciones de las partes, es decir, a la dirección de las partes hacia un determinado fin, la cual puede reconstruirse, con independencia de los motivos psicológicos ocasionales, a los movimientos de las propias partes. El concepto de *fin semejante* puede extenderse a varios individuos (como puede extenderse el concepto de medio semejante) hasta abrazar la totalidad de los individuos que en una determinada situación persiguen fines particulares, pero que pueden ser considerados todos semejantes. Tenemos entonces el concepto de comunidades, por ejemplo jurídicas o sociales, en sentido amplio.

Lo expuesto podría inducirnos a pensar que las normas jurídicas corresponden al terreno de las acciones meramente cooperativas; es decir, aquellas cuya combinación no genera resultados muy diversos, al menos cualitativamente, de los resultados que se tendrían si los individuos operaran aisladamente. En realidad, para el derecho es también interesante el problema del encuentro de las

conductas intencionales como generador de efectos distintos de los que corresponden a las intenciones de los diferentes individuos. Por ejemplo, dado un contrato, se hace referencia obviamente a la voluntad de más de una parte (salvo el caso anómalo del llamado contrato consigo mismo).

En efecto, en nuestro sistema jurídico se habla de la *voluntad de las partes* en el contrato y se prescriben también particulares criterios hermenéuticos para verificar la existencia de esa voluntad, interpretando un texto escrito, deduciendo esa voluntad del comportamiento de las partes tras la estipulación del contrato, etc. La expresión *voluntad de las partes*, como se emplea en nuestro sistema jurídico, no debe sin embargo inducir a engaño. En realidad, el significado de esta expresión —en el nuestro como en otros sistemas jurídicos— debe entenderse no sólo con referencia a la voluntad de la parte A como intención psicológica de la parte A, o a la voluntad de la parte B como intención psicológica de la parte B, sino también con referencia a la llamada voluntad de las partes A y B, entendida, por decirlo así, como algo autónomo respecto a las intenciones de A y B.

En otros términos, se dan casos en los que lo que las dos partes han hecho tiene un significado que en cierto modo se considera distinto de lo que eventualmente cada una de las partes quería hacer por sí misma. En estos casos se sigue hablando de intenciones de las partes y de voluntad de las partes, pero se da a esta palabra un significado que no es ya el psicológico y teleológico aplicado en la interpretación de la intención de cada una de las partes.

Supongamos por ejemplo que las partes han estipulado un contrato escrito no muy claro, que se presta mal a una interpretación evidente y unívoca, y que en un determinado momento discutan las partes la interpretación de este contrato o alguna de sus cláusulas.

La discusión tiene siempre como presupuesto, en estos casos, una por lo menos pretendida diversidad entre las intenciones de las distintas partes. Nuestro sistema jurídico, como por lo demás todos los sistemas jurídicos desarrollados, sugiere reglas de interpretación para el árbitro y para el juez, sobre cuya base se acepta, cuando es posible, la llamada voluntad de las partes, prescindiendo de las tesis opuestas de las mismas. Es posible que en este caso la interpretación del juez sea distinta de la de la parte A o de la parte B. A pesar de ello, esta interpretación, según nuestro sistema jurídico, vale como voluntad de las partes. El juez, pues, toma en consideración los efectos de cierto encuentro de acción y voluntad, considerando estos efectos como distintos de los correspondientes a las intenciones de las distintas partes.

En el terreno jurídico como en el económico, la interpretación teleológica referida únicamente a todo individuo encuentra por tanto un límite, si bien en el caso del derecho este límite no siempre se puede apreciar fácilmente, como lo demuestra el propio empleo ambiguo de los términos *interpretación* y *voluntad* de las partes que en nuestro sistema jurídico designan promiscuamente la voluntad y la interpretación de esta voluntad, como acontecimientos psicológicos reales y, además, como combinaciones de voluntades y correlativamente definiciones de estas combinaciones, que no pueden propiamente identificarse con los objetos y respectivamente los métodos de la interpretación teleológica en el sentido hasta aquí considerado.

9. *Las personas jurídicas*

Cuando varias personas se asocian para alcanzar determinados fines semejantes con medios semejantes o comunes, esta asociación puede adoptar una determinada cualificación en el ordenamiento jurídico por la que se la concibe como sujeto autónomo de derechos, con independencia de los individuos que la integran. Se habla entonces de *personas jurídicas* que en el lenguaje de los juristas se distinguen de las personas físicas cabalmente porque las personas físicas implican el concepto de individuo, mientras que las personas jurídicas implican normalmente el concepto de una pluralidad de individuos.

Desarrollando este concepto, podemos considerar algunas entidades, como la sociedad o el Estado, como asociaciones de individuos que tienen un fin o algunos fines elementales análogos o, como suele decirse, comunes. Existe, en efecto, una noción jurídica, es decir, dogmática, del Estado como persona jurídica. Este modo de considerar lo han llevado a sus consecuencias extremas quienes han pensado incluso que los individuos jamás pueden ser realmente sujetos de acción, porque se hallan inevitablemente pillados en una red de acciones cuyo sujeto sería el Estado o la sociedad.

Este problema se discute sobre todo en la doctrina del Estado, analizando el concepto de Estado. Debemos aludir aquí a esto, aunque no debemos tratarlo expresamente, porque con frecuencia en el lenguaje jurídico-dogmático se concibe el Estado como una persona jurídica y este concepto parece basarse en la idea de que el Estado como asociación de individuos que tienen un mínimo de objetivos tiene una voluntad y una personalidad propias.

De la consideración de la inevitable implicación recíproca de las acciones de las personas que tienen fines análogos y emplean medios análogos o comunes se

pasa, en tal caso, a la afirmación de la existencia de un sujeto único de estas acciones y de estos fines: el *sujeto Estado*. Se procede igualmente a propósito de las asociaciones, de las sociedades mercantiles, etc. Se dice, por ejemplo, que la *Fiat* produce el 1800 o que la *Montecatini* ha reducido el precio de los fertilizantes, como si hubiera una persona llamada Montecatini que en cierto momento decide bajar el precio de los fertilizantes.

Por supuesto que la cuestión no es tan sencilla. Bajo una única denominación muchas personas operan con fines semejantes, algunas mandan, otras obedecen, algunas toman decisiones, otras no, etc. Se discute y habrá un procedimiento para llegar a una cierta decisión por parte de las personas que mandan a todas las demás: por ejemplo, los miembros del consejo de administración. Este consejo dependerá de una asamblea; la asamblea estará compuesta, al menos teóricamente, por un gran número de accionistas, muchos de los cuales no sabrán siquiera si se toman decisiones, ni cuáles, en su nombre. El análisis de esta multitud de relaciones interindividuales constituye un problema muy complejo, pero en el lenguaje ordinario nos parece bien decir que la Montecatini ha reducido el precio de los fertilizantes.

Cuanto más ampliemos el campo de consideración a las grandes sociedades integradas por individuos que tienen en común un mínimo de fines generales, tanto más nos damos cuenta de que este mínimo se refiere a determinados aspectos esenciales de nuestra vida y, en cuanto se refiere a estos aspectos esenciales de nuestra vida, en el fondo no depende de ninguno de nosotros en particular. Pensemos en algunos aspectos de nuestra vida en común, como por ejemplo el *lenguaje*. El lenguaje, evidentemente, es algo que nosotros no podemos crear. Se puede sin duda crear lenguajes especiales (por ejemplo, un código convencional); se puede también crear un lenguaje general, como hicieron los inventores del *esperanto* o del *volapuc*. Todo esto no puede impedirnos destacar que cada uno de nosotros se encuentra, desde el momento del nacimiento, inmerso en un ambiente en el que ya existe un lenguaje, cuya aceptación por nuestra parte puede decirse mucho menos un acto de voluntad que un hecho automático.

Haciendo hincapié en el hecho de que determinadas condiciones de nuestra acción no dependen de la voluntad de los distintos individuos, se ha intentado devaluar el concepto de individuo como instrumento de indagación en las ciencias sociales y sustituirlo por conceptos de centros más o menos abstractos y ficticios, como por ejemplo la sociedad y el Estado, que según algunos teóricos serían incluso sujetos más reales y genuinos de acción. En realidad, si es cierto

que los individuos encuentran ya preconstituidas muchas condiciones de numerosas acciones suyas, también lo es que los únicos centros de imputación de las acciones como eventos psicológicos, como hechos intencionales, de los que merezca la pena hablar desde el punto de vista empírico (es decir, verificable tanto con la introspección psicológica como a través del testimonio), son precisamente los individuos.

El hecho de que los individuos tengan que actuar a la fuerza de manera condicionada independientemente de la voluntad de cada uno de ellos no debe hacernos olvidar el hecho de que son, a pesar de esto, los únicos elementos de nuestra experiencia cuando hablamos de acciones. Incluso las acciones realizadas en nombre de colectividades, asociaciones o Estados son siempre realizadas por individuos, indudablemente concebibles como elementos de nuestra experiencia (el señor tal o cual), los cuales hablarán en nombre de otros: en nombre, por ejemplo, de estas asociaciones. Por más banal que pueda parecer este punto de vista, jamás debemos olvidarlo, porque olvidarlo significa no ver con claridad los conceptos que especialmente el lenguaje jurídico nos pone delante.

El lenguaje jurídico podría considerarse como el de estas «personas» que no pertenecen a nuestra experiencia, que no se ven, no se sienten, no se tocan, con las cuales no se puede hablar y que son cabalmente las *personas jurídicas*. En realidad, las experiencias ante las cuales nos encontramos cuando estudiamos las personas jurídicas son experiencias de personas físicas y voluntades psicológicas. Cuando nos hallamos ante una decisión tomada por una persona jurídica, incluido el Estado en cuanto persona jurídica, nos encontramos siempre ante actos de voluntad de individuos concretos.

El empleo, particularmente apreciado por los juristas dogmáticos, de los conceptos de entidades colectivas como las personas jurídicas no corresponde sólo a un criterio de comodidad y brevedad para referirse a la relación, a menudo sumamente complicada, existente entre los individuos que tienen fines parecidos en un mismo momento histórico, sino que también permite prescindir de la alternancia en el tiempo de los individuos que tienen fines comunes. En otros términos, el uso de los conceptos de entidades colectivas nos permite prescindir de la historia privada de los individuos e incluso de su muerte, considerando todos los individuos con fines semejantes, en cierto sentido como intercambiables: no sólo en un mismo tiempo histórico, sino también en tiempos distintos.

Este modo de considerar tiene su expresión metafísica en la idea de la

duración de las entidades colectivas o incluso en su inmortalidad. Por ejemplo, el Colegio Ghislieri o el Colegio Borromeo pueden considerarse entidades con una duración propia en el tiempo, una duración superior a la de todos los individuos que a través de los siglos «pertenecieron» a estos colegios o los «representaron». En tal caso se quiere decir, aunque a menudo no nos demos cuenta de ello, que durante muchos siglos se ha verificado el fenómeno de individuos con fines parecidos (el de pertenecer a los colegios mencionados o representarlos), y que este fenómeno se ha verificado con independencia del hecho de que uno tras otro esos individuos hayan muerto o en todo caso hayan dejado de «formar parte» de esos colegios o de «representarlos», y hayan sido sustituidos por otros con fines semejantes. Naturalmente, esto es posible porque los individuos no se alternan todos al mismo tiempo, sino uno a uno, lo cual explica la continuidad de todas las instituciones humanas. Esta posibilidad depende de que no suceda una catástrofe inesperada que impida el recambio normal de los individuos que tienen fines análogos, como sucede con algunos insectos que nacen y mueren aproximadamente todos al mismo tiempo.

Con esto podemos concluir el tema de la *interpretación de la conducta humana según fines* e iniciar el de la interpretación de la conducta humana según otros criterios, especialmente el de la *función*.

6. *La interpretación de la conducta humana según el concepto de función*

1. *Concepto matemático y concepto biológico de función*

El interés del concepto de función depende de que, por un conjunto de razones, en muchos casos, como hemos visto, la interpretación teleológica no es suficiente. El límite principal de la interpretación puramente teleológica está formado por el hecho de que, incluso cuando los individuos actúan intencionadamente, no es fácil predecir su conducta futura y el resultado de su acción en consideración a sus intenciones, porque el resultado de sus acciones, y por tanto la conducta futura, pueden variar por la combinación de estas acciones suyas con las acciones de los demás. Existen conceptos de *función* muy precisos, por ejemplo el concepto de *función matemática*. En el concepto de función matemática se consideran distintas variables en relación entre ellas, de tal modo que, a la alteración de una de estas variables, corresponde, según un preciso esquema calculable numéricamente (expresable con una fórmula, por ejemplo una ecuación), la modificación de otra variable o de un conjunto de variables. Estas variables constituyen, pues, un sistema.

Un concepto tan preciso puede tener aplicaciones interesantes, por ejemplo en las ciencias físicas, pero no tiene una aplicación igualmente fácil en las ciencias humanas.

Sin embargo, se ha intentado aplicarlo también a estas ciencias: existe, por ejemplo, una interpretación de los *hechos económicos* basada en la idea de que conceptos y fórmulas de este tipo son aplicables al estudio de las actividades económicas. En realidad, estos intentos son a menudo más brillantes que sólidos. Existe ante todo la dificultad de encontrar las variables, es decir, de verificarlas, y por tanto de definir las nada menos que con un número, pues de otro modo no se puede hacer el cálculo; existe también la dificultad aún más grave de encontrar la ley de correlación entre estas variables que nos permita realmente decir que, al variar una, la otra lo hace de un modo calculable numéricamente.

La mayoría de las fórmulas así introducidas no permite en realidad cálculo alguno, por lo que puede decirse que las fórmulas mismas son metáforas más bien que instrumento de investigación.

Por tales razones este intento ha fracasado, y sólo ha permitido concluir que tal sería el esquema, si se pudiera calcular.^[1]

En el campo social se ha empleado y se emplea el *concepto de función* también en un sentido más genérico y menos preciso que el matemático, pero acaso más útil porque se adapta mejor al tipo de realidad ante el que nos encontramos.

Descartado el propósito de crear un sistema de variables de tipo matemático, se ha mantenido la idea de que observando la variación de un cierto elemento en el *campo* de las disciplinas sociales (por ejemplo, la economía) se puede observar la variación, por lo menos en una dirección determinada, de otros elementos, aunque la variación no pueda calcularse en términos numéricos. Por ejemplo, en igualdad de demanda, si aumenta la oferta, normalmente disminuirán los precios, y por tanto podemos poner en relación estas variables aunque no podamos calcular la magnitud de esa variación con un sistema de ecuaciones. Naturalmente, es preciso establecer si puede funcionar este esquema genérico, y cómo, y tener en cuenta, en lo posible, los llamados elementos perturbadores.

Cuando hablamos de *función* imaginamos una pluralidad de elementos que se considera como un conjunto en cuyo ámbito, si varía un cierto elemento, otros tienden a variar, eventualmente de modo que se compensen las variaciones del elemento que ha sido el primero en variar. En el ejemplo aludido podemos, pues, decir que la variación del elemento precio está *en función* (metáfora tomada de la matemática) de la variación del elemento oferta. O bien, si queremos aplicar la palabra *función* en el sentido que se aplica en biología, se dirá que el precio tiene la función de equilibrar la demanda con la oferta. Tenemos aquí dos significados distintos de la palabra *función*, ambos más bien vagos, pero siempre tales que ponen en relación ciertos elementos variables con otros (y éste es el elemento común que la palabra función tiene en el lenguaje biológico o en el matemático), y siempre tales que permiten concebir la variación de ciertos elementos como compensadora de la variación de otros (y ésta es una implicación característica del concepto de función en el lenguaje biológico).

2. Crítica del uso del concepto matemático de función

Hemos aludido al intento de aplicar el cálculo a los hechos humanos. Este intento implica el uso de ciertos postulados que en realidad no se justifican en el estudio del mundo humano y que, en esencia, tienden a concebir al hombre como una especie de máquina que se comporta de un modo previsible y según leyes fijas. Un ejemplo de estos intentos nos lo ofrece la *teoría de los juegos* de John von Neumann y Oskar Morgenstern, que, mientras duró la moda, pareció, en estos últimos años, el *non plus ultra* de la aplicación de la matemática al mundo humano.

Los mencionados autores, para desarrollar sus teorías, que en esencia se proponían prever el comportamiento humano en determinados casos, y preverlo incluso con cálculos numéricos, introdujeron una serie de postulados sobre el modo de comportarse de los hombres que nada tienen que ver con el comportamiento efectivo.

Uno de los postulados es, por ejemplo, que los individuos siempre pueden elegir entre varios bienes, acciones o entidades; es decir, que siempre pueden saber, dados los bienes A, B, C, D, etc., cuál es el primer bien preferible, cuál el segundo, cuál el tercero, cuál el cuarto y así sucesivamente. Otro postulado de la teoría es el de la llamada transitividad de las *opciones*, de modo que si un individuo prefiere el bien A al B y el Bien B al C, se da por supuesto que prefiere necesariamente A a C.

Estos postulados no son necesariamente confirmados por la realidad, y una investigación reciente realizada por psicólogos americanos lo ha demostrado experimentalmente. Las personas pueden fácilmente cambiar de idea: lo que antes era el segundo valor se convierte en el primero, etc. Además, no siempre están en condiciones de ser coherentes en sus preferencias cuando sean objeto de las mismas por lo menos tres bienes. Finalmente, tampoco corresponde a la realidad el postulado según el cual la elección es siempre posible. En efecto, los individuos no siempre están en condiciones de decir: para mí A es igual a B como bien, es decir, yo puedo elegir ambos del mismo modo; o bien A vale más que B, o menos que B. El caso de la elección en régimen de incertidumbre, que es muy frecuente en la realidad, está en cambio completamente excluido de la teoría.

Otro supuesto de la teoría, que evidentemente no se ajusta a la realidad de las cosas, es que los hombres *puedan siempre valorar en términos numéricos la probabilidad de adquirir un bien deseado*, es decir, que puedan establecer no sólo el valor de un cierto bien (y por tanto comparar los bienes entre sí de manera mecánica, aplicando por ejemplo el principio de la transitividad y

excluyendo la incertidumbre), sino que *puedan también valorar la probabilidad de que se verifiquen ciertos eventos*, y en particular la probabilidad para ellos de adquirir ciertos bienes siempre que se trate de elegir entre bienes presentes ciertos y bienes futuros inciertos.

Antes de hacer una elección, consideramos las posibilidades de alcanzar ciertos bienes futuros. Pero muchas veces no somos capaces de valorar cuál es el grado de probabilidad de que adquiramos un determinado bien en el futuro. Para hacer esta elección de un modo racional, deberíamos, por ejemplo, saber cuál es el distinto grado de probabilidad de adquirir dos bienes igualmente deseados por nosotros en el futuro con el fin de elegir el más probable. Podríamos en cambio encontrarnos frente a la necesidad de comparar un bien presente cierto, pero menos deseado, con un bien futuro sólo probable.

Para hacer esto de manera racional habría que asignar un número a estas probabilidades: la valoración numérica de las probabilidades resulta necesaria para hacer la elección. El supuesto de nuestros teóricos es que las personas que eligen estén siempre en condiciones de asignar números a las probabilidades de los bienes futuros entre los que deben elegir. Este postulado hace fácil la construcción de una teoría, pero la hace poco aplicable a la realidad.

3. Desarrollo del concepto biológico de función

Como ya hemos dicho, también se ha intentado aplicar al mundo humano el concepto de función elaborado sobre todo por los biólogos. En la edad moderna y sobre todo en la contemporánea, los biólogos han reaccionado contra el concepto de fin (el fin al que deberían servir los llamados organismos o al menos los órganos de los organismos vivos). *Organon* significa instrumento; la idea de instrumento se relaciona con la idea del fin al que el instrumento debería servir, y, naturalmente, si se habla de fin o se aplica la idea de fin, parece que se piensa que existe un fin establecido por alguien, por el que los organismos se comportan de una determinada manera.

Algunos biólogos han puesto de manifiesto el valor metodológico de esta idea en el estudio de los fenómenos biológicos; otros la han combatido como metafísica, y como peligrosa en el plano metodológico (como supuesto, pero en realidad inadecuado instrumento de investigación o de previsión de los eventos biológicos). El resultado ha sido, finalmente, una cierta noción de función. El concepto de *función* no se liga ya necesariamente al de fin: en realidad, decir que un órgano de un organismo (una parte de un organismo) tiene una cierta función

no significa necesariamente decir que esta función corresponda a un fin preestablecido por alguien.

Sólo cuando nos referimos a máquinas construidas por el hombre, el uso de la palabra función nos evoca claramente la idea de un fin y, en particular, de un fin preestablecido por el hombre: por ejemplo, la función del volante de un automóvil es dirigirlo actuando sobre las ruedas delanteras; y esta función corresponde al fin humano de dirigir el automóvil adonde quiere el conductor. Hay casos, sin embargo, en los que puede hablarse de función sin tener necesariamente que presuponer un fin y mucho menos un fin humano.

El padre de la idea de función ligada a la idea de fin es Aristóteles, quien introdujo oficialmente en la historia de la ciencia el concepto de *telos*. Para Aristóteles, el *telos* era el gran criterio explicativo del cosmos. En el universo las cosas tienden a un cierto fin, que Aristóteles concebía en parte como terminación de un determinado proceso (por ejemplo, el proceso de crecimiento de una planta), en parte como culminación que en cierto modo obedece a un fin consciente y consabido. Pero Aristóteles no confundía el *telos* con el fin consabido. El *telos* es la terminación de un cierto proceso prescindiendo de que sea consabido. El *telos* en cuanto consabido tiene en griego otro nombre, *scopos*, que deriva de *scopeo*, algo que se ve, que se considera. El *scopos* ha dado origen en italiano al término *scopo* en el sentido de representación consciente del punto terminal de una acción (*objetivo*). El *telos* mirado, es decir, visto e incluso convertido en objeto de una intención, de un propósito, es el *objetivo*. La idea del *telos* no es la idea del objetivo, por más que Aristóteles, en definitiva, las reuniera.

En la edad moderna la ciencia, y en particular la ciencia física, se ha apartado resueltamente de la idea de *telos*. Admitir un proceso en fase de terminación en el ámbito físico implica admitir ideas no experimentadas. Se ha preferido, por lo tanto, adoptar la idea de causa e interpretar los fenómenos bajo una óptica mecanicista. Éste es el fundamental paso adelante dado por la física en la edad moderna, sobre todo por obra de Galileo y Descartes. Correlativamente, la idea de fin se ha considerado vieja e inútil por la ciencia. Por ejemplo, Bacon, en el lenguaje pintoresco de su *De augmentis scientiarum*, afirma que la idea de fin es como una virgen consagrada a Dios que no produce nada, es decir, en esencia, una idea estéril que no nos sirve.

Un aspecto particular, como hemos visto, presenta el problema del fin en las ciencias biológicas, en las que la idea de culminación de un proceso surge espontáneamente. En el campo biológico, efectivamente, se producen procesos

cuyo aspecto nos puede recordar sin duda la idea aristotélica de *culminación* (parece natural pensar en un proceso por el que de una semilla nace una planta, que crece y se desarrolla de cierta manera). Por esta razón la idea de *telos*, no como fin (por tanto como propósito consciente por ejemplo de una planta, que no tendría sentido), sino como terminación de un proceso, no ha parecido que deba descartarse en biología.

Efectivamente, en biología la cuestión se ha debatido largamente y en la edad contemporánea ha dividido a los mecanicistas de los vitalistas, etc.

El debate sobre esta cuestión ha dado lugar en definitiva al *significado contemporáneo del término función*, que se ha conservado y se conserva en las ciencias biológicas, que se hallan profundamente impregnadas de esta idea. Cuando se habla de adaptación al ambiente, de efectos a largo plazo o de respuesta del organismo, entendida no como reacción en su sentido inmediato sino como activación de ciertos procesos para compensar otros procesos (por ejemplo, la defensa que el organismo hace de los objetos externos), se alude a un sistema que parece «explicarse» mediante el recurso al canon regulador teleológico, en el sentido de que se explica la idea de *función* como algo que tiene como efecto mantener en el tiempo una cierta unidad concebida como unidad de partes distinguibles, y además como unidad sistemática en la que existe cierta relación partes-todo por la que las partes colaboran al mantenimiento del todo.

4. Aspectos problemáticos del concepto biológico de función y de sus aplicaciones políticas y jurídicas

Este concepto de función implica, pues: a) la idea de la unidad de un todo; b) la idea de una distinguibilidad de las partes frente al todo y entre ellas; c) la idea de que el modo de trabajar las partes tiene como efecto mantener, en cierto sentido, el todo, es decir, hacer que dure en el tiempo como un todo. El trabajo de los elementos concebidos como partes se contempla, pues, en referencia a un resultado común del trabajo mismo, resultado que repercute sobre el todo. Esto puede parecer un poco abstracto, pero es fácil ejemplificarlo, bien con referencia a las máquinas fabricadas por el hombre, bien a los «organismos» en sentido biológico.

La posibilidad de considerar un producto del ingenio humano, es decir una máquina, como unidad, es evidente porque una máquina tiene características distintas del ambiente que la rodea y puede considerarse como un todo único que

se mueve de un cierto modo, por tanto distinguible del entorno. Por otra parte, es igualmente fácil considerar la máquina como diferenciada en partes, ya sea porque existen estos elementos separables (que se pueden juntar con los demás, pero que también pueden considerarse desligados), ya sea porque las partes de la máquina son elementos que desarrollan un particular trabajo cuyo efecto repercute sobre el conjunto, es decir, sobre la máquina. El volante, por ejemplo, desarrolla una labor particular que sirve para imprimir una determinada dirección a las ruedas, y por tanto, en definitiva, para dirigir esa unidad que es el automóvil, etc. Cualquier otra parte de la máquina puede verse de este modo.

Más difícil es aplicar el mismo concepto de función (que se articula por lo menos en tres conceptos: concepto de unidad, concepto de unidad distinguible en partes y concepto de trabajo de las partes en orden a un resultado, un efecto común al todo) a los llamados organismos en sentido biológico. Es más fácil hablar de la *función* de una parte cuando se habla de una máquina, porque es claro cuál es el fin al que debe servir la máquina, y bien constatada, por consiguiente, la labor de las partes, que son netamente cualificables como *órganos*. Tan es así que, si no sabemos cuál es el fin de la máquina, resulta muy difícil o casi imposible comprender para qué sirven sus partes.

En la consideración de los organismos en sentido biológico, evidentemente, no se puede hablar en un plano empírico de un *fin* por el que los organismos habrían sido fabricados, porque no existe el proceso de fabricación de los organismos en el sentido en que se habla de fabricación de los artefactos. Esto hace más difícil explicar el concepto de función de las partes, es decir, de trabajo útil en pro de un resultado general. También es más difícil distinguir las partes, porque éstas no están separadas en el sentido en que lo están las piezas de una máquina. Pero la dificultad principal no está en considerar los elementos de un organismo como partes, sino en ver cuál puede considerarse como fin del funcionamiento de estas partes en pro del organismo, y por tanto el fin común a todo el organismo.

Menos difícil acaso sea verificar la unidad del organismo, es decir, menos difícil es hablar de la unidad del organismo en sentido empírico: un *animal*, por ejemplo, considerado como organismo biológico, representa una unidad de un modo bastante parecido al de la máquina, porque se desplaza, es algo separado del entorno, etc.

Abandonada la idea de un fin del organismo, se ha admitido dentro de ciertos límites la explicación mecanicista, y el funcionamiento de las células de un organismo se ha considerado como un fenómeno físico, un fenómeno químico;

por otra parte, al no explicarse con la hipótesis mecanicista el dato, en realidad observable, de la organización de las distintas células en cuanto integrantes de una entidad que dura en el tiempo, se ha empleado el concepto de *función*, no ya en razón de algún fin al que el organismo debería obedecer, sino como explicación del mantenimiento del *status quo* del organismo o, por lo menos, del mantenimiento de este organismo *a través del tiempo*, aunque sea con modificaciones.

En otros términos, el trabajo que realizan las distintas partes de un organismo (en sentido biológico) se concibe como productor del resultado de la *continuación de esta organización en el tiempo*.

Así pues, en el concepto de función, aplicado a los organismos, interviene el componente «tiempo». El punto crítico de este concepto es precisamente esta *cuarta dimensión del tiempo*, porque decir que el trabajo de las partes de un organismo tiene la tarea de mantener en vida al organismo por un cierto tiempo futuro, equivale a decir que un cometa se mueve a la velocidad de X mil kilómetros por hora sobre una determinada órbita para llegar el día tal a la vista de la tierra. En realidad, no tenemos razón para pensar que el cometa haya sido construido en vistas a este fin, y por tanto no podemos estudiarlo en esta óptica.

5. *El concepto de equilibrio*

Análogamente, decir que las partes de un organismo trabajan en orden a mantener el organismo para el futuro significa en el fondo referirse, de una manera más o menos capciosa, más o menos implícita, a la idea de un fin. Por tanto, tampoco este concepto de función es tan claro como parece a primera vista. Sin embargo, la interpretación funcional puede ser útil (como en otros casos la mecanicista). Naturalmente, no hay que entenderla como un principio metafísico o un criterio de explicación en un plano definitivo. En este sentido, considero razonable la opinión que manifiesta Immanuel Kant en la *Crítica del juicio*, donde se afirma que ni la concepción mecanicista ni la finalista son demostrables, sino que valen sólo como principios reguladores para la interpretación de la experiencia (nosotros diríamos que son *cánones metodológicos*).

En este orden de ideas se ha hablado también de *equilibrio*, es decir, del hecho de que los organismos tienden a mantener el *status quo* a pesar de ciertos cambios que pueden verificarse. Por ejemplo, el organismo humano tiende a mantenerse en vida también a pesar de una enfermedad, es decir, reacciona a la

enfermedad. Esta reacción tiende a restituir al cuerpo humano al *status* anterior. Alcmeón de Crotone, predecesor de Hipócrates, habló de *isonomía*, es decir, de una regla igual que gobernaría el organismo humano. En este caso, al concepto de función se unirían dos ideas: la del mantenimiento de la situación existente y la ruptura. En esencia, el mantenimiento de la situación existente se produce contra la posibilidad de ruptura, naturalmente mientras ello es posible.

El autor que primero introdujo, con mucha fortuna y creando escuela, el concepto de equilibrio en el campo de las ciencias humanas y de las ciencias sociales fue Vilfredo Pareto, especialmente con su *Tratado de sociología general*.^[2] Pareto unía una formación científica a una formación humanista (se había ocupado, por ejemplo, del equilibrio de los cuerpos sólidos elásticos y además podía leer el griego corrientemente). Un hombre así parecía haber nacido expresamente para tratar de extender el campo de las investigaciones de tipo naturalista al mundo humano. Introdujo efectivamente con éxito el *concepto de equilibrio* en el campo económico, si bien para poder hacerlo utilizó fórmulas matemáticas que no rellenó con números, pero que a su entender tenían que dar la idea de las que habían de ser las ecuaciones de un sistema económico en equilibrio siempre que se conocieran las variables a introducir en estas ecuaciones para hacer el cálculo.

La idea de Pareto ha sido interpretada de distintos modos: algunos han pensado que precisamente se debe a Pareto el comienzo del intento de introducir en las ciencias humanas el cálculo matemático y por tanto la función en sentido matemático, y han tratado de dar un significado numérico a las ecuaciones. Otros en cambio han interpretado la obra de Pareto en un sentido diametralmente opuesto diciendo que, en esencia, Pareto subrayó la imposibilidad de hacer estos cálculos en el momento mismo de presentar la fórmula, porque ésta de hecho no podía ser calculada.

Pareto pensaba que existe *equilibrio* (o un sistema en equilibrio) siempre que la intervención de fuerzas *artificiales* ajenas al sistema (que producen el efecto de modificar la relación recíproca de las partes del sistema) es contrarrestada por otras fuerzas internas al sistema que restituyen o tienden a restituir el *status quo*. Este concepto general de equilibrio —según Pareto— puede aplicarse tanto a la economía como a los demás aspectos de la sociedad en general mediante este criterio: podemos considerar el equilibrio de un sistema económico siempre que sea posible separar del conjunto de las *variaciones* de este sistema algunos datos que son ciertamente variables, pero que pueden considerarse como particularmente *importantes*; es decir, siempre que sea posible interpretar los

cambios de un sistema económico en función de algunas variables tan sólo prescindiendo de otras.

Por ejemplo, si prescindimos del color del pelo de los operadores económicos, esto no comporta una diferencia relevante en la interpretación de lo que sucede en el mercado, a no ser que, naturalmente, nos refiramos a particulares tipos de modas sobre el pelo, etc. Del mismo modo podemos prescindir de muchas otras variables. Naturalmente, no podemos prescindir, por ejemplo, de la cantidad de mercancía que se ofrece en un determinado mercado, porque esta omisión podría impedirnos comprender qué sucede cuando la oferta es demasiada, o demasiado poca, mercancía en el mercado en relación con la demanda. En esencia, Pareto consideraba posible reducir el hecho *mercado* a algunos elementos variables, y explicar las variaciones de algunos en función de la variación de los otros. Esto podría hacerse (en teoría) de un modo matemático (calculando numéricamente la correlación entre las variables); y se puede hacer (en la práctica) simplemente estudiando si existe una cierta correlación (no calculable numéricamente) entre las variables, y si la variación de unas en relación a la variación de las otras tiene como efecto reconducir el conjunto al *status quo* y por tanto nos permite considerar el conjunto (al menos aproximadamente y no sin el uso de metáforas) con un sistema de variables en equilibrio.

Así pues, el principio de Pareto era éste: si conseguimos explicar lo que sucede en una sociedad (y en particular en economía) por un limitado número de elementos variables y además a relacionar entre sí estos elementos de modo que se descubra *cuál es la variación de unos respecto a la variación de los otros y, finalmente, a verificar que la variación de unos respecto a la variación de los otros tiene como efecto reproducir el equilibrio preexistente a la variación, entonces podemos hablar de un sistema en equilibrio*. Pareto recordaba a este respecto la analogía con el equilibrio de los organismos en sentido biológico, por lo tanto empleaba en el fondo el concepto de función en dos sentidos. Por ejemplo, invitaba a examinar el caso de una mala cosecha. La sociedad se halla a disgusto porque faltan ciertas mercancías alimentarias. Entonces entrarían en juego factores compensadores, es decir, la gente buscará otros productos alimentarios en sustitución. Del mismo modo, siempre que una guerra hace que disminuyan los nacimientos intervendrá un factor equilibrador, es decir, el posterior aumento de los nacimientos.

Por esta razón se puede pensar que se dan *acciones compensadoras* que nos permitan considerar un conjunto de hechos humanos como un sistema de variables coordinadas, en equilibrio. La aplicación del concepto de equilibrio en

este caso es naturalmente mucho más pobre que la que tenemos en física, y también de la que se puede tener en biología. En todo caso, la aplicación de este concepto no está del todo fuera de lugar, porque es útil para interpretar otra cantidad de fenómenos de la vida social, y particularmente de la vida económica.

6. Dificultad del concepto de equilibrio

Son muchos los autores que han aplicado el concepto de equilibrio. Pero esta aplicación tiene un aspecto problemático. Cuando estudiamos un equilibrio y nos referimos al *status quo ante* respecto a una cierta variación, admitimos, al menos provisionalmente, que el *estatus quo ante* no fue a su vez efecto de variaciones, porque de otro modo no podríamos tener ningún término de referencia preciso para saber en qué sentido se reequilibraría el sistema. No podemos, en efecto, referir el equilibrio a una situación ideal estable porque los fenómenos, especialmente los sociales, están *en continuo movimiento*.

Si pudiéramos aplicar un concepto matemático de equilibrio, podríamos expresarlo en números, con fórmulas, y darle un significado unívoco (podemos saber cuándo una balanza está en equilibrio porque recurrimos a un concepto físico que se puede expresar numéricamente). Pero si salimos de estas nociones físicas y calculables del equilibrio, es difícil identificar el *status* al que nos referimos con el término equilibrio. Debido a estas dificultades se tiende a menudo a sustituir la idea de un equilibrio en sentido descriptivo por *la idea de un equilibrio valorativo*. Se recurre por tanto a la idea de un *status* ideal (considerado como deseable), que ha sido perturbado de tal modo que ha alcanzado un estado menos deseable, que se trata de abandonar para volver al estado deseable.

Naturalmente, si introducimos el concepto de deseabilidad en la noción de equilibrio, toda la cuestión se transforma en una cuestión de valoración, y no permanecemos en los límites de una descripción científica, sino que en realidad nos referimos a instancias ideológicas (clásica a este respecto es la idea de la *edad de oro* o la del paraíso terrenal, que implican las nociones de un equilibrio que ha sido irreparablemente roto).

Al ser problemático el concepto, también lo son sus aplicaciones.

Por ejemplo, el economista considera que existe equilibrio cuando se satisface toda la oferta e igualmente toda la demanda. Se trata, sin embargo, de un concepto en cierto modo estático, ya que el mercado cambia continuamente, dado que cambian continuamente la demanda y la oferta, y por tanto el concepto

de equilibrio (referido a la satisfacción de una oferta y de una demanda en relación a un determinado precio) resulta relativo y problemático porque no nos lleva a ninguna situación claramente identificable en el tiempo. Sea como fuere, el concepto de equilibrio tiene cierta función heurística, para comprender qué sucede en el mundo humano. Podemos, por ejemplo, aplicar el concepto de equilibrio (como han hecho algunos autores) a la política.

Se ha dicho que puede haber un cierto equilibrio entre las exigencias de algunas medidas legislativas y la emanación de esas medidas. La gente siente la necesidad de la reglamentación de cierto orden de relaciones. Esta necesidad constituye una especie de demanda comparable a la de un bien en el mercado. Los legisladores, puesto que hacen la ley, pueden considerarse como proveedores del producto demandado que satisfacen esa necesidad. En cierto sentido, tenemos un equilibrio entre las exigencias de la población acerca de la reglamentación de cierto tipo de relaciones y la satisfacción de estas exigencias a través de una serie de medidas. Cuando se invocan las medidas de la autoridad y ésta las concede, se establece cierto equilibrio. Un concepto parecido de equilibrio puede, pues, aplicarse también al derecho.

Naturalmente, se trata de explicar qué significa satisfacer las exigencias de determinadas medidas legislativas en un determinado momento y de qué equilibrio se habla. Es preciso ver cómo se manifiestan estas exigencias y por parte de quién. Puede ser que se trate de exigencias no sentidas generalmente, sino sólo por algún grupo de presión particularmente importante y ruidoso.

Sin embargo, se puede percibir cierta utilidad en la aplicación del concepto de equilibrio: por ejemplo, a veces es útil hablar de una tensión social determinada por exigencias de ciertas medidas, la cual (en cuanto alteración de un equilibrio anterior) puede mitigarse con la emanación de estas medidas. Del mismo modo, en general se piensa que toda institución social tiene una función en la sociedad, y por tanto que tiene la tarea de restablecer o mantener un cierto equilibrio. Un tipo de ideología exclusivamente conservadora, en su expresión más coherente, podría partir de la idea de que cualquier institución social tiene una función de restablecimiento de un equilibrio, como si la sociedad fuera un organismo perfecto con un equilibrio claramente determinado y fuerzas que actúan espontáneamente en razón de este equilibrio. Puede haber además un corolario de esta idea, es decir, que las intenciones de las distintas personas en el desarrollo de una cierta función social son completamente insignificantes, porque lo que cuenta sería la conducta en cuanto tiene una función. A este tipo de ideología puede contraponerse la ideología revolucionaria, o por lo menos la

evolutiva y reformadora, según la cual el restablecimiento de los equilibrios rotos, o la instauración de un nuevo equilibrio, no se debe a conductas espontáneas con una función equilibradora, sino a conductas intencionales únicamente susceptibles de interpretación teleológica. La idea del *programa* político implica por lo general este tipo de concepción.

7. Conclusiones críticas sobre el empleo de los esquemas teleológicos y de los esquemas funcionales

A este respecto surge el problema de la relación entre la interpretación teleológica y la interpretación funcional, problema no siempre resoluble con criterios generales. Naturalmente, también aquí podemos atenernos a criterios puramente reguladores, esto es, podemos decir: hagamos la prueba y tratemos de interpretar las instituciones según un esquema teleológico; y si esto no parece posible, tratemos de interpretarlas según un esquema funcional. El esquema que nos permita establecer relaciones medio-fin o bien relaciones causa-efecto satisfactorias será el que adoptaremos.

Por ejemplo, será lógico aplicar al derecho de obligaciones y al derecho estatutario los esquemas de la interpretación teleológica, mientras será más natural y más útil adoptar para el derecho consuetudinario esquemas de interpretación funcional. Naturalmente, siempre que apliquemos la interpretación funcional tendremos que resolver o dar por resueltos en cierto modo todos los problemas anteriormente mencionados (los problemas de establecer qué es el equilibrio, cuáles son las partes, cuál es efectivamente el trabajo de las partes respecto a este equilibrio). Por otro lado, cuando apliquemos la interpretación teleológica tendremos que resolver otros problemas (saber cuáles son los fines que se proponen las personas que actúan, de qué medios disponen, cuál es la noción que tienen de la relación de estos medios y de aquellos fines, etc.).

Existe finalmente el problema de los resultados funcionales (o sea, susceptibles de interpretación funcional) de las instituciones y de las acciones que responden a un fin (por tanto, susceptibles de interpretación teleológica). Según Emmet, por ejemplo, la monarquía inglesa —que puede considerarse como institución concebida y perpetuada en vistas a determinados fines— se ha convertido con el tiempo en algo completamente distinto de lo que era, a pesar de revelar una función que evidentemente no era querida y menos prevista por quienes instauraron la monarquía en Inglaterra. Del mismo modo (se podría

añadir), las pirámides egipcias tienen hoy para Egipto una función económico-turística no querida por los faraones cuando las construyeron para que fueran su tumba y super-vivir eternamente.

Resultados funcionales de actos teleológicamente interpretables podemos encontrarlos en toda la historia del derecho. Los jurisconsultos romanos del periodo clásico no quisieron ciertamente, ni imaginaron, que sus opiniones profesionales se convirtieran, por decirlo así, en «materiales de construcción» del *Corpus Juris*, ni los compiladores del *Corpus Juris* quisieron ni previeron el uso que los juristas del derecho común harían de su obra para satisfacer las exigencias jurídicas de épocas muy posteriores, y de pueblos con tradiciones jurídicas y culturales completamente distintas de las suyas, como por ejemplo los pueblos germánicos. También en nuestra época estos fenómenos se repiten: los actos legislativos, queridos para ciertos fines por quienes los producen, son utilizados de un modo distinto por quienes los interpretan y los aplican.

Los juristas dogmáticos distinguen varios tipos de interpretación que no son necesariamente, y a veces no lo son en absoluto, coincidentes con la interpretación tendente a reconstruir intenciones concretas de los individuos concretos que emanan esos actos. En todos estos casos se podría hablar de resultados funcionales de actos que ni siquiera en su origen eran susceptibles de una interpretación teleológica. Los antiguos romanos demostraron que tenían una clara noción de este hecho. Neracio, jurista y hombre de estado del segundo siglo después de Cristo, afirmaba que no es conveniente indagar a fondo las *rationes*, por tanto los fines deliberados, a los que corresponden ciertas instituciones, porque de otro modo se corre el peligro de destruir estas instituciones que tienen un resultado útil, si no un fin deliberado. Decía Neracio: «*Rationes eorum quae constituuntur, inquiri non oportet, alioquin multa, quae certa sunt subvertuntur .*» La función de certeza que cumplían para Neracio ciertas instituciones era más importante que su racionalidad (entendida teleológicamente): por consiguiente, la indagación de su correspondencia a un fin deliberado había que evitarla, porque conducía a destruir las propias instituciones y a eliminar su función de certeza.

De manera semejante, hoy los sociólogos y, en particular, los antropólogos (o estudiosos de las llamadas sociedades primitivas) hablan de la función de determinadas instituciones que, consideradas desde el punto de vista teleológico racional, parecen absurdas, porque no corresponden a ningún esquema racional o, por lo menos, no corresponden a esquemas racionales fácilmente reconstruibles. Por ejemplo, las prácticas mágicas se consideran hoy como un

fenómeno que no permite una interpretación racional por parte de quien se fija unos fines y considera cuáles son los medios adecuados a la luz de las ciencias y la técnica modernas. A pesar de ello, los antropólogos contemporáneos atribuyen una función a la brujería, función que, evidentemente, no corresponde a un plan intencional, pero que es tal que permite resultados («útiles») para el equilibrio de una sociedad primitiva. La intervención de la brujería en determinados casos sirve para resolver situaciones de tensión de otro modo difíciles de superar. Se puede, pues, hablar de la función de la brujería, aunque ésta, juzgada a la luz de nuestra racionalidad, no sea justificable.

Los antiguos espartanos emborrachaban a sus esclavos y luego los mostraban a sus hijos para que éstos vieran los efectos de la embriaguez, a fin de inducirlos a no emborracharse. Se puede ver en esto la función de los borrachos en Esparta (aunque su conducta no pudiera calificarse de perfectamente racional). En el mismo sentido se ha hablado incluso de la función que los criminales pueden tener en la sociedad, para mostrarnos lo que no se debe hacer. Los resultados antirracionales de la acción de los criminales se demuestran precisamente por el hecho de que existen los criminales: se podría, pues, hablar de una función de la criminalidad en este sentido, si bien la acción criminal puede considerarse a menudo en sí misma como irracional (en los límites en que el criminal no consigue los fines que se propone, y además en los límites en que los efectos que se generan con su acción son para él más desagradables de cuanto fuera agradable conseguir el fin criminal, podemos hablar de irracionalidad en el sentido teleológico de la acción del criminal).

Naturalmente, no hay que pensar que todo lo que existe tiene una cierta función en la conducta humana y que, por otra parte, todo lo que no tiene una función tenga un fin y por tanto sea susceptible de interpretación teleológica. Este supuesto sería gratuito. Creer en la aplicabilidad indiscutida de ciertos esquemas significaría realizar un acto de fe en esta «sociedad», la cual se convertiría entonces en algo divino, perfecto, preordenado. Algo que, por lo demás, habría que demostrar. Por el contrario, la aplicación empírica de estos criterios permite no transformar la sociedad en un mito y no considerarla como algo que tenga vida propia, induciéndonos en cambio a considerar a los individuos en relación entre ellos. Lo cual es muy distinto. Tal es el criterio que debería guiarnos en la comprensión de la sociedad humana.

La interpretación teleológica y la interpretación funcionalista deben, pues, entenderse como *principios reguladores*, es decir —según la opinión de Kant ya recordada— como cánones heurísticos y no criterios de explicación. Por otra

parte, debemos admitir que, en la que llamamos sociedad, y por tanto en la intersección de estos comportamientos individuales, hay también cosas inexplicables, en el sentido de que no son interpretables mediante alguno de los dos cánones mencionados. Hay una parte que podemos dejar, en cierto sentido, a la *casualidad*, una parte que puede permanecer bajo la etiqueta de la casualidad.

7. Los diversos aspectos de la sociedad, con particular consideración del aspecto jurídico

1. Compatibilidad y complementariedad de las reclamaciones (aspecto social puro y aspecto económico)

En este punto debemos examinar cómo se desarrolla la relación de las reclamaciones en el mundo llamado jurídico. Se trata, por tanto, de esclarecer los conceptos que nos permiten comprender *cómo de la reclamación se pasa a la idea de una regla* y *cómo de la idea de una regla se pasa a la idea de una norma*, y por tanto de una regla jurídica, de una norma de ley. A este respecto conviene decir algo acerca de los *aspectos que se pueden distinguir en una determinada sociedad*, y antes aún conviene reconsiderar el *concepto de sociedad*.

Dijimos que la sociedad es una especie de campo, de intereses comunes, de acciones dentro de ciertos límites conformes en vista de fines comunes, es decir, dimos la definición formulada por Emmet. Ahora bien, para captar exactamente el carácter de esta comunidad de acciones es preciso tomar en consideración el concepto opuesto al de sociedad, es decir, el *concepto de guerra*. Lo que distingue un estado de sociedad de un estado de guerra es, en esencia, el hecho de que en el estado de sociedad existe una compatibilidad fundamental entre los fines y respectivamente entre las conductas de los individuos, mientras que en el estado de guerra esa compatibilidad no existe. En el estado de guerra cada uno de los contendientes quiere eliminar al otro o quizá prevalecer sobre el otro, o quiere que el otro acepte una situación que el otro no querría aceptar si no fuera forzado por la acción directa del contendiente.

En el estado social, en cambio, tenemos exactamente lo contrario. En efecto, consideramos como prevalente, no la incompatibilidad de los fines y de las conductas, sino precisamente la compatibilidad de ambos, y, por tanto, para volver a nuestro concepto de reclamación, también la *compatibilidad de las reclamaciones*. Es decir, pensamos en un sistema de reclamaciones con el cual

cada uno puede reclamar de los otros cierta conducta sin que los otros, por esto, se sientan eliminados del campo, se sientan forzados a hacer algo que no harían en caso distinto. Normalmente cada individuo considera como legítima —porque es perfectamente compatible con la de los otros— la reclamación de que los otros no turben ciertas situaciones en que el individuo se encuentra. La defensa personal, por ejemplo, se basa en el concepto de que nadie debe ofendernos y está admitida por la ley; la incolumidad personal y la integridad personal corresponden a la reclamación que cada uno tiene de no ser asaltado o violentado. Todas estas reclamaciones se consideran normalmente compatibles, mejor dicho, lo son, porque si no lo fueran no subsistiría la convivencia pacífica.

La compatibilidad de las reclamaciones también puede ser compleja, como lo demuestra el siguiente ejemplo: yo voy al mercado y contrato la compra de un kilo de comestibles por un cierto precio que pago, reclamando naturalmente que se me entregue lo que he comprado. Si la persona que vende ha aceptado el pago, me debe dar los bienes alimenticios. En este caso mi reclamación es perfectamente compatible con la del vendedor que pretende el pago.

Nos hallamos ante las reclamaciones que son perfectamente compatibles. Pero estas dos reclamaciones tienen otro aspecto que nos interesa: no son sólo *compatibles*, sino también *complementarias*. Dando el dinero al vendedor, le pongo en condiciones de alcanzar su objetivo, que es precisamente hacer dinero vendiendo comestibles; mientras que a su vez, el vendedor, dándome estos últimos a cambio del dinero, me permite alcanzar mi objetivo, que es en definitiva tener con qué comer. Ninguno de los dos objetivos puede alcanzarse si no está ligado al otro, es decir, si no se alcanzan a través de un procedimiento que permite alcanzar el otro. En este sentido, ambos objetivos son complementarios, y lo son las reclamaciones que han determinado esos objetivos.

Propongo llamar al *aspecto del obrar en sociedad que se manifiesta a través de las reclamaciones simplemente compatibles* «*aspecto social puro*», en cuanto que es el aspecto que nos permite distinguir en primer lugar un estado de sociedad de un estado de guerra. Propongo por tanto llamar al *aspecto más complejo con el que las reclamaciones no sólo son compatibles sino también complementarias* «*aspecto económico*» (en obsequio a los economistas que han estudiado el particular tipo de acciones complementarias consistente en el intercambio de bienes y servicios, o bien en la venta de bienes o servicios, o bien en la venta de bienes o servicios contra dinero (que en las economías monetarias representa bienes y servicios que pueden disfrutarse en el futuro).

El análisis de estas relaciones resulta aún más interesante si observamos que estos intercambios de acciones y reclamaciones se producen según un esquema que nosotros creamos tanto como operadores económicos como en tanto estudiosos del fenómeno (economistas); y que tal esquema nos permite también prever dentro de ciertos límites los intercambios futuros. Por medio de este esquema representamos con claridad el hecho de que el intercambio de acciones, y respectivamente de reclamaciones compatibles, no es un hecho ocasional, sino repetible. En otros términos, el ama de casa sabe que puede encontrar algo en el mercado no sólo hoy sino también mañana. Este esquema funciona precisamente porque, por una parte, permite a las amas de casa ir al mercado con la confianza de poder comprar algo para cocinar y, por otra parte, permite a los vendedores de géneros alimenticios ir al mercado confiados en la posibilidad de volver a casa con la recaudación de sus ventas. Este esquema, en esencia, liga el presente al pasado y al futuro, y nos permite *encuadrar en la dimensión tiempo* el proceso de intercambio de las conductas y por tanto de las reclamaciones. En otras palabras, funciona como *regla de previsión*.

2. Aspecto jurídico

Ahora bien, precisamente cuando *el intercambio de las conductas y de las reclamaciones compatibles se manifiesta a través de reglas*, podemos hablar del «*aspecto jurídico*» de la sociedad. Naturalmente, este uso de la palabra «jurídico» tiene algo de convencional, porque no todos los esquemas de previsión de los intercambios de conductas o de reclamaciones corresponden a las reglas jurídicas en sentido estricto, es decir, a las reglas que en el lenguaje ordinario se conciben como jurídicas. Por ejemplo, sé que si saludo a una persona, ésta me saluda. Podemos considerar este hecho como un intercambio de conductas y correlativamente de pretensiones complementarias. El hecho de dar una pequeña satisfacción a una persona, con un signo de respeto, de atención o amistad, puede ser objeto de reclamación por parte de esta persona, como, por otro lado, es objeto de reclamación por parte de quien saluda recibir a cambio el saludo, para gozar de una análoga manifestación de amistad, atención y respeto.

Es claro que no existe, al menos para las relaciones entre burgueses, una regla «jurídica» que prescriba el saludo o el intercambio de saludos. Se habla en este caso de reglas de educación. Esta regla podría ser también «jurídica», como sucede en el caso del saludo militar. Llamamos aquí *aspecto jurídico de la sociedad* a aquel por el que los individuos adoptan comportamientos y

reclamaciones recíprocamente compatibles y hasta complementarias, y los adoptan según esquemas de previsión de la verificación de tales comportamientos y tales reclamaciones en el futuro. No podemos imaginar, por ejemplo, ciertos intercambios de comportamientos completamente ocasionales, completamente esporádicos; pero podemos imaginar, por otra parte, intercambios de comportamiento y de reclamaciones como repetibles.

Los juristas dan un significado propio más restringido a la palabra *derecho*, pues la aplican sólo a ciertos esquemas de previsión de los comportamientos, por tanto a ciertos esquemas y no a otros (no a la regla de la «educación», de la moda, etc.). El aspecto jurídico de la sociedad no excluye los que hemos llamado social y económico, sino que los implica.

Una primera distinción entre *comportamientos simplemente compatibles* (por tanto, objeto de reclamaciones compatibles) y *comportamientos complementarios* en el ámbito de los esquemas jurídicos puede apreciarse en la circunstancia de que los comportamientos simplemente compatibles (y por tanto objeto de reclamaciones compatibles) son normalmente *omisiones*. Casi todos los códigos penales y, en general, las legislaciones penales de la mayor parte de los países se basan en esta serie de normas que establecen omisiones, es decir, algo que no se debe hacer. Viceversa, cuando se entra en el campo de las actitudes, y respectivamente de las *reclamaciones complementarias*, constatamos que tales actitudes, y respectivamente el objeto de tales reclamaciones, no se agotan en simples omisiones, sino que consisten en un *hacer* algo (hacer que puede ser simplemente dar, por ejemplo dar dinero).

Esta distinción se refleja muy bien en las fórmulas contractuales genéricas elaboradas por los juristas romanos: *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Naturalmente, hay casos en los que la simple omisión y la acción pueden considerarse difíciles o irrelevantes, pero en los casos normales tiene notable importancia. La diferencia entre la obligación de «abstenerse» de una cosa y la obligación de «hacer» algo repercute en todas nuestras actitudes psicológicas: tan es así que sentimos como particularmente vejatorias las normas que nos imponen un hacer, mientras que sentimos habitualmente como no vejatorias, o al menos no tan vejatorias, las normas que nos imponen un omitir. La norma que impone no matar a nadie en la carretera o no herirlo con nuestro automóvil se acepta fácilmente porque nos prescribe no hacer algo. Pero la norma que nos prescribe prestar ayuda a una persona muerta o herida en la carretera la sienten la mayoría de las personas como mucho más dura de observar, y por eso es menos observada que las normas que imponen simplemente una omisión. Tomemos

otro ejemplo: las normas fiscales. Estas normas imponen un hacer y este hacer consiste en entregar una parte de nuestras rentas al Estado; en otras palabras, trabajar durante una parte de nuestra vida en beneficio del Estado. También esto es un hacer, y la norma correspondiente se siente como particularmente dura.

El análisis de las *normas* bajo la óptica de la distinción entre el hacer y el omitir permite, pues, afirmar que la propia distinción, aun siendo plenamente censurable, sin embargo es útil y corresponde a la realidad, y sobre todo a la realidad de nuestras actitudes psicológicas. Que la distinción es importante lo demuestra también el hecho de que, normalmente, para las reclamaciones que tienen por objeto un *hacer* se exige el acuerdo explícito de las personas que están obligadas a hacer, mientras que para las reclamaciones que tienen por objeto un *omitir* este acuerdo no se requiere (no se requiere que dos personas, por ejemplo, estipulen un contrato para no matarse, mientras se requiere que dos personas estipulen un contrato que implica que una haga algo por la otra, y para la otra la obligación de pagar las prestaciones de la primera).

3. *El aspecto político*

Existe finalmente otro aspecto de la sociedad que evoca el *concepto de poder*. Ya hemos aludido a él al decir que quien presenta una reclamación en cierto sentido piensa que tiene poder para que el otro tenga el comportamiento objeto de la reclamación. Este poder puede simplemente consistir en la posibilidad de convencer a alguien a hacer algo; es en todo caso una posibilidad que se desempeña en relación con acciones de otras personas. Examinando desde este punto de vista las conductas de los individuos, y por tanto sus reclamaciones, reconocemos fácilmente que siempre que se establecen esquemas jurídicos en el sentido arriba descrito, podemos hablar de una *relación de poder* basándose en el cual la persona que presenta (o presentará) la reclamación tiene (o tendrá) también el poder de verla satisfecha. Esta relación de poder puede ser recíproca, porque la persona que satisface una pretensión ajena (tanto en el caso de las reclamaciones complementarias como en el caso de las reclamaciones compatibles) a su vez presentará reclamaciones que verá satisfechas. Sobre la base de la consideración de la relación de poder, podemos hablar de *aspecto político* de la sociedad.

Normalmente el aspecto político se concreta sobre todo en ciertos tipos de relación de poder, los que existen entre personas que se suelen llamar «autoridades» y las demás. En realidad, las autoridades pueden considerarse, al

menos dentro de ciertos límites, como depositarias de estos tipos de poder que las mismas ejercen en interés de otros. Fijémonos en un magistrado o un oficial de seguridad pública: se trata de personas que tienen cierto poder desde el punto de vista político. Pero su poder se desarrolla y se manifiesta como instrumento de otros poderes que son los poderes, en definitiva, de los distintos individuos, los poderes que todos los individuos tienen de ver satisfechas determinadas pretensiones (por ejemplo, la de que se le dicte sentencia en un pleito, de hacer intervenir la fuerza pública contra un criminal, etc.).

Más en general, un gobierno que garantice el orden público, la administración de la justicia y algunos otros objetos de reclamaciones que suelen ejercer los individuos satisface evidentemente esas reclamaciones; y, en cuanto las satisface, no sólo tiene un poder (como suele decirse comúnmente), sino que *expresa una situación en la cual todos los individuos tienen el poder de ver realizadas estas sus reclamaciones*. Puede, pues, definirse «aspecto político» de la sociedad el que se refiere a todas las relaciones mencionadas y que, como tal, no se identifica plenamente con el aspecto político de la sociedad como se entiende comúnmente, o sea, como conjunto de razones de poder entre las autoridades y los demás ciudadanos.

El conjunto de «relaciones de poder» así consideradas se refiere, como hemos visto, indistintamente, a todos los ciudadanos. En esta perspectiva, el particular poder de las autoridades se presenta simplemente como instrumental si se refiere a los poderes de todos los ciudadanos. Esta concepción fue en el fondo delineada ya por Hume, cuando decía que incluso el jefe más tiránico de una sociedad cualquiera debe de algún modo obrar teniendo en cuenta el consentimiento de sus súbditos. Las teorías contractualistas ocultan a veces, si bien en forma metafórica o incluso mitológica o pseudohistórica, este concepto. Nuestra definición del aspecto político es, según lo que hemos visto, más amplia que la común. Por otra parte, podemos imaginar relaciones de poder que no son «políticas» ni siquiera en el sentido en que hemos hablado (el «poder» como prestigio o como fascinación personal, por ejemplo, no pertenece a la categoría de las relaciones de poder políticas). Sin embargo, hemos propuesto llamar «político» al aspecto de la sociedad que corresponde a determinadas relaciones de poder, en atención a los estudiosos de política que han estudiado sobre todo un determinado tipo de relación: el que existe entre las llamadas «autoridades» y los demás ciudadanos.

4. *La norma como esquema previsorio*

También la relación de poder en el sentido en que lo hemos interpretado se halla implicada en el esquema jurídico. En efecto, se verifica una relación de poder (realizada según el esquema jurídico) siempre que el esquema jurídico se realiza. Por tanto, el problema del poder está inseparablemente conexo con el del esquema jurídico en el sentido arriba mencionado, porque es el problema que se presenta cuando queremos ver si el esquema en que se formulan las reclamaciones se realiza efectivamente. Si se verifica, surgen relaciones de poder porque ciertas personas adoptan un determinado comportamiento que es objeto de reclamación por parte de otros, en cierto sentido obedeciendo a tales reclamaciones. Naturalmente, el conjunto de las relaciones de poder está enormemente ramificado y no siempre es fácil de reconstruir, como todo el conjunto de relaciones que tienen que ver con la sociedad.

El aspecto de la sociedad que a nosotros nos interesa sobre todo en este análisis es el *aspecto jurídico*, es decir, aquel en que las reclamaciones se desarrollan y se satisfacen según ciertos esquemas que son *esquemas de previsión*. Mientras que la reclamación, según hemos visto, no es sólo previsión sino también voluntad de influir directa o indirectamente sobre la persona cuyo comportamiento es objeto de reclamación y por tanto se basa también sobre el poder de influir, el esquema según el cual se desarrolla la reclamación se puede entender sin residuos como un esquema previsorio. En efecto, sería concebible que quisiéramos por esquemas o pretendiéramos por esquemas, pero podemos, mejor debemos, prever por esquemas. Tomemos, en efecto, comportamientos concretos, pero encuadremos estas nuevas pretensiones en esquemas de previsión. En cierto sentido podemos decir que hacemos abstracciones basándonos en las cuales también nuestras reclamaciones son conceptualizadas y por tanto introducidas en el esquema, pero en cuanto son introducidas en el esquema pierden su carácter de pretensiones y se convierten en conceptos que sirven sobre todo para cumplir una función previsorio. Es decir, los esquemas son los que nos permiten prever si nuestra reclamación podrá ser satisfecha y en qué condiciones. Nos acercamos así al tratamiento respectivamente de *norma* y de *ordenamiento jurídico*.

5. *Teorías normativistas y teorías sociológicas del derecho*

Hasta ahora hemos mantenido una perspectiva individualista y sociológica: por

esta razón no nos hemos interesado por los ordenamientos jurídicos como conjuntos de proposiciones lingüísticas, sino sobre todo por las actitudes de los individuos, por sus acciones y sus reclamaciones. Hemos insistido más bien en el hecho de que precisamente de este modo se puede evitar tropezar en la mitología social que transforma la palabra «sociedad» en un ente autónomo, que quiere, piensa, etc. Ahora debemos ver cómo se pueden encuadrar en esta perspectiva los conceptos de *norma jurídica* y de *ordenamiento jurídico*. Por lo demás, debemos inmediatamente hacer una advertencia: esto no significa que tales conceptos sean idénticos a los que emplean los juristas dogmáticos y que constituyen la piedra angular de toda la estructura conceptual de los juristas. Veremos, sin embargo, cómo entre nuestro concepto (que podríamos llamar sociológico) de *norma* y, respectivamente, de *ordenamiento*, y los correspondientes conceptos de los juristas dogmáticos, existen conexiones y afinidades que a nosotros nos corresponde destacar, como también debemos subrayar las diferencias que impiden asimilar los conceptos de los dogmáticos a los de una teoría no dogmática del derecho, como quiere ser la nuestra.

Existe una escuela, o mejor un conjunto de escuelas contemporáneas (que podríamos llamar genéricamente normativistas), para las que todo el estudio del derecho debe consistir en el estudio de las normas, entendiendo por tales las proposiciones lingüísticas en que se manifiesta la llamada *voluntad del legislador*. La teoría de estas escuelas (difundidas sobre todo en el continente europeo, o sea, en los países de derecho escrito) tiene su centro de gravedad en la norma escrita, entendida como proposición lingüística formulada con precisión y perfectamente identificada en su texto (*Rechtsatz*). El ordenamiento jurídico a su vez consiste, para esta teoría, en un conjunto de normas en el sentido mencionado (por el momento podemos pasar por alto otro concepto importante de esta teoría, del que luego hablaremos, el de sistema de normas, entendido como jerarquización de las propias normas en el *ordenamiento* según criterios que veremos).

La teoría arriba mencionada parece a primera vista menos válida si se aplica a las normas no escritas (por ejemplo, si se aplica al derecho de los jueces o al *case law*, que ciertamente es escrito, pero no en el sentido técnico mencionado más arriba, o sea, no consiste en proposiciones lingüísticas formuladas con precisión y perfectamente identificadas en su texto como las normas de derecho escrito); otro ejemplo de derecho al que la teoría es menos fácilmente aplicable es el derecho consuetudinario, que es un derecho no escrito, aun cuando según las concepciones de los juristas dogmáticos contemporáneos puede concebirse

como reconducible al derecho escrito, por cuanto, y sólo en cuanto, está previsto por el derecho escrito.

Lo que no parecen comprender en general los defensores de las teorías normativistas es que las normas, sean o no proposiciones lingüísticas precisamente identificadas (*Rechtsätze*), en realidad se observan o no se observan, y que este hecho de ser o no ser observadas es precisamente *algo que sucede*, y no algo que está simplemente *escrito*: en otras palabras, en un evento o un conjunto de eventos psicológicos a los que corresponden comportamientos observables, y no simplemente una proposición y un conjunto de proposiciones lingüísticas. En este sentido, todas las normas se convierten en expresiones de usos y pueden examinarse bajo la óptica de su verificabilidad y por tanto del hecho de que corresponden o no a usos efectivos.

Del mismo modo, si quisiéramos estudiar el lenguaje de un país como fenómeno vivo, por tanto como algo que sucede o se usa, no podríamos limitarnos a estudiar la gramática escrita por los gramáticos en las escuelas o para las escuelas, sino que deberíamos ver si efectivamente esta gramática corresponde a usos efectivos. Discordancias entre una gramática consagrada y un lenguaje hay muchísimas, no sólo en el lenguaje hablado, sino también en el lenguaje escrito. Las diferencias entre el léxico consagrado en los diccionarios son notables, como lo son las diferencias entre la ortografía real y la canónica. Si analizamos además el lenguaje hablado, observamos que éste no sigue las reglas de la sintaxis canónica o, por lo menos, las sigue sólo en parte.

Es claro que quien quiere tener en cuenta el lenguaje hablado debe tener en cuenta no sólo las gramáticas, sino también el modo en que la gente emplea el lenguaje, y por lo tanto la gramática viva junto a las gramáticas escritas. En realidad, si profundizáramos en el análisis del contraste entre el lenguaje canónico y el lenguaje que de hecho se habla o se escribe, observaríamos que no se trata por una parte de un conjunto de reglas no observadas y por otra de un conjunto de palabras o de frases que de hecho se pronuncian o escriben. Entre el lenguaje canónico y el lenguaje hablado o escrito por la mayoría existe la diferencia que hay entre un lenguaje hablado o escrito por algunos y un lenguaje hablado o escrito por otros, o si se prefiere, entre dos lenguajes que alternativamente hablan o escriben ciertas personas (que alternativamente pueden hablar o escribir ambos lenguajes).

Las reglas de la «buena» gramática, de la «buena» ortografía, de la «buena» sintaxis y del «buen» vocabulario pueden simplemente considerarse como los esquemas de previsión de un lenguaje hablado en algunos casos, mientras que no

sería imposible elaborar otras reglas (o esquemas de previsión) del lenguaje hablado o escrito en otros casos, aunque semejante lenguaje no se considere «bueno». Entre las reglas del primer lenguaje y las del segundo, respectivamente consideradas como esquemas previsivos, no hay diferencia, a no ser en el distinto grado de probabilidad que estos esquemas tienen respectivamente de corresponder a comportamientos efectivos, o sea, al hecho de que las personas hablen o escriban de una cierta manera. Sin embargo, determinadas personas califican como preferibles ciertos modos de hablar o de escribir y, en cierto sentido, pretenden que todos los demás hagan lo mismo. Se puede, pues, decir que las «buenas» reglas corresponden a particulares reclamaciones, allí donde otros esquemas de previsión no corresponden a ello. Por tanto, sólo la reclamación como hecho psicológico da un sentido a las «buenas» reglas del lenguaje en cuanto buenas: además, tan sólo el uso como conjunto de sucesos psicológicos y de comportamientos observables da un sentido a todas las reglas del lenguaje («buenas» o no), consideradas como esquemas de previsión relativos al modo en que habla la gente.

Algo muy semejante se presenta respecto al derecho. Si admitiéramos (con las teorías normativistas) que el derecho es simplemente un conjunto de proposiciones perfectamente definidas, por ejemplo las del ordenamiento de los juristas dogmáticos, especialmente en los ordenamientos del tipo legalista, es decir, en los que el derecho se identifica con la ley, haríamos como quien quisiera entender por lenguaje tan sólo el que corresponde a las gramáticas y a los vocabularios «oficiales». Es decir, olvidaríamos que como hay un uso en el lenguaje, *hay un uso en el derecho*; y más en general, que el derecho es un hecho, o mejor, un conjunto de hechos (psicológicos y de comportamiento), o que, en otras palabras, las personas que se comportan de una cierta manera, la cual puede o no corresponder a los problemas reflejados en las proposiciones lingüísticas y que los lingüistas dogmáticos llaman jurídicos.

Esto no significa que podamos considerar los comportamientos de los individuos como desvinculados de todo esquema, no significa que podamos prescindir de la consideración de algún esquema para examinar los comportamientos de los individuos cuando hablamos del derecho, de lo que comúnmente se llama derecho. Por ejemplo, podremos tener un derecho vivo en contraste con el derecho «vigente» (habrá normas «previstas» y nunca «aplicadas», y otras además «previstas» pero que son «aplicadas»). En estos casos no podemos decir que falten esquemas para los comportamientos efectivos, debemos limitarnos a decir que estos esquemas no son los de los

juristas dogmáticos. Naturalmente, elegir entre una *concepción* para la que el derecho consiste en las proposiciones lingüísticas normativas estudiadas por los juristas dogmáticos, y una *concepción* para la que el derecho consiste en lo que la gente efectivamente hace, según ciertos esquemas que tiene en mente, o que en todo caso son reconstruibles por nosotros, es, dentro de ciertos límites, una cuestión de gustos.

Podríamos decir, como defensores de las teorías normativistas, que no nos interesa lo que la gente hace y que se debería considerar sólo lo que la gente debería hacer según determinadas proposiciones, en la convicción de que sólo eso es el derecho. Quien parte de este punto de vista aplica la palabra «derecho» de un modo que no está del todo justificado por el lenguaje común, donde se admite un tipo de derecho basado en los comportamientos efectivos; por ejemplo, el derecho consuetudinario. Si la gente no obedece a las reglas previstas por los juristas, y hace otra cosa que sin embargo sigue llamándose *derecho* en el lenguaje ordinario, no se ve por qué deberíamos limitar nuestra aplicación de la palabra derecho sólo a las proposiciones lingüísticas de que se ocupan los juristas.

La rebelión de Antígona contra el tirano Creonte en la tragedia de Sófocles, citada también por Aristóteles en un pasaje famoso, no es sólo una rebelión sentimental de quien invoca las costumbres antiguas (que imponen sepultar a los muertos contra el derecho escrito del tirano, que en aquella ocasión lo prohibía); es también, por decirlo así, una rebelión del sentido común. En efecto, no sólo existe el derecho escrito del tirano, sino también lo que la gente, aunque sea en el país dominado por el tirano, considera que es un deber con independencia de ese derecho escrito. Los juristas dogmáticos (si los hubiera habido en tiempos de Creonte) habrían considerado como jurídica únicamente la norma de Creonte y como antijurídico el comportamiento de Antígona. Sin embargo, no sólo Antígona (y con Antígona probablemente la mayoría de sus conciudadanos), sino también un historiador o un sociólogo que hubieran estudiado aquella sociedad habrían ciertamente considerado como parte de las convicciones jurídicas, y en particular de las costumbres de aquella sociedad (*agrafoi nomoi*, según las palabras de Antígona), la regla según la cual los muertos deben ser sepultados.

En el fondo, el problema del llamado derecho natural (planteado ya por los griegos cuando hablaban del llamado «justo por naturaleza») surge de una actitud que se podría llamar espontánea de las personas que en un determinado momento histórico se hallan de pronto frente a un tirano que pretende que

cambien los esquemas de previsión de su conducta. Obviamente, en este caso la gente no se contentaba con que las normas del tirano fueran escritas y promulgadas en las formas previstas por el tirano. Surge así un conflicto que, en el caso particular de la sociedad de Antígona (y de otras muchas sociedades griegas sometidas a regímenes tiránicos), se presenta como conflicto entre un «derecho escrito» y un «derecho no escrito». En realidad, el conflicto es más profundo (no se trata, claro está, de una cuestión grafológica) y nos demuestra que la concepción del derecho escrito entendido como proposición lingüística es una concepción limitada. En otros términos, se trata de un modo de entender el fenómeno jurídico que choca con el modo de entenderlo por parte de la gente, la cual considera en el fenómeno jurídico también el derecho no escrito, y por tanto eventualmente también el derecho que choca con el derecho escrito.

En realidad, el carácter meramente empírico de esta antítesis ha sido con frecuencia relegado a segundo plano por significados metafísico-religiosos (presentes probablemente ya en la *Antígona* de Sófocles). Los *agrafoi nomoi* se han entendido a menudo históricamente, y no sólo en Grecia, como conceptos de valor absoluto. Por otro lado, al no haberse podido demostrar el valor absoluto de estos conceptos, se ha producido, especialmente a partir de la segunda mitad del siglo pasado [XIX], una reacción contra su uso que ha impulsado las teorías normativistas contemporáneas, y la consiguiente devaluación del punto de vista empírico desde el que el concepto mismo de *agrafoi nomoi* puede considerarse. Sin embargo, en los límites en que se ha invocado el derecho no escrito contra el derecho escrito, para referirse a una situación jurídica perturbada por la introducción de cierto derecho escrito, en realidad se ha reivindicado la existencia de un derecho no escrito como derecho en el sentido ordinario del término, y por tanto se ha basado en una concepción del derecho que no se agota simplemente en la categoría de las normas (entendidas como las proposiciones lingüísticas perfectamente identificables de las que se ocupan los juristas dogmáticos).

6. Los criterios de elección de los conceptos fundamentales del derecho

Frente a las teorías normativistas tenemos actualmente otro grupo de teorías que se podrían llamar genéricamente «sociológicas». Estas teorías no parecen pecar del defecto propio de las teorías normativistas. A esta neta dicotomía entre teorías normativistas y teorías sociológicas pueden, en el fondo, reconducirse todas las demás teorías.^[1] Podemos decir sin más que las teorías sociológicas tienen por objeto no ya las normas como proposiciones lingüísticas (*Rechtsätze*),

sino los comportamientos efectivos de los individuos orientados según determinados criterios presentes en la mente de los mismos: en particular, según determinados esquemas previsivos, y según determinadas pretensiones que, como tales, pueden considerarse eventos psicológicos.

Una posición central en las teorías sociológicas ocupan, pues, determinados eventos del mundo físico (comportamientos) y además determinados eventos del mundo psíquico a cuya luz hay que «interpretar» los comportamientos. Esto no significa que en las teorías sociológicas no ocupe ningún lugar una noción de *norma*. Pero en estas teorías la norma se resuelve en el concepto de un evento psíquico, por ejemplo en la reclamación o en la previsión que está en la mente de los individuos que se comportan de un cierto modo. Entre el concepto de norma como simple proposición lingüística y el concepto de norma como criterio orientador del comportamiento, resoluble en una serie de eventos psíquicos como la previsión o la reclamación de los individuos agentes, existen diferencias conceptuales notables, aunque existen evidentemente relaciones estrechas: una reclamación o una previsión no son pensables, en efecto, sin una cierta formulación lingüística por parte de quien hace la previsión y apunta la reclamación, y la formulación lingüística como tal es un hecho psíquico inextricablemente conexo con los demás hechos psíquicos ahora considerados (previsiones, reclamación).

Por otra parte, podemos considerar una proposición lingüística en cuanto tal, es decir, abstrayendo de su carácter de fenómeno psíquico y considerando por ejemplo su estructura lógica, y eventualmente las relaciones de carácter lógico que esta proposición lingüística puede tener con otras proposiciones del mismo tipo. Las teorías normativistas tienden a considerar las normas sobre todo de este segundo modo, y tienden además a presentarse, por esta su consideración de las normas, como teorías del derecho *tout court*.

A esta pretensión reaccionan en cambio las teorías sociológicas, para las cuales la consideración propia de las teorías normativistas es particularmente estéril, ya que las proposiciones lingüísticas llamadas normas no tienen significado autónomo alguno (siempre según las teorías sociológicas), si no se consideran como fenómenos psíquicos, o sea, como realidades activas en la mente de los individuos, y activas precisamente en el sentido de determinar sus comportamientos efectivos.

Según las teorías sociológicas, una teoría del derecho no puede menos de ser también y sobre todo la teoría de estos comportamientos efectivos y del *background* psicológico sobre cuya base tales comportamientos pueden ser

«interpretados». La disputa entre ambos tipos de teorías del derecho nos lleva a considerar un problema preliminar que puede formularse del modo siguiente: ¿con qué criterio aceptable podremos decir, por ejemplo, que para una teoría del derecho es sobre todo relevante la norma entendida como una proposición lingüística o, en cambio, el comportamiento efectivo de los individuos interpretable según criterios presentes en la mente de los individuos (y por tanto sobre la base de eventos psíquicos efectivos de algún modo reconducibles por el teórico)?

Este problema preliminar parece que ha sido generalmente descuidado por los representantes de ambos tipos de teorías. Sin embargo, no se pueden razonablemente aceptar los planteamientos respectivos de las teorías normativistas o de las teorías sociológicas del derecho sin haberlo previamente afrontado. Por ejemplo, la norma, entendida como proposición lingüística, ¿es todo el derecho? Derecho y normal (en tal sentido) ¿son términos absolutamente sinónimos? O bien el comportamiento de los individuos según determinados criterios presentes en su mente ¿es derecho? Y todavía más en general: ¿con qué título decimos «esto es el derecho» y no «esto otro es el derecho»?

Ya en la cautela con que propusimos anteriormente el uso convencional del término *jurídico* para designar uno de los aspectos fundamentales de la sociedad, tuvimos en cuenta implícitamente este problema preliminar. Con demasiada frecuencia han dicho los teóricos: «El derecho es esto o aquello», sin resolver la cuestión preliminar de la aceptabilidad de los criterios con que elegir los conceptos centrales de la *definición del derecho*. Muy a menudo nos hemos comportado como si quien de vez en vez proponía la definición del derecho fuera el amo absoluto del término «derecho», y tuviera un privilegio sobre todos los demás para establecer cómo tiene que emplearse el término «derecho».

7. *El qué y el cómo de la definición del derecho*

Si queremos adoptar una posición empírica y no queremos partir de premisas de carácter metafísico, debemos admitir que no es aceptable como algo demostrado un criterio absoluto, indiscutible y objetivo para emplear la palabra «derecho» y aplicarla a ciertas entidades en lugar de otras. Por otra parte, en una situación parecida nos encontramos cuando queremos definir cualquier cosa. Dentro de ciertos límites, el *problema de la denominación* es un problema convencional, porque no existen reglas absolutas para establecer que algo tenga que llamarse de un cierto modo. Pero en la denominación podemos tratar de satisfacer algunas

exigencias, o bien tratar de satisfacer otras, y, entre otras cosas, podemos también creer que satisfacemos ciertas exigencias y no satisfacerlas porque denominamos mal. Una de las exigencias podría ser ésta: tratar de denominar algo de acuerdo con el uso común de esta palabra, es decir, de acuerdo con todos aquellos que lo denominan del mismo modo (que son por tanto la mayoría de las personas). En otros términos, un criterio podría ser el de hacer que nuestra definición del «derecho» corresponda al uso lingüístico común de la palabra «derecho». Pero tampoco éste es un criterio absoluto. Podríamos decir: yo quiero dar mi definición del derecho. Pero alguien podría entonces decirnos: a mí no me interesa tu definición del derecho; me importa mucho más saber qué entiende la gente por derecho, si existe la posibilidad de saberlo, es decir, si existe la posibilidad de verificar un uso lingüístico común y generalmente extendido de la palabra «derecho».

Además de esta cuestión, hay otra. Tenemos el problema del criterio que debemos seguir en la denominación, y también el problema sobre *qué es lo que debemos denominar*: el problema de la naturaleza de este *quid*. Sabemos que, en ciertos campos, el problema del *quid* se resuelve inmediatamente (siempre que denominamos de una determinada manera a un *objeto físico*, el problema del *quid* se resuelve inmediatamente). En estos casos hay sensaciones compartidas por todos que nos permiten hacer corresponder inmediatamente una cierta denominación a un cierto conjunto de sensaciones. La palabra «sol» designa igual conjunto de sensaciones que corresponden a lo que todos llamamos sol; en otras palabras, existe un correlato empírico del término «sol», que hace muy sencillo el problema del *quid* que se denomina. Este *quid* está claramente definido por el hecho de que hay sensaciones que se superponen con éxito, iguales para todos.

Antes de hablar del uso común del término «derecho» se presenta, pues, este problema: cuando la gente habla del «derecho», ¿tiene ante sí un *quid* común a todos? ¿Lo puede efectivamente configurar como se puede configurar el sol y llamarlo sol? Si así es, no tenemos muchas justificaciones para llamar «derecho» a otra cosa que nos imaginamos nosotros, y no ese *quid* perfectamente o bastante bien identificable que la gente llama «derecho», como no las tendríamos para llamar «sol» a otro objeto visible, por ejemplo una montaña o un río. Ciertamente, cada uno podría decir: «Yo llamo sol a la montaña», pero en este caso debería continuamente explicar a todos qué entiende por esa palabra, a fin de evitar equívocos.

Si podemos resolver bastante bien el problema de la identificación del *quid*

que hay que denominar, y por tanto si podemos decir que la gente denomina este *quid* de un modo uniforme con la palabra «derecho», podremos considerar prácticamente resuelto el problema del criterio con el que denominar el «derecho». El criterio será éste: «El “derecho” es lo que la gente piensa que es el derecho.» De este modo quedan descartadas todas las definiciones con que algunos tienden a sustituir el uso común del término «derecho» por un uso propio. Lamentablemente la adopción de este criterio no carece de dificultades, porque no existe, en el uso común de la palabra derecho, la homogeneidad y la univocidad que encontramos, por ejemplo, en el uso de la palabra «sol», y en general en el uso de las palabras a las que corresponden correlatos empíricos del mismo tipo que el «sol». Sin embargo, en el lenguaje común, *cuando se habla del derecho no se entiende sólo la norma*, y mucho menos la norma como proposición lingüística. Esto permite afirmar sin más que las teorías que tienden a identificar derecho y norma son teorías viciadas en el criterio metodológico preliminar, si admitimos que dicho criterio consiste en la correspondencia con el uso común.

En realidad, las teorías normativistas no tienen en cuenta el hecho de que, según el uso común del término, el «derecho» no sólo está escrito en un libro, sino que es algo sobre lo que las personas acoplan, por decirlo así, sus reclamaciones, algo que las mismas consideran como connatural con su conducta y la de los demás y por tanto no simplemente como algo indiferente o separable de esta conducta, y concebible exclusivamente como proposición lingüística. En efecto, según el uso común se dice: «Tú no tienes derecho a hacer esto. Yo tengo derecho a hacer esto otro», con referencia a conductas y a reclamaciones concretas y no ya a proposiciones lingüísticas separadas de esas conductas y esas reclamaciones, y libradas en un mundo puramente conceptual.

8. *El lenguaje común y el concepto del derecho en el normativismo y en el sociologismo*

El hecho de que con frecuencia la gente emplee, en lugar de las expresiones «yo tengo derecho» o «tú no tienes derecho», las expresiones «es justo» o «no es justo» (que tú hagas esto o yo haga lo otro), no desmiente, sino que por el contrario confirma la interpretación que hemos dado del uso lingüístico. Las frases del tipo «es justo» o «no es justo» hacer esto, en efecto, se podrían reducir casi siempre, en el uso común, a las frases «todos tienen derecho», «nadie tiene derecho» a hacer esto, y por tanto se refieren siempre a conductas y a

reclamaciones efectivas, mientras que no se refieren necesariamente a proposiciones lingüísticas correspondientes (aunque, obviamente, tal referencia no se excluye necesariamente). Si es así, es necesario concluir que una teoría puramente normativista, basada en una identificación derecho-norma (como proposición lingüística o *Rechtsatz*), es una teoría que no tiene en cuenta el uso lingüístico ordinario.

Los defensores de las teorías normativistas pueden decir que ellos crean un lenguaje propio y usan la palabra derecho en el modo acordado. Sin embargo, presentan habitualmente su teoría también como una teoría de lo que sería el derecho según el uso lingüístico ordinario, sobre todo porque no se preocupan de establecer con claridad cuál es su punto de vista a este respecto. Esto es fuente de equívocos: mientras ellos presentan su teoría de la *Rechtsatz* como teoría general del derecho, el público tiende a dar a la palabra derecho el significado común (que no incluye necesariamente o tan sólo el concepto de *Rechtsatz*). Debe notarse, sin embargo, que las teorías normativistas no se presentan siempre y sólo como intento de introducir una definición convencional del derecho en contraste con el uso lingüístico común, pero también (más o menos coherentemente o más o menos conscientemente) como un intento refinado de interpretar mejor que las teorías sociológicas el uso lingüístico común del término derecho.^[2]

A su vez, las teorías sociológicas del derecho pueden presentarse:

a) de un modo más bien burdo como teorías del verdadero derecho, sin decidir la cuestión preliminar de saber cuál es el título para definir el verdadero derecho y por tanto como *teoría arbitraria de la definición del derecho*, o bien

b) como teoría de la interpretación de lo que la gente piensa cuando usa la palabra derecho, como *teorías, por tanto, de la interpretación del uso lingüístico*. Se reproduce a este respecto la misma situación que hemos observado para las teorías normativistas.

En conclusión, tanto las teorías sociológicas del derecho como las teorías normativistas pueden presentarse bien en la forma burda de una definición arbitraria del derecho sin decisión previa sobre la cuestión metodológica (relativa al criterio a seguir en la definición del derecho), o bien se pueden presentar como teorías más refinadas de interpretación del uso lingüístico efectivo de la palabra derecho e implicando en tal modo la previa definición de la cuestión metodológica.

Puede decirse que hoy las teorías normativistas por una parte y las teorías sociológicas por otra agotan el campo de las teorías del derecho, pudiendo

ambas adoptar dos aspectos: uno *burdo* y otro *refinado* (en el sentido mencionado). El representante hoy más conocido de las teorías normativistas es Hans Kelsen (actualmente en Estados Unidos), mientras que las teorías sociológicas del derecho siguen teniendo como eminentes representantes a algunos exponentes (ya fallecidos) de la sociología y de la metodología de las ciencias sociales contemporáneas: Max Weber (con su selección de ensayos publicada bajo el título *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*),¹³ y Eugen Ehrlich, ambos de lengua alemana y hoy particularmente apreciados en Estados Unidos. Puede decirse que, *grosso modo*, en el continente europeo sigue prevaleciendo la teoría normativista del derecho, mientras que en los países anglosajones, y en particular en Estados Unidos, hoy tiende a prevalecer, sobre todo por la influencia de estos dos pensadores, la concepción sociológica. Otro autor que puede considerarse entre los representantes eminentes de la teoría sociológica es Georges Gurvitch, de origen ruso y de lengua francesa.

9. El análisis del lenguaje y el concepto de derecho

Existe actualmente una amplia escuela de pensamiento en Inglaterra (que deriva de una larga tradición) que centra su atención en los *problemas del lenguaje*, y por tanto empieza preguntándose no sólo cuáles son los significados de los términos que empleamos, sino también cuál es el criterio que se adopta en el empleo de ciertos términos con esos significados. Para emplear las palabras de dos conocidos representantes de esta escuela, Charles Key Ogden e Ivor Armstrong Richard, ésta se ocupa ante todo de verificar cuál es (a pesar de la aparente paradoja de la expresión) el significado del término «significado» (*the meaning of the meaning*).

El problema preliminar que esta escuela contribuye a poner de relieve en el campo que nos concierne es: cuando decimos «el derecho es esto», ¿por qué decimos «el derecho es esto»? Ya hemos dado una respuesta a este interrogante, refiriéndonos al uso lingüístico común y señalando que preferimos, al menos por razones prácticas, las definiciones del derecho que corresponden, en lo posible, al uso lingüístico común. En esencia, creemos que éste es un punto de vista maduro de las teorías sociológicas. Por el contrario, las teorías normativistas prefieren un procedimiento, en la definición del derecho, que recuerda el de los matemáticos.

En efecto, en matemática llamamos *A* a un cierto ángulo, llamamos *A* a un

punto sobre la recta, llamamos A a una recta, y así sucesivamente. En este procedimiento, lo que cuenta no es el nombre o la letra que empleamos, sino el *concepto* que queremos puntualizar con esta letra o con este nombre, o, más aún que el concepto, el mecanismo con el que queremos hacer trabajar a estos conceptos, a estas entidades. En este tipo de razonamiento, la definición y la denominación tienen carácter puramente convencional, que se trata sólo de aclarar de manera unívoca. En la práctica, también en este tipo de procedimiento *las convenciones están limitadas por los usos*, porque por ejemplo los matemáticos occidentales no emplean letras chinas para indicar una recta o un punto o un ángulo, sino que emplearán letras latinas o griegas, y alguna vez letras hebreas. También en este caso el uso limita las convenciones respecto al empleo de ciertas letras. Existe además un lenguaje común en el que el «ángulo», por ejemplo, significa lo que desde hace siglos se llama «ángulo», o «recta» significa lo que desde hace siglos se llama «recta», por lo que nadie en matemática pensaría por ejemplo denominar con la palabra «recta» lo que normalmente se entiende por «ángulo», pues en tal caso crearía una confusión de los términos.

También el matemático, que más que cualquier otro estudioso parecería estar desvinculado del uso lingüístico común, en realidad se encuentra, por decirlo así, inmerso en un lenguaje que es el de los matemáticos que le han precedido. Por tanto, las posibilidades de emplear términos arbitrariamente son mucho más limitadas de lo que se cree, porque quien habla se introduce, en definitiva, en un discurso que es ya bastante conocido. Podrá haber un estudioso que, creando una nueva teoría, diga: «Yo denomino este concepto con esta letra». Por ejemplo, cuando creó su *teoría de los conjuntos* y empezó a introducir sus conceptos de números infinitos, Georg Cantor introdujo algunas letras hebraicas, introdujo, por ejemplo, la letra *alef con cero*, para designar el conjunto del numerable. Hoy todos los matemáticos que estudian la teoría de los conjuntos transfinitos emplean el término cantoriano *alef con cero*, que pertenece ya a un uso lingüístico común a su teoría. Así pues, nuestra libertad en materia de uso de los términos en materia de definiciones y, en definitiva, en materia de correlación entre términos y cosas definidas es más limitada de lo que se piensa, sobre todo si se piensa que tampoco el lenguaje matemático puede prescindir, para establecer sus propias convenciones, del uso de un determinado número de términos cuyo significado sólo puede tomarse del uso lingüístico común. En este sentido, el ideal matemático del lenguaje cerrado, o sea, de un lenguaje cuyos términos corresponden a definiciones convencionales absolutamente precisas y

unívocas, parece destinado a quedar en un mero sueño, a pesar de los numerosos intentos hechos en tal sentido, por ejemplo por el italiano Giuseppe Peano, por Bertrand Russell y por los neopositivistas del llamado Círculo de Viena, etc. Si bien se mira, no sólo no existe en matemática, sino que en ningún otro campo existe nadie que sea realmente libre de hacer lo que quiera, ni siquiera con las palabras. En el propio campo de la matemática, en el que gozamos de cierta libertad de denominación y de definición porque no debemos preocuparnos de la opinión común y podemos proceder proponiendo un problema o un concepto (como hicieron los grandes creadores de teorías matemáticas), esta libertad es evidentemente muy relativa. Cuando nos trasladamos a campos en los que no tenemos que habérmolas con nuevos conceptos excogitados por nosotros (como pueden hacer los grandes matemáticos), *sino que tenemos que tratar con conceptos que, más o menos, son ya compartidos en nuestro ámbito social*, y sobre todo con términos que las personas en general emplean para designar ciertos conceptos, entonces nuestra libertad para definir y para elegir ciertos términos para hacerlos corresponder a algunas definiciones, es muy limitada o, por lo menos, resulta absurdo e inoportuno emplear ciertos términos de manera distinta de como los emplean los demás.

Si queremos dar un sentido a la definición de un concepto y al uso de un término que se han empleado comúnmente con cierto significado, entonces el problema consiste en establecer qué entiende la gente por ese término.

Se impone inmediatamente un análisis de lo que la gente quiere decir cuando emplea ese término, admitido que exista algo homogéneo o suficientemente uniforme en la mente de las personas. Hemos visto cómo, para nosotros, el problema de definir el derecho consiste en establecer qué entiende la gente cuando habla de derecho. Nuestra definición, en esencia, es una *definición que hacemos con la pretensión de reproducir*, en una fórmula eventualmente más consciente, *lo que la gente piensa cuando habla de derecho*.

Si las cosas son así, *no tiene mucho sentido decir que el derecho es la norma, o que el derecho es el comportamiento de las personas*. El derecho (en esta nuestra delimitación del término y, por tanto, de la función que tiene nuestra definición) es ante todo lo que la gente piensa que es el derecho en nuestro ámbito, o bien (cosa difícil pero no imposible) en un ámbito más amplio que abarque los pueblos contemporáneos y los que han vivido antes que nosotros.

8. *Análisis de las teorías normativistas, con especial referencia a la teoría de Hans Kelsen*

1. *La teoría general del derecho*

Será oportuno examinar más de cerca las teorías sociológicas y las teorías normativistas del derecho, con particular referencia a la expresión que estas dos teorías han adquirido en las obras de algunos de sus eminentes representantes, como Hans Kelsen para las teorías normativistas y Max Weber para las teorías sociológicas del derecho.

Comencemos por la teoría de Kelsen. Al examinar esta teoría del derecho, tomaremos en consideración sobre todo la obra titulada *General Theory of Law and State* en la tercera reimpresión de 1949.^[1] Las principales obras que Kelsen publicó con anterioridad son la *Allgemeine Staatslehre* de 1925 y la *Reine Rechtslehre* de 1934, la *Théorie générale du droit international public* de 1928 y *Hauptprobleme der Rechtslehre* de 1911.

Kelsen pertenece a la escuela alemana de pensadores que afronta los *problemas de la teoría del derecho desde un punto de vista omnicomprensivo, que traza realmente una teoría general del derecho*, sin limitarse a escribir monografías sobre problemas particulares, como suele hacerse por ejemplo en el mundo anglosajón. La teoría de Kelsen es la última gran teoría general, ya que después de él no podemos decir que haya habido teorías generales tan omnicomprensivas y sobre todo tan conocidas como la suya. Esto explica por qué tomamos en consideración a Kelsen y le presentamos como el representante típico de la llamada teoría normativista.

Kelsen no fue el inventor de esta teoría. Ésta es tan general y abstracta, e ignora ciertos elementos típicos de la concepción del derecho común entre los anglosajones, que parece repugnar al espíritu inglés; a pesar de ello, uno de los autores que primero lanzaron estas ideas fue John Austin, discípulo de algunos grandes economistas ingleses como James Mill y Jeremy Bentham. Austin, sin embargo, combinó su formación benthamita con una notable formación alemana,

pues había estado en Alemania algunos años y había estado en contacto con Carl von Savigny, el famoso representante de la escuela histórica. Savigny inspiró, al menos en parte, el pensamiento de Austin, no menos de lo que le inspirara Bentham. Austin fue el primero que creó, en la primera mitad del siglo XIX, una *teoría general del derecho*, como concepción que prescinde de los comportamientos concretos de las personas y además del contenido específico de las normas. Es decir, una teoría que evidencia el aspecto formal del derecho y de la norma y por tanto tiende a afirmar la ecuación derecho-norma.

Después de Austin, e inspirándose en él, otros estudiosos en el continente europeo trataron de construir una teoría general (por ejemplo, Roguin). Pero el intento más famoso fue el realizado por Kelsen mucho después, aunque (lo cual es interesante) parece que no conoció la obra de Austin. Las ideas de Kelsen tenían en realidad una derivación más inmediata en la de Carl Bergbohm, autor de un libro escrito a finales del siglo XIX titulado *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, en el que se delinea ya el intento de crear una doctrina del derecho basada sobre todo en las normas y tendente por tanto a identificar el derecho con las normas (en Bergbohm, sin embargo, se da una implicación sociológica más fuerte, que en Kelsen tiende a desaparecer).^[2]

Kelsen fue, en cierto sentido, un rígido asertor de la ecuación *derecho-norma*, y además de la ecuación *derecho* (como conjunto de normas, como ordenamiento jurídico) -*Estado*. Éstos son los dos conceptos clave de la teoría de Kelsen: por una parte, el *derecho* es la *norma* (si no nos referimos a la noción de norma, no podemos comprender —según Kelsen— qué es el derecho); por otra parte, lo que se llama normalmente *Estado* no es otra cosa que un nombre que damos al *ordenamiento jurídico*, o sea, al derecho entendido como conjunto de normas, como sistema de normas, es decir, como conjunto ordenado de normas. Debemos ahora examinar la teoría de Kelsen como típico desarrollo de tales ecuaciones (derecho = sistema de normas. Estado = conjunto sistemático de normas), sin estudiarlo particularmente desde el punto de vista histórico.

Kelsen no se limita a plantear con toda nitidez estas ecuaciones, sino que también defiende *tales ecuaciones muy ardorosamente, contra los defensores de la teoría del derecho como comportamiento*, como acción humana, como algo que hacen los hombres. Por tanto, Kelsen se esfuerza en demostrar que todas las *teorías llamadas sociológicas de la norma son erróneas*, porque todas *intentarán prescindir del concepto de norma sin poder hacerlo*.

A este respecto, conviene reconocer que Kelsen representa un punto de llegada de cierto orden de ideas que comienza en Alemania ya con el

historicismo, es decir, con Savigny, a cuyo lado estaba el joven Austin en la primera mitad del siglo XIX. En el historicismo había un filón antiiusnaturalista, que tendía a concebir el derecho como un proceso histórico y por tanto no como un sistema de principios y de normas, producido por el magín de un filósofo. En la perspectiva historicista, el *derecho es algo que en cierto modo se desarrolla con independencia de la voluntad de una persona singular* o de las personas concretas, y por tanto todas las ideologías que sostienen únicamente pensadores individuales serían gratuitas, porque no corresponderían al derecho. Este punto de vista se manifestaba sobre todo en la *polémica contra la codificación*.

2. La codificación

El problema de la codificación es un viejo problema que ya se habían planteado Justiniano y, antes aún, Teodosio e incluso César, cuando quería *ius in artem redigere*, es decir, quería trazar una especie de sistema escrito del derecho. Esta codificación se había convertido, a finales del siglo XVIII, en un problema en parte práctico y en parte ideológico. En muchos países (aquellos que habían recibido el derecho romano en la forma justiniana del *Corpus Iuris*) estaban vigentes determinadas interpretaciones, que eran más o menos semejantes, pero que en todo caso reflejaban exigencias históricas distintas de las del tiempo de Justiniano. Además, el *Corpus Iuris* coexistía con una serie de estatutos y de reglas particulares propias de cada país y emanadas de los príncipes. El largo esfuerzo interpretativo del *Corpus Iuris* realizado por los juristas medievales y también por los juristas de la edad moderna creó incongruencias, y las nuevas exigencias eran tales que el *Corpus Iuris*, interpretado incluso de manera más o menos artificiosa, no podía ya satisfacer. Esto se refería, por ejemplo, a las instituciones de derecho germánico que los juristas medievales trataron de satisfacer dando especiales interpretaciones al derecho romano. Se había creado, en suma, una situación un poco equívoca, determinada por el hecho de que se quería utilizar un texto (que había sido válido dos mil años antes) para una sociedad dos mil años posterior y para unos pueblos que tenían también una tradición distinta, como eran los pueblos germánicos.

Un problema análogo se planteó en Inglaterra, siempre en el siglo XIX, cuando los ingleses se encontraron frente a la necesidad de poner orden en su jurisdicción, disciplinando las relaciones entre los distintos tribunales laicos y eclesiásticos, así como entre los tribunales que decidían según la *common law* y los que decidían según la *equity* basándose en tradiciones pluriseculares.

El *problema técnico*, sobre todo en el continente, se añadía a un *problema ideológico*: muchos concebían el derecho como expresión de un plan racional que debía ser llevado a cabo por obra de un legislador iluminado. La idea de la codificación se remontaba en gran parte a la Ilustración sobre todo francesa del siglo XVIII, aunque se llevó a cabo en el XIX. Estas dos exigencias, la exigencia ideológica de crear el código perfecto, el sistema jurídico perfecto y racional, eventualmente también al margen de la tradición, y la exigencia teórica de resolver propiamente muchas cuestiones prácticas (eliminando oscuridades, contradicciones y complicaciones que habían surgido durante la larga historia del derecho común, y disciplinando con normas *ad hoc* instituciones y relaciones no previstas por el *Corpus Iuris*) dieron origen a la *codificación*; codificación que se hizo en todos los países del continente europeo, el último Alemania, que sólo en 1900 promulgó su código civil. Alemania fue la última porque allí había permanecido viva la tradición historicista de Savigny.^[3]

Naturalmente, detrás de estas ideas de la codificación hay toda una tradición que se había aclimatado sobre todo en Francia y también en Alemania, la tradición conocida como iusnaturalista, que también se había impuesto en Holanda y en España. En la base de esta teoría está la idea de que existen algunas reglas fundamentales del comportamiento jurídico (verificables con la razón) de las que pueden deducirse una serie de normas particulares. Estas normas particulares, a su vez, son generadoras de otras normas particulares y pueden constituir un sistema racional y preferible a la «caótica» superposición de las tradiciones históricas. Esta idea se nutría en aquel conjunto de convicciones que favoreciera el absolutismo de los soberanos llamados ilustrados y los intelectuales veían a menudo en el soberano absoluto del propio y de otros países el portador secular de los principios y de los métodos que propugnaban.

La idea del derecho como plan racional trazado y puesto en práctica por un legislador ilustrado se encarnó en las codificaciones de un modo que, en el fondo, no correspondió del todo a las exigencias prácticas de naturaleza técnico-jurídica. En realidad, la codificación (introducida en Francia en 1804 por Napoleón, y luego en la mayor parte de los Estados europeos; el reino de Cerdeña, por ejemplo, tuvo un código en 1835) consistía en trasvasar a las nuevas formas el derecho sustancial del *Corpus Iuris* y especialmente del *Digesto*, tal como se había venido definiendo por obra de la elaboración de los juristas. Este código no fue, pues, el parto de una especie de Júpiter jurídico que hubiera creado de golpe un nuevo derecho, sino que fue más bien una

compilación a la manera de Justiniano, en la que el obsequio a la tradición era menos evidente porque no se hizo corresponder a los códigos digestos oficiales relativos a las obras de los juristas de derecho común.

Sustancialmente, el derecho transferido al código es el derecho romano pasado a través de la interpretación del derecho común, y los defensores de la teoría ilustrada se podrían haber sentido satisfechos sólo a condición de reconocer en este derecho la fiel expresión de un sistema racional, en el que todas las normas aparecieran como deducidas de normas fundamentales consideradas universalmente válidas. El hecho de que, en todo caso, quienes juzgaran de esa racionalidad y dispusieran del derecho según su criterio personal fueran algunos hombres (en particular los compiladores de los códigos y los gobernantes que tuvieron el poder de imponer los propios códigos a la observancia de los respectivos súbditos) chocaba con el desacuerdo y la oposición de los historiadores, por las razones a las que ya hemos aludido.

La actitud anti-ideológica del historicismo se perpetuó pues en Alemania en el siglo XIX, aun cuando la escuela histórica propiamente dicha se agotó, y aunque (lo cual podría parecer paradójico) la idea fundamental de la escuela histórica, según la cual el derecho es un fenómeno espontáneo no coercible por la voluntad de los gobernantes de un pueblo, vino atenuándose, y cedió el campo, también en Alemania, a la idea contraria. A finales de siglo, por ejemplo, el ya citado Bergbohm combatirá todavía enérgicamente la ideología iusnaturalista, pero contraponiéndola ahora a un derecho *positivo* que él concibe en gran parte como producto de la voluntad de los gobernantes (aunque en Bergbohm siguen destacándose los aspectos espontáneos del derecho, como la costumbre; y, precisamente por esto, Bergbohm carecerá de la posibilidad de conciliar en un sistema coherente y constructivo sus divergentes concepciones del derecho como fenómeno espontáneo y como producto de la voluntad de los gobernantes).

3. Significado histórico de la teoría de Kelsen

Kelsen puede considerarse como un punto terminal en este proceso a través del cual por un lado se mantiene y se exaspera la polémica anti-ideológica, antes propia del historicismo; y, por otro lado, se contrapone al derecho de los iusnaturalistas el derecho positivo entendido únicamente como conjunto de normas formuladas por *autoridades legítimas* y, en definitiva, por los *gobernantes*.

Si comparamos la actitud que, a partir del historicismo, se tuvo frente al

derecho con el que se tenía por ejemplo en los siglos XVII y XVIII (los dos siglos clásicos para el desarrollo del llamado iusnaturalismo moderno), podemos observar que en esos siglos se afrontaba el estudio del derecho (hablamos de un modo muy general, ya que evidentemente no nos referimos a autores particulares entre los cuales existen diferencias muy notables) partiendo de la idea de que el derecho es un conjunto de normas que no interesan por su estructura de norma, es decir, por su carácter formal, sino por su *contenido*.

Cuando se formulaba una teoría del derecho se buscaba ante todo fijar los principios fundamentales: naturalmente, el contenido de estos principios, el contenido de las normas fundamentales. Fijado el contenido de estas normas fundamentales, se trataba luego de obtener una especie de sistema de normas que partiera de estas normas fundamentales y por tanto representara una especie de deducción lógica a partir de estos principios. El interés por el derecho consistía en el interés por determinados contenidos normativos. Estos contenidos eran en su mayor parte concebidos como universales, es decir, como característicos de cualquier sistema jurídico, pasado, presente o futuro.

Una idea análoga se tenía de la matemática y de la geometría. La geometría, que entonces era sólo la geometría euclidiana, presentaba un sistema de axiomas y de postulados iniciales; por tanto, un sistema de teoremas, con un determinado contenido, de los cuales se deducían todos los demás. La idea de que la geometría era única —idea que hoy ya no tenemos, porque tenemos las geometrías no euclidianas— y de que los contenidos de los teoremas tenían valor absoluto, es decir, de que eran válidos para cualquier razonamiento geométrico; de que, por tanto, la geometría, por esta universalidad de los contenidos de sus teoremas fundamentales, y por el rigor de las deducciones de los teoremas secundarios, representaba una especie de modelo para el estudio del derecho, era una idea muy arraigada en los dos siglos mencionados.

Notemos aquí lo profunda que fue la influencia del pensamiento cartesiano, que incidió en muchos aspectos de la cultura europea. Este pensamiento consistía en esta idea fundamental: existen ideas complejas que debemos reducir a ideas simples. Es el famoso análisis, que tiene un significado notable, sobre todo en algunas ciencias, por ejemplo en matemática. Este mismo procedimiento parecía aplicable a todas las ciencias y en particular a las ciencias humanas; y puesto que la geometría euclidiana era, en las ciencias matemáticas, la que parecía más orgánicamente desarrollada, e incluso definitiva, la misma se convirtió en modelo de una serie de estudios, por ejemplo de derecho, y hasta de moral (véase el título de la famosa *Ética* de Spinoza, *Ethica modo geometrico*

demonstrata. Al modo geométrico, tal era el ideal. Hacer una demostración de un sistema de ética, que para Spinoza es incluso un sistema metafísico, según el modelo geométrico). También para Hobbes la geometría es la única ciencia que Dios haya dado a los hombres, y por tanto nosotros debemos construir una teoría del derecho y del Estado imitando a la geometría.

Esta actitud se mantiene en los siglos XVII y XVIII y continúa en parte también en el XIX. En cierto punto, el horizonte cultural cambia: cambia el horizonte en matemática y en geometría. Es cierto que este horizonte cambiará relativamente tarde; en todo caso, en el siglo XIX se descubre que no existe una sola geometría, sino que se pueden imaginar distintas geometrías según que se admitan o no algunos postulados. Si no se admite, por ejemplo, el quinto postulado de Euclides, puede resultar una geometría totalmente distinta. ¿En qué razón se basa la preferencia por una geometría euclidiana o una geometría no euclidiana? Se pueden invocar distintas razones: la geometría euclidiana ha sido defendida y sigue siéndolo porque es la que satisface más ciertas exigencias de estudio del mundo físico, al menos de la *macrofísica*. Pero, según nos dicen los físicos, hay campos de la *microfísica* en los que la geometría euclidiana no sirve.

La conclusión que, al parecer, debería sacarse es que no existe una geometría privilegiada: hay muchas geometrías útiles caso por caso para el estudio de determinados fenómenos.

La idea, pues, de que existe un punto firme en el contenido de estos sistemas geométricos acaba desvaneciéndose. La idea de una geometría absoluta cede el puesto a la idea de una *pluralidad de geometrías con valor relativo*. Un proceso de relativización análogo se verifica en el campo del derecho y en el campo de las ciencias humanas en general. Se piensa que no existe ninguna razón para considerar como absolutos los contenidos de ciertas reglas que las escuelas de teoría del derecho de orientación iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII habían considerado como contenidos universales.

El término iusnaturalismo había subrayado el carácter «natural» del derecho; y en la idea de natural se halla implícita la idea de universal, o, más bien, de único: una norma de derecho natural se concibe como norma universal y por tanto como excluyente de cualquier norma contraria. Un sistema de derecho natural se concibe por tanto siempre como un sistema de derecho privilegiado respecto a cualquier otro posible sistema. A partir del siglo XIX se piensa cada vez con mayor frecuencia que estos contenidos «absolutos» no tienen derecho a ser considerados tales, ya que no existe un razonamiento absoluto, que todos puedan compartir, con el que se deba establecer que el derecho deriva de algunas normas

fundamentales de contenido preciso. Por lo tanto, quien quiera crear, partiendo de estas premisas, una teoría del derecho, no encuentra ya en los contenidos de las reglas jurídicas un punto firme del que partir.

El *historicismo jurídico* se ha movido precisamente en el sentido de relativizar todos estos puntos firmes; el historicismo ha subrayado en esencia el hecho de que el derecho cambia. El derecho no es algo estable y absoluto, sino algo relativo respecto a su tiempo. Esta idea acaba con las teorías iusnaturalistas: si el derecho cambia, no hay ningún principio que pueda resistir eternamente, y por tanto ninguna norma jurídica que pueda tener un contenido universal y eterno. Si se quiere crear una teoría del derecho, piensan quienes han experimentado esta crisis de relativización de los contenidos de las supuestas normas fundamentales del derecho, *será preciso referirse a algo que no sean los contenidos* de las normas. Y tal es la idea austiniana: se puede crear una teoría del derecho que tenga la pretensión de ser una teoría universal del derecho, si tenemos presente la forma de las normas jurídicas.

El derecho, según Austin, es mandato; este mandato tiene determinadas características, corresponde a determinados conceptos y estos conceptos no son relativos a un determinado contenido. Tales son, por ejemplo, los conceptos de lícito y prohibido: éstos son conceptos generales y universales que encontramos en cualquier norma, con independencia de su contenido. Si conseguimos formular una teoría coherente de estas características de toda norma, por tanto de la forma de toda norma, y elaboramos los conceptos que integran la forma de toda norma, *tendremos de nuevo la posibilidad de enunciar una teoría general del derecho*, sin apoyar esta teoría en determinados contenidos, es decir, sin hacer iusnaturalismo. En cierto sentido, es el intento de los iusnaturalistas, pero elaborado no partiendo de determinados contenidos considerados universales, sino partiendo de determinadas formas consideradas precisamente universales.^[4] En el historicismo de Savigny no existía todo este desarrollo, pero existían sus presupuestos, cabalmente porque el historicismo permitía relativizar todos los contenidos jurídicos.

Un proceso paralelo se desarrolló en economía, aun cuando posteriormente tuvo una suerte distinta. En economía, a finales del siglo XVIII, se partía de que existen principios generales para el estudio de los fenómenos económicos. A mediados del siglo XIX se abandonó esta idea y se pensó que la economía es únicamente una ciencia histórica, y que había que estudiar únicamente fenómenos económicos de determinada sociedad como fenómenos históricos. Así surgió el historicismo económico: la escuela de Gustav Schmoller en

Alemania. Una manifestación particular del historicismo económico, aunque desorientadora debido a su fuerte carga ideológica, fue el marxismo. El marxismo presenta los hechos económicos como hechos eminentemente históricos. Pero según la interpretación historicista de Marx, las formas económicas cambian en el tiempo sólo hasta que llegan a aquella forma típica que es la economía comunista, que debería cerrar el proceso histórico (aparece así una componente de tipo iusnaturalista en lo que respecta a la forma final, la forma absoluta). La economía ha superado la fase puramente historicista, porque en la segunda mitad del siglo tuvimos vigorosos teóricos de la economía, que ofrecieron a la atención de los economistas un sistema de principios suficientemente sólido y que ha resistido hasta hoy.

4. *El fundamento de la teoría kelseniana*

Las *teorías formalistas del derecho* son un intento de evitar el *impasse* en que la teoría del derecho viene a encontrarse con el historicismo. El pensamiento de Kelsen pertenece a esta coyuntura histórica y esto explica su actitud hostil hacia el iusnaturalismo.

Partiendo del formalismo, Kelsen polemiza con los sociólogos del derecho. Según Kelsen, si se adopta el punto de vista de los sociólogos, no se consigue nunca precisar el aspecto típico del derecho. Los sociólogos estudian los aspectos de la vida de los individuos en sociedad, pero ¿cómo pueden distinguir el derecho como fenómeno particular o como conjunto de fenómenos frente al lenguaje y otros aspectos de la vida en sociedad? ¿Cómo podrían hacerlo si no tienen un concepto que les permita hablar de derecho? Este concepto no puede ser sino el de norma, el de norma precisamente como forma de todos los contenidos posibles, históricamente verificables: y como estructura lógica en la que se presentan estos contenidos. Los sociólogos del derecho, dice Kelsen, no pueden prescindir del supuesto formalista, porque también ellos tendrían la idea del derecho como de una norma y por tanto tendrían la idea de esta estructura formal de la cual no podrán prescindir si quieren hablar del derecho.

Según Kelsen, pues, por una parte no se puede aceptar la teoría de los ideólogos iusnaturalistas, que creen en los contenidos universales del derecho, por otra no se puede aceptar el punto de vista de los sociólogos, porque no encuentran en la complejidad de los fenómenos sociales el punto firme para definir el fenómeno jurídico. Éstos son los dos puntos fundamentales de la teoría de Kelsen: el *derecho* es norma, pero sobre todo es *estructura formal de la*

norma. Una teoría del derecho es una teoría de la norma y no de sus contenidos, y precisamente porque es una teoría de la norma, no es ideología (y por tanto rechaza la idea de contenidos universales) y no es sociología, porque la sociología del derecho (esta moderna heredera del iusnaturalismo) se ocupa de determinados contenidos (si bien debe, en realidad, suponer una noción del derecho que en definitiva no puede menos de ser la noción de norma).

Este punto de vista es coherente y convincente. Su punto débil está sobre todo en el uso escasamente prudente y, en definitiva, no bien definido de ciertos términos. Lo que le falta a Kelsen (defecto que deriva de su pertenencia a una época en la que este problema no era aún muy evidente) es la exigencia de resolver una cuestión preliminar: ¿con qué «derecho» defino el derecho? Si Kelsen se hubiera planteado este problema de una manera clara, antes de decir que el derecho es la norma, es indudable que no habría respondido de una forma tan apodíctica.

Esta insuficiente profundización se manifiesta en el encuadre general de su teoría. Kelsen distingue dos mundos o dos aspectos del universo: a uno le llama *Sein* (el ser) y al otro *Sollen* (el deber). *Sein* sería el dominio de la realidad, como algo que estudian los físicos y que también estudian los sociólogos. El otro gran aspecto del universo estaría representado por el *Sollen*, es decir, por el deber ser, por el mundo del deber. Quienes se ocupan del *Sein*, es decir, de lo que es, de la realidad (por ejemplo, un físico o un biólogo o un sociólogo), no se ocupan de ese otro mundo que es el mundo del deber ser. Mejor dicho, entre estos dos mundos existiría una cierta cesura, por lo que efectivamente no se podría decir que exista un puente conceptual entre ambos. Cuando se estudia la realidad como *Sein*, no se estudia la realidad como *Sollen*, y viceversa.

Lamentablemente, Kelsen no define nunca exactamente qué entiende por *Sein* y qué entiende por *Sollen*. Nos vemos en cierto sentido constreñidos a inducir lo que Kelsen piensa por el uso que hace de estos términos: por ejemplo, si dice que el mundo del *Sein* es estudiado por los sociólogos, entendemos que las ciencias empíricas son las ciencias del *Sein*. Así como por otra parte entendemos que lo que Kelsen llama al estudio del *Sollen* es el estudio de todas las normas en las cuales se emplea o debería emplearse la expresión *Sollen*. Un estudio de este «deber ser» sería un estudio completamente distinto del estudio de «lo que es», objeto de las ciencias empíricas. Lo que no se analiza en el sistema es precisamente el significado de este *deber ser*. Se perciben aquí ecos de la filosofía kantiana: Kant trazó una neta separación entre el mundo de la experiencia y el mundo del deber ser entendido como imperativo moral («dos

cosas me han asombrado siempre: el cielo estrellado por encima de mí y la idea moral dentro de mí»). He aquí los dos mundos, la idea del «tú debes» y la idea de la realidad empírica, del fenómeno. En Kelsen parece que reaparece esta dicotomía.

5. Sein y Sollen en Kant y en el neokantismo

A este respecto, Kelsen, al parecer, se relaciona con aquel movimiento intelectual que se desarrolló en la segunda mitad del siglo pasado y en los primeros decenios de este siglo, denominado neokantismo, y que tuvo cierta importancia precisamente para la teoría del derecho. A finales del siglo XVIII, con la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* y luego naturalmente con la *Crítica de la razón práctica*, Kant se ocupó del *mundo moral* (y por tanto de idear una ética) prácticamente sin contenidos, o por lo menos en la que los contenidos no contaban sino a título de ejemplo. El interés de su tratamiento ético se concentra en el aspecto formal de lo que Kant llama la ley moral. La vida moral está dominada por leyes que no ha dado un gobierno, sino que en cierto sentido nos las hemos dado nosotros mismos; están dentro de nosotros. Son, pues, leyes que el individuo (la filosofía de Kant es una filosofía individualista) obtiene en sí mismo como datos de su experiencia moral. Precisamente la existencia de estas leyes, de estos principios morales dentro del individuo, era para Kant uno de los hechos más interesantes de los que puede ocuparse un filósofo, no menos interesante que la experiencia de los fenómenos físicos.

Todo el mundo para Kant acababa configurándose según dos hemisferios: un *hemisferio teórico* (el mundo de la ciencia que estudia los fenómenos) y un *hemisferio práctico* (el mundo de la praxis, de la acción y, en definitiva, el mundo de las reglas de esta acción. Estas reglas, según Kant, son de dos especies, *las reglas de naturaleza puramente aplicativa de ciertas nociones científicas* (y éstas son mucho menos interesantes, ya que son para Kant una especie de prole del hemisferio teórico) y *las reglas morales*, los *imperativos categóricos*, que no derivan su propia validez de ninguna autoridad externa al individuo, sino que tienen autoridad por sí mismos, en cuanto que los individuos los sienten como un imperativo de su conciencia, sin posibilidad de derogación.

En otros términos, la ética de Kant, a diferencia de la ética de filósofos anteriores que fundamentaban sus teorías sobre determinados contenidos de las normas éticas, era una teoría no de los contenidos de las reglas éticas, sino de la

forma de estas reglas. Debe notarse sin embargo que, mientras que Kant llegó a esta teoría sin adherirse por ello a un punto de vista historicista, los *neo-kantianos* (que se ocuparon sobre todo del derecho y que aplicaron este formalismo a la teoría del derecho), en el fondo parten todos ellos de un presupuesto historicista y tratan de hacer surgir una teoría general del derecho del naufragio del iusnaturalismo, estudiando estas formas universales del derecho. Kant llega en cambio a la consideración de las formas de la moral de un modo distinto. Mientras Kant, en cuanto *teórico del derecho*, no es un formalista, sino que en el fondo sigue siendo iusnaturalista, en su calidad de *teórico de la moral* es un formalista no ya porque piense que las reglas morales cambian en el tiempo, sino porque *le impresiona el hecho innegable de que, mientras las reglas científicas (que reflejan determinadas leyes que tienen para él un valor absoluto, como para Newton) no son nunca derogadas por el fenómeno, las reglas morales (que existen en el interior del hombre) son a menudo violadas por la conducta de los hombres.*

En otros términos, la diferencia entre la relación que puede haber entre un individuo y la regla moral, por una parte, y la relación que puede haber entre un fenómeno y la regla de la producción del fenómeno en física, por otra, es precisamente ésta: en el primer caso vemos que *se viola la ley moral*, mientras que en el segundo caso vemos que *se confirma la ley física*. Se viola la ley moral en el sentido de que los principios morales no informan siempre la conducta de los individuos, aunque hay muchos casos en los que los individuos se comportan de un modo conforme a esta regla moral. Además, advertía Kant, el comportarse de un modo conforme a esta regla moral no siempre significa «respetar» la ley moral, porque muchas veces comportarse de acuerdo con la ley moral es simplemente un modo cómodo para alcanzar otros fines que no son el respeto a la ley moral, sino, por ejemplo, el deseo de evitar una sanción en el caso de que esta ley moral corresponda a una norma jurídica. Comportarse de acuerdo con la ley, decía Kant, no significa comportarse así por mero respeto a la ley.

A Kant le extrañaba que las leyes naturales no fueran reglas infalibles de anticipación de la conducta humana, por la simple razón de que la conducta humana no siempre se conforma a estas reglas y que, también cuando se conforma, en realidad puede comportarse de tal modo por razones puramente contingentes que podrían variar con el cambio de circunstancias (por ejemplo, el individuo que supiera que no sería castigado en una determinada circunstancia dejaría de mantener la que parece ser su observancia de los principios morales, porque ya no tendría el temor de la pena). Esta discrepancia entre el principio

moral y su observancia introducía una especie de malestar en el sistema de Kant. Mientras que en el aspecto teórico de su filosofía las leyes físicas eran perfectamente válidas y constituían un criterio de anticipación de los fenómenos, y por tanto eran algo con lo que se podía contar con una certeza absoluta, en el campo de la moral se podía contar con la existencia de principios morales en la conciencia, pero no se podía contar con la misma certeza sobre la observancia de estos principios en la praxis, y por tanto este mundo de la praxis, de la *razón práctica* como la llamaba Kant, efectivamente parecía distinto del mundo físico.

El formalismo de la teoría ética kantiana tal vez pueda justificarse pensando que Kant creía en algunos principios morales absolutos, universales incluso en su contenido. Es muy probable que el *formalismo kantiano* tuviera como supuesto no la idea de que no existen contenidos absolutos de los imperativos éticos, sino simplemente la idea de que el estudio de estos contenidos no es suficiente para anticipar con seguridad la conducta moral de los individuos. No es necesario pensar que Kant admitiera la evolución de los principios morales en el tiempo para llegar a su formalismo. A mi entender, al contrario, Kant mantiene la orientación de todos los moralistas tradicionales, que efectivamente constataron por una parte la existencia de ciertos principios morales y por otra su inobservancia en la práctica. Para hacer cuadrar su filosofía teórica, Kant buscó lo que podía haber de universal y necesario en el mundo moral, y por tanto no ya la observancia de la regla, sino la regla incluso sin su observancia.

El formalismo kantiano nace de este problema y por tanto el interés de Kant por la teoría ética se centra precisamente en las formas de los imperativos. Según la terminología kantiana, estas formas son universales porque se aplican a todos los individuos racionales y por tanto valen en toda circunstancia para estos individuos racionales; y son necesarias porque el individuo racional tiene, por decirlo así, el sentido de su inevitabilidad. Kant ha ofrecido también algunas formulaciones para tratar de traducir en otras palabras el significado de esta forma de imperativo: «Obra como si el principio de tu acción tuviera que convertirse en ley universal de todos los hombres».

Así pues, en esencia, Kant llega a su formalismo a través de una crítica historicista, pero por el camino normal que sigue cualquier persona cuando, por una parte, constata la existencia de leyes morales y, por otra, constata su inobservancia en muchos casos de la vida práctica. No puede decirse otro tanto del *formalismo de tipo neo-kantiano* (en el que se comprende en cierto sentido el formalismo kelseniano) representado por ejemplo por autores como Rudolf Stammler en Alemania (en su *Teoría de la ciencia jurídica* de 1911)^[5] y Del

Vecchio en Italia. Estos formalistas neokantianos presentan una diferencia fundamental respecto a Kant: se dirigen a las formas universales del derecho para hacer surgir, como se ha dicho, una teoría universal del derecho en el naufragio de las teorías iusnaturalistas. El formalismo entendido como teoría del derecho puede entenderse como una especie de iusnaturalismo sin contenidos, una *nostalgia del iusnaturalismo pero con la negación historicista de la universalidad de los contenidos*. También las teorías formalistas del derecho aspiran a conclusiones válidas en absoluto universales, pero considerando exacta la crítica historicista buscan la universalidad en la estructura de las formas entendidas cabalmente como formas típicas del derecho.

Naturalmente, este intento combate no sólo en el frente del iusnaturalismo (que hoy, al menos en su forma clásica, no tiene muchos seguidores), sino también en el frente de la *sociología*, la cual tiende a considerar los fenómenos jurídicos como fenómenos que pueden estudiarse desde un punto de vista general sin renunciar a la búsqueda de los contenidos de las normas o, por mejor decir, de los comportamientos que a las normas en cierto modo corresponden, puesto que un estudio del derecho sin un estudio de estos comportamientos, según los sociólogos, no tiene sentido. Los *formalistas* combaten a los sociólogos porque piensan que el estudio del derecho debe partir de una idea del derecho. Si no se tiene clara la idea de la estructura de una norma, no se puede saber dónde hay derecho, porque no se sabe qué es una norma: donde está el derecho hay normas y por tanto si no se tiene clara la idea de lo que es la norma, no se puede captar qué es el derecho.

6. Crítica de la distinción entre Sein y Sollen

Resulta así evidente la función de la dicotomía kelseniana *Sein-Sollen*. El mundo del deber ser es el mundo de las normas. El *Sein* es el mundo del ser, del fenómeno estudiado por los científicos y por los sociólogos, los cuales se ocupan de lo que es, y que no se expresa en la forma del deber ser. Por tanto, según Kelsen, los sociólogos se equivocan ya al construir una teoría del ser, sin pensar que antes deberían, para comprender qué es el derecho, reconocer que el derecho es un deber ser y que este deber ser se expresa en un cierto modo, y comprender cómo se expresa. Sin embargo, como ya hemos dicho, si se trata de profundizar sobre qué diferencia establece Kelsen entre ser y deber ser no se consigue comprenderla. Kelsen da por descontada esta diferencia. Pero creo que en esta falta de profundización del significado respectivo de los términos *ser* y *deber ser*

radica el defecto principal de la teoría kelseniana.

Se podría ante todo notar que también este *deber ser* acaba convirtiéndose en un *ser*. Esta teoría contempla la norma como un objeto de estudio, exactamente como el sociólogo contempla un hecho social como objeto de estudio, o como el físico contempla también un hecho físico como objeto de estudio. El teórico de la norma adoptará, pues, una lógica y una metodología que no se ve por qué deben ser distintas de la lógica y la metodología de quien estudia cualquier otro objeto. De ahí que la norma no pueda ser en tal caso algo distinto de un *ser*, sino que será precisamente un *ser*, un dato de estudio como un fenómeno de cualquier otra naturaleza. Sólo en el momento en que la norma me manda, yo me digo «debo comportarme así», y entonces evidentemente no digo «es así». Pero si examino el hecho de que la norma me manda, este hecho es para mí un *ser*, un dato de estudio.

No parece en absoluto que Kelsen sospeche que el *Sollen* pueda, en cuanto es objeto de estudio, convertirse en un *Sein*. Además, Kelsen no profundiza en el análisis del *Sollen*, para ver si puede tener relaciones con el *Sein*. Cuando examinamos la reclamación y la consideramos como fundamental en el derecho, tratamos de precisar los elementos de la reclamación que tienen un aspecto previsivo, y por tanto una estrecha parentela con previsiones de tipo científico, y examinamos estas relaciones. Kelsen, en cambio, no se pregunta si existen contenidos de la experiencia, acciones y comportamientos que sean objeto de norma, y otros que no lo sean. Sin embargo, existen conductas que se encuadran necesariamente bajo la estructura de la norma y por tanto del *Sollen*, y otras que no se pueden encuadrar en dicha estructura. Ya aludimos a este hecho al observar que las reclamaciones se ejercen sobre eventos que no son automáticos, y por otra parte se ejercen sobre eventos que se consideran posibles: por ejemplo, cuando los romanos decían *ad impossibilia nemo tenetur* expresaban su punto de vista común a todos cuantos tienen una reclamación.

Hay lazos constantes entre el *deber ser* de la reclamación y el *ser* objeto de reclamación: por ejemplo, el *deber ser* es *el deber ser de un ser que se concibe como posible*. En efecto, no tenemos leyes ni reclamaciones relativas a la caída de un individuo desde arriba, porque tal caída se considera inevitable cuando los individuos se abandonan a la fuerza de la gravedad. La falta de profundización en los significados respectivos del *Sollen* y del *Sein* y las relaciones existentes entre estos dos significados es tanto más grave en Kelsen cuanto que las normas jurídicas se enuncian con frecuencia con fórmulas lingüísticas que no implican el empleo del término *Sollen* (deber). Por ejemplo, la generalidad de las normas

legislativas contemporáneas no se enuncian mediante el uso del verbo deber (*Sollen*), sino mediante el uso del verbo ser (*Sein*), conjugado en el presente de indicativo o en el futuro de indicativo. La fórmula «deber», en realidad, no se usa casi nunca en la formulación de las normas jurídicas: se usa en la formulación de las fórmulas morales, aunque esto no siempre es estrictamente necesario ni siquiera en este caso. Si Kelsen hubiera dicho o hubiera podido decir que todas las normas jurídicas se expresan en la fórmula del deber ser, es decir, implicando el uso del verbo deber, entonces su teoría habría tenido una justificación lingüística inmediata. En cambio, como en la formulación de las normas jurídicas en muchos casos no se emplea explícitamente esta fórmula, debemos concluir que el término *Sollen* no lo entiende Kelsen como expresión lingüística necesariamente empleada en las normas, sino como expresión lingüística que él emplea para expresar su noción de las normas, es decir, para expresar lo que las normas significan (algo que no es, sino que debe ser), aunque luego el significado kelseniano de las normas como deber ser no se explica nunca, sino que se acepta como evidente.

Disponemos hoy de una serie de trabajos, debidos especialmente a los analistas ingleses contemporáneos, en los cuales se intenta analizar las fórmulas lingüísticas con las que se expresan las proposiciones prescriptivas y la distinción entre las proposiciones normativas y las puramente descriptivas. Kelsen no hace este estudio. Cuando Kant decía que los principios morales son leyes que nos mandan en la fórmula del «tú debes», aludía a hechos de la conciencia. El significado de su teoría no era evidentemente lingüístico. Pero en una teoría que quiere contemplar no ya esos hechos de la conciencia que son los imperativos morales, sino las llamadas normas jurídicas, no se puede evidentemente atribuir a la palabra *Sollen* el significado solemne que le podía dar Kant, aludiendo a los hechos de la conciencia moral. Por otra parte, Kelsen se cuida de observar que las normas jurídicas no son hechos de conciencia. Ahora bien, este *Sollen* no es un hecho de conciencia, ni una fórmula lingüística con la que se expresan habitualmente las normas. ¿Qué es entonces el *Sollen*? He aquí un punto fundamental que la exposición de Kelsen deja en la sombra. Se puede decir que toda su teoría del derecho se basa en un concepto de *Sollen* que no se sabe bien en qué consiste.

7. La norma como mandato des-psicologizado

Es interesante aún constatar cómo Kelsen trata de definir la norma desde esta

óptica, pero se encuentra en una situación bastante difícil, precisamente porque quiere mantenerse en un terreno que no es nunca el del ser. Por ejemplo, realmente para no identificarse con los sociólogos, es decir, para no hallarse frente al *Sein*, Kelsen rechaza la teoría de la norma como mandato.

Si la norma fuera un mandato, sería un hecho psicológico, un elemento de la realidad social. Kelsen, en cambio, dice que *la norma es un mandato des-psicologizado*. Pero ¿qué significa esto? Es fácil entender qué es un mandato como hecho psicológico o como fórmula lingüística (*iubeo*); pero el mandato des-psicologizado no es ni chicha ni limonada. No es ya un mandato, es decir, no es un hecho psicológico, y tampoco es un *Sein*. Pero si no es un *Sein*, no se sabe qué es. Kelsen está probablemente influido por una corriente de pensamiento que se afirmó particularmente en Alemania en el siglo pasado y en los primeros decenios de éste en el campo de las ciencias que estudian al hombre, y que teorizó el «mundo del *Geist*». *Geist* tiene muchos significados, pero uno es precisamente éste: *el conjunto de los significados pensados*.

El *Geist* puede ser el espíritu de las personas entendidas como su pensamiento, pero también puede ser el conjunto de los pensados. Por ejemplo, al dominio del *Geist* pueden pertenecer los teoremas de la matemática no en cuanto el matemático los piensa, sino en cuanto son formulados, legibles e interpretables. Al dominio del *Geist* pueden pertenecer los poemas de Dante porque también aquí se trata de algo escrito, legible, interpretable. Evidentemente, Dante creó estos poemas, pero si nosotros los consideramos como separados de su persona, re-legibles y re-interpretables, tenemos algo que, de algún modo, se puede considerar *a se stante* y autónomo.

Acaso esta idea del *Geist* ha influido sobre la teoría kelseniana. También las normas pueden entenderse como un *Geist* en el sentido mencionado, es decir, como significados pensados y por lo tanto separados de la persona que los piensa, o por lo menos concebibles como separados, con una autonomía propia. Kelsen expresa esto con la fórmula «mandatos des-psicologizados», es decir, separados de la psicología de quien puede mandar en un cierto momento. Estos mandatos pueden ser «psicologizados» (si así puede decirse) en todo momento por quienes los hacen valer, pero tal como se expresan en una norma son des-psicologizados, como diría Kelsen, y pertenecen al dominio del *Geist*.

Esta postura acaso no pueda sostenerse, porque si es cierto que concebir las normas como significados pensados, en una primera aproximación, es perfectamente lógico, es igualmente cierto que, por ejemplo, la *Divina Comedia* no existe como conjunto de signos escritos en trozos de papel, sino como

conjunto de ideas que son pensadas en cuanto alguien las piensa y en cuanto dan lugar a un proceso psicológico. Concebida como texto *a se stante*, la *Divina Comedia* es ciertamente una posibilidad que nuestro pensamiento puede reproducir (como lo es una partitura musical). Los textos escritos y las partituras, como cosas autónomas, no son sino objetos físicos, fenómenos físicos; lo que tienen realmente de autónomo es el hecho físico. El significado entendido como algo que se piensa, que es repensable, no es autónomo, porque presupone un pensamiento que lo piensa. A lo sumo se puede considerar como *a se stante* la posibilidad de que, sobre la base de esos objetos físicos, las personas se pongan a pensar en sintonía con lo que ya pensaron otras personas, que dejaron sobre el papel esos signos. Pero decir que los signos dejados sobre el papel tienen una autonomía propia desde un punto de vista espiritual no es exacto.

Se puede hablar de la autonomía de un objeto físico, pero no de la autonomía de un significado. ¿Dónde existe un significado si nadie lo piensa? Por tanto, esta posibilidad de aislamiento de la norma como algo *a se stante*, que puede estar, por ejemplo, en las páginas de un libro y no es pensada por nadie (el mandato desideologizado), es un concepto un poco equívoco. Cuando Kelsen quiere combatir a los sociólogos, que identifican el derecho en los comportamientos de las personas, dirá: si consideráis los comportamientos de las personas, debéis siempre referiros a las normas que las personas tienen en mente cuando se comportan. Pero las normas que las personas tienen en mente no son mandatos des-psicologizados, sino que son hechos psicológicos. ¿Qué es, pues, el mandato des-psicologizado que nadie tiene en cuenta, porque sólo con esta condición puede ser des-psicologizado? El *punto crítico* de toda la teoría kelseniana de la norma es precisamente esta norma que no es un ser, que es un *deber ser*, que no se sabe en qué consiste, que quisiera ser autónoma respecto a los pensamientos de las personas, que en realidad no lo es nunca, a no ser que se considere como un conjunto de signos sobre el papel. Naturalmente, esta teoría no es ya equívoca cuando decimos que la norma es esa cierta actitud mental que tiene una persona cuando hace una determinada cosa; pero entonces la norma es un hecho psicológico.

8. Dificultad de los contenidos de sanción y coerción

Al principio de su *Teoría general del derecho y del Estado* afirma Kelsen que «el problema del derecho es el problema de un orden social». Habla, pues, en términos que se podrían reconducir a la visión sociológica. Ya hemos hablado

del concepto de institución, de sociedad como grupo; el *orden social* mencionado por Kelsen podría hacernos pensar en ese concepto. Kelsen dice expresamente: un cierto orden social tiene los caracteres del derecho, que es un orden legal. El derecho es un orden de la conducta humana: nos parece estar incluso en el campo de la sociología *behaviorista*, comportamentista, que es aquella que toma en consideración cabalmente los comportamientos de los individuos. Además, dice Kelsen, *el orden es un sistema de reglas*. En este punto el lenguaje kelseniano parece que se vuelve equívoco, porque aún no ha explicado en qué consiste el «sistema» y en qué consisten las «reglas».

Este orden, dice Kelsen en las primeras partes introductorias de la *Teoría general*, es la expresión de una técnica que consiste en determinar la conducta social de las personas que se desea a través de la amenaza de una medida de coerción que se aplicará en caso de conducta contraria. Nos encontramos siempre en el campo de la sociología, es decir, en el ámbito de algunas relaciones entre los hombres en tanto éstos adoptan determinados comportamientos y existe una técnica para constreñirlos a ciertos comportamientos mediante el uso de la amenaza de una coacción de tipo físico. La palabra «técnica» nos recuerda un proceso deliberadamente concebido por los hombres en vistas a determinados fines, y tal es la interpretación que Kelsen nos da del *derecho como una técnica*. Kelsen habla aquí de los hombres que crean y exigen el orden legal, y naturalmente piensa sobre todo en los legisladores de los Estados contemporáneos.

El elemento típico de este orden social, según Kelsen, es la *coerción*, que luego es —al menos según el concepto común— otro hecho físico o en todo caso psicológico, o sea, otro hecho que nos mantiene en el campo de la psicología. Lo que según Kelsen distingue el orden jurídico de cualquier otro orden social es este elemento coercitivo. Salta a la vista que cuando Kelsen habla de esta nota característica del orden legal, habla de coerción en sentido específico (en alemán, *Zwang*). A este respecto habría que distinguir también entre *los distintos tipos de coerción*, además de entre sanciones y coerciones. Existen tipos de coerción estrictamente física y otros de coerción puramente psicológica. Normalmente en el ordenamiento jurídico se aplica la coerción psicológica, porque se piensa que las personas respetan las leyes por temor al castigo. Y ésta, desde luego, puede tener las más variadas gradaciones. Al margen de esto está la coerción física. Si los agentes de policía me impiden materialmente pasar a un lugar, y me fuerzan en el caso de que yo oponga resistencia, evidentemente ejercen sobre mí una coerción de naturaleza física.

Se puede identificar la categoría general *sanción* que comprende también la coerción, y la categoría especial *coerción*, que comprende una variedad de coerciones: desde las de naturaleza psicológica a las de naturaleza física. Debe notarse a este respecto que también las coerciones que se podrían considerar de tipo físico, en realidad tienen un significado de sanción, y por tanto de coerción, que es psicológico. Si admitimos que también las sanciones de tipo físico tienen un significado psicológico, es muy difícil distinguirlas de otras sanciones que tengan un carácter puramente psicológico. Por ejemplo, la sanción del ridículo, que es muy temida, porque el ridículo —como dice el proverbio— mata. Por tanto, aceptar la diferencia entre normas jurídicas y normas no jurídicas por esta característica de la sanción es bastante dudoso, aunque con harta frecuencia los juristas se las hayan arreglado de este modo.

A pesar de la dificultad que presenta la aplicación de este concepto de sanción como concepto discriminante entre las normas jurídicas y las demás normas, Kelsen lo adopta. Algunos autores no lo han aceptado, como Bergbohm (este autor escribió su obra principal, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, a finales del siglo pasado, cuando aún en Alemania no existía el código civil y existía en cambio el sistema de las pandectas, según el cual el derecho consuetudinario era una fuente autónoma de derecho). Al escribir en un tiempo en que el derecho consuetudinario no respaldado por sanciones se consideraba aún como autónomo respecto al derecho legal, Bergbohm dudaba si concebir la sanción como elemento discriminatorio de la norma jurídica respecto a otros tipos de normas. Decía, en efecto, que —si la coacción hubiera que considerarla como elemento discriminatorio de la norma jurídica— habría que excluir del campo del derecho todo el derecho consuetudinario.

Kelsen no tiene ya este escrúpulo, pues escribe en un tiempo en el que el derecho consuetudinario ha pasado a un segundo plano, habiendo entrado en vigor el código civil alemán de 1900, y por tanto su visión gira en torno a la norma legiferada. Esto hace más fácil decir que la norma jurídica está respaldada por la coacción, mientras que las demás normas no lo están. Permanecen sin embargo todos los inconvenientes que derivan de la incertidumbre del concepto de coerción. En el particular sistema de Kelsen, las dificultades ligadas al concepto de coerción son aún mayores, ya que a él, fiel a la visión de las normas como «mandatos des-psicologizados», la coerción le interesa no porque sea un hecho sociológicamente considerable, sino porque está «prevista» en las normas y es un elemento del «mandato des-psicologizado». La «coerción» que él considera no es un proceso psicológico (temor a un castigo) ni tampoco el

impedimento material que se ejerce sobre ciertos individuos porque no ejecutan ciertas acciones (evento físico). La «coerción» le interesa en cuanto en el sistema de las normas jurídicas hay normas que «prevén» estas coerciones, como eventos que deberían suceder dadas ciertas circunstancias. Kelsen sostiene que «el elemento de la coerción es relevante sólo como parte del contenido de la norma jurídica, sólo como acto establecido por esta norma»,¹⁶¹ que contempla una sanción en el caso de que el individuo sujeto a la norma adopte cierto comportamiento descrito en la norma.

9. Validez y eficacia

Kelsen se cuida de notar a este respecto: el que los hombres se comporten efectivamente de manera que eviten la sanción con que amenaza la norma legal, y el que la sanción se aplique efectivamente en caso de que sus condiciones se verifiquen, son cuestiones que conciernen a la *eficacia del derecho*. Pero de lo que aquí se trata no es de la eficacia del derecho, sino de su validez. Aparece ya desde el comienzo del sistema kelseniano la conocida distinción entre *validez* (*Geltung*) y *eficacia* o *efficacy* (*Wirksamkeit*). Ahora bien, ¿qué es esta *Geltung* contrapuesta a la *Wirksamkeit*? Kelsen responde que por *validez* entiende la existencia específica de las normas. Afirmar que una norma es válida significa decir que asumimos que tiene fuerza vinculante para aquellos cuya conducta regula. Por tanto las normas de derecho, si son válidas, son normas que estipulan sanciones. Aquí se nos remite al concepto de fuerza vinculante. Pero no conseguimos ver cómo Kelsen concibe la fuerza vinculante. Para Kelsen esta fuerza es el *Sollen*, es el hecho de que deba hacerse algo. Pero si quisiéramos analizar más a fondo este concepto de vinculabilidad, no conseguiremos encontrar en Kelsen una explicación suficiente. Si en la *General Theory* buscamos en el índice analítico el término *validity*, no encontraremos una definición que nos remita a una explicación de lo que Kelsen entiende por tal.

A primera vista parecería que se comprende el concepto de validez: por ejemplo, existe la norma que impone pagar el 30 por 100 sobre la riqueza móvil por las rentas del capital. Kelsen dice que, aunque la gente no pague, no importa, porque la norma existe igualmente. Pero en realidad, ¿qué significa sostener que esa norma existe? Significa, dice Kelsen, que le atribuimos fuerza vinculante. Pero ¿qué significa decir fuerza vinculante, si por ejemplo la violamos? ¿Quién le atribuye fuerza vinculante? ¿Qué significa fuerza vinculante? Para Kelsen, el

Sollen es algo que se entiende por sí mismo: cuando se dice que algo debe ser, se tiene una norma; cuando en cambio se dice que algo es, se tiene una proposición de carácter científico o empírico. El hecho de decir que una fuerza «vinculante» existe como norma no nos explica aún nada, si no se nos remite a hechos psicológicos. Nos movemos en un limbo de normas que no se sabe qué son, porque no son ni eventos psicológicos ni datos de la experiencia moral a la manera de Kant. No son ni «hechos» de la ciencia, ni «hechos» de la moral de la razón práctica. No son ni siquiera hechos, porque son *deber ser*. No entes, sino algo que debe ser.

Probablemente Kelsen piensa en los teoremas de la geometría que por sí mismos se pueden considerar con independencia de quienes los piensan. Pero en un teorema de geometría las conclusiones a que llegamos, dadas las premisas, son *vinculantes*, pero no en el sentido de que alguien aplique una sanción si no llegamos a esa conclusión (aunque esto no se excluya: véase el caso del estudiante que suspende en el examen). En efecto, no es propio del razonamiento geométrico comportar una «sanción» si se falla. La vinculabilidad de un razonamiento geométrico es la vinculabilidad de nuestra lógica por la que no podemos menos de llegar a una determinada conclusión una vez que se acepta una determinada premisa. ¿Qué se entiende en cambio por *vinculabilidad* en una teoría como la kelseniana de la norma? No se trata, evidentemente, de una vinculabilidad de naturaleza lógica, ni fisiológica, porque Kelsen lo excluye, y tampoco de una vinculabilidad de naturaleza moral a la manera de Kant, porque no se trata de imperativos morales. ¿Qué es entonces? Para Kelsen es suficiente para caracterizar las normas el solo hecho de que éstas puedan expresarse con la palabra *Sollen*, o bien que se pueda decir de estas normas que son válidas, pero sin que se explique esa validez.

10. *Dificultad del concepto de validez*

Puede ser interesante un examen sistemático de todas las contraposiciones que Kelsen establece en su *Teoría general* entre validez y eficacia. Kelsen comienza diciendo: «El elemento de la “coerción”, que es esencial para el derecho, consiste, pues, no en la llamada “coacción psíquica”, sino en el hecho de que las reglas que forman el ordenamiento jurídico disponen en casos específicos de coerción, en calidad de sanciones. El elemento de la coerción sólo es relevante como parte del contenido de la norma jurídica, sólo como acto establecido por esta norma, y no como proceso mental del individuo sometido a la norma. Las

reglas que constituyen un sistema moral no tienen ese significado. El que efectivamente los hombres obren o no de suerte que eviten la sanción establecida por la norma jurídica, y el que efectivamente la sanción se aplique o no en el caso de que se verifiquen las condiciones, son cuestiones que conciernen a la eficacia del derecho. Pero aquí no se trata de la eficacia del derecho, sino de su validez.»^[7]

¿Cuál es la naturaleza de la validez en cuanto distinta de la eficacia? La diferencia puede ilustrarse mediante un ejemplo: la norma legal prohíbe el robo prescribiendo que todo ladrón debe ser castigado por el juez. Esta norma es «válida» para todos aquellos a los que se les prohíbe el robo. La norma legal es «válida» también respecto a quienes efectivamente roban y que con tal acción violan las normas. Lo cual equivale a decir que la norma legal es válida también en aquellos casos en que carece de eficacia. Es precisamente en estos casos en los que tiene que ser aplicada por el juez.^[8] La regla en cuestión es válida no sólo para los destinatarios de la norma, sino también para quienes aplican la ley. La norma conserva su validez aunque el ladrón consiga escapar y por tanto el juez no pueda castigarle aplicando la norma legal. La norma es válida para el juez, aunque carezca de eficacia en el sentido de que la condición de la sanción prescrita por la regla se verifica aun cuando el juez se encuentre en la incapacidad de ordenar la sanción. ¿Cuál es, pues, se pregunta Kelsen, el significado de la afirmación de que la norma es «válida» aunque, en un caso concreto, carezca de eficacia, no sea obedecida o aplicada? *Por validez*, afirma Kelsen, *entendemos la existencia específica de una norma*. O sea, sostener que una norma es válida equivale a decir que asumimos que tiene forma vinculante para aquellos cuya conducta regula.

Hasta aquí Kelsen. Pero ¿qué significa que «existen» normas? Por ejemplo, tomemos las normas del código de Hammurabi. Si leemos estas normas, ¿podemos sostener que existen? ¿Podemos decir que estas normas son aplicadas? ¿Podemos decir que existen como proposiciones lingüísticas? ¿Podemos decir que son válidas desde el punto de vista de Kelsen? Estas normas *no* son ciertamente *eficaces*, porque ya nadie las aplica, pero podemos decir que son normas jurídicas válidas, en cuanto tienen la forma de deber ser, y están dotadas de sanciones. Kelsen respondería que las normas del código de Hammurabi no son hoy válidas en cuanto no asumimos su «existencia», en cuanto no las consideramos dotadas de «fuerza vinculante». Pero ¿qué será este nuestro asumir las normas como dotadas de fuerza vinculante, si no un elemento psicológico? Ciertamente, se puede considerar la capacidad de vincular como un

concepto abstracto, pero esta abstracción se basa en eventos de naturaleza psicológica, es una abstracción de la psicología. ¿Qué puede ser esta validez de las normas que consiste en su existencia? ¿Qué puede ser esta existencia? ¿Qué puede ser su fuerza vinculante? Tendemos siempre a afirmar que nosotros u otros nos sentimos obligados a los comportamientos previstos por las normas si atribuimos a éstas el requisito de la capacidad vinculante. Pero con esto adoptamos un concepto psicológico. Por tanto, no se logra nunca afirmar en qué consiste esta validez distinta de la eficacia. ¿Por qué, por ejemplo, no debería ser eficaz la norma en el caso de que el juez no logre aplicar la sanción sobre el ladrón huido? Mientras tanto, la norma es eficaz para todos cuantos tratan de pillar al ladrón, para los guardias, para la policía, para el público ministerio, para el juez instructor que abre un proceso por robo a cargo de desconocidos, etc.

Pero si bien se mira, la norma es eficaz también para el ladrón, el cual ante todo asume su existencia en el ambiente que le rodea cuando prepara el robo. En efecto, éste es posible sólo si sus víctimas no lo consideran posible, al menos en el momento en que sucede, y una de las razones de que las personas no lo consideren posible es por lo general aquella de que la regla (no robar) vale para todos los que se acercan a las víctimas del robo. También se puede decir que la norma que prohíbe el robo es eficaz para el ladrón, al menos en el sentido que determina el comportamiento del ladrón incluso después del robo, forzándole a huir para evitar la captura, es decir, precisamente a esas famosas coerciones que están previstas también en la norma que prohíbe el robo y que Kelsen considera elemento esencial de la norma jurídica. Se puede incluso decir que, bajo esta óptica, la norma es mucho más eficaz para el ladrón que para los demás, porque el juez instructor por la noche no piensa más en ello, pero el ladrón sigue pensando porque puede ser capturado en cualquier momento.

11. *Dificultad del concepto de eficacia*

La distinción entre validez y eficacia parece, pues, un concepto claro, pero no lo es en absoluto. En la práctica pueden darse situaciones en que para algunos la norma es válida, es decir, eficaz, y para otros no lo es. Entonces resulta que para algunos la norma tiene un cierto efecto y para otros no lo tiene. Pero esto no significa que se pueda distinguir entre la validez y la eficacia de la norma. En la *Teoría general* se define la eficacia como «conformidad del comportamiento a la norma».^[9] A su vez, «validez del derecho significa que las normas jurídicas son

vinculantes, que los hombres deben comportarse según cuanto prescriben las normas jurídicas, que deben obedecer y aplicar las normas jurídicas». ^[10] ¿Qué significa que deben? Por lo general, la gente siente de algún modo su conducta influida por estas normas y entonces este *Sollen* designa un evento psicológico.

«Eficacia del derecho significa que los hombres se comportan efectivamente como deben comportarse, según las normas jurídicas, que las normas se aplican y obedecen efectivamente.» ^[11] Ahora bien, en esencia, si las normas son aplicadas, pueden ser válidas. Pero normalmente no se entiende cómo pueden ser válidas si nadie las aplica. Kelsen no profundiza en este problema y acepta como establecido el hecho de que exista, por una parte, una regla despsicologizada que diga: «Tú deberías hacer esto», y por otra parte exista en cambio «quien sigue la regla y quien no la sigue».

A continuación Kelsen afirma también: «La validez es una cualidad del derecho; la llamada eficacia es una cualidad del comportamiento efectivo de los hombres, y no, como el uso lingüístico parecería sugerir, del derecho mismo. La proposición de que el derecho es eficaz significa sólo que el comportamiento humano efectivo es conforme a las normas jurídicas. Por tanto, validez y eficacia se refieren a fenómenos totalmente distintos. El modo de hablar común, que implica que validez y eficacia son ambas atributos del derecho, es engañoso, aunque por la eficacia del derecho se entienda que la idea del derecho proporcione un motivo para una conducta conforme al derecho. El derecho como norma válida halla su expresión en la proposición de que los hombres deben comportarse de una determinada manera, es decir, en una proposición que nada nos dice sobre los eventos efectivos. La eficacia del derecho, entendida ahora en la acepción mencionada, consiste en el hecho de que los hombres tienden a observar la conducta exigida por una norma de la idea que ellos tienen de esta norma. Una proposición sobre la eficacia del derecho entendida en este sentido es una proposición sobre un comportamiento efectivo. Designando tanto la norma válida como la idea de la norma, que es un hecho psicológico, con el mismo término de “norma”, se comete un equívoco que puede dar lugar a graves errores. Sin embargo, como ya he notado, no estamos en condicione de decir nada preciso sobre el poder de motivación que pueda tener la idea que los hombres tienen del derecho. Objetivamente sólo podemos constatar que el comportamiento de los individuos se conforma o no a las normas jurídicas. El único significado atribuido al término “eficacia” del derecho en el presente estudio es por tanto que el comportamiento efectivo de los hombres se conforma a las normas jurídicas.

El juicio de que un comportamiento efectivo “se conforma” a una norma, o de que la conducta de alguien es como debe ser, según esta norma, puede calificarse como juicio de valor. Se trata de una proposición con la que se afirma una relación entre un objeto, y concretamente un comportamiento humano, y una norma que supone válida el individuo que hace esa declaración. Este juicio de valor debe distinguirse cuidadosamente de la afirmación con la que se afirma una relación entre el objeto y un interés del individuo que hace la declaración o de otros individuos. Juzgando que algo es “bueno”, podemos entender que nosotros (es decir, el sujeto que juzga u otros individuos) lo deseamos y lo encontramos grato. Nuestro juicio afirma aquí un estado de cosas efectivo; es nuestra o la de otros actitud emotiva respecto a lo “bueno” que verificamos. Lo mismo vale para el juicio de que algo es “malo”, si expresamos así nuestra actitud respecto a ello, es decir, que no lo deseamos o lo encontramos desagradable. Si designamos tales juicios como juicios de valor, entonces éstas son afirmaciones relativas a hechos efectivos; no son, pues, diferentes, en principio, de otros juicios relativos a la realidad.

El juicio de que algo —y la conducta humana en particular— es “bueno” o “malo”, puede también significar algo distinto de la afirmación de que yo, que pronuncio el juicio, u otros individuos encontramos la conducta agradable o desagradable. Semejante juicio puede también expresar la idea de que la conducta es, o no, conforme a una norma cuya validez doy por supuesta.»^[12]

Ahora bien, si presuponemos esta validez es porque la consideramos buena o porque otros la consideran buena. Tal es el punto en el que efectivamente no se comprende a Kelsen. La norma se emplea aquí como *standard* de valoración. Se podría también decir que los eventos efectivos se interpretan según una norma. La norma, cuya validez se da por garantizada, es decir que se toma como garantizada, sirve como *esquema de interpretación*. Pero tomarla como válida quiere decir que nosotros u otros expresamos este juicio de valor, es decir, la aceptamos, esto es nos sentimos vinculados a la norma. La psicología de quien se siente vinculado por la norma puede ser extremadamente variada. En realidad, puede haber un contraste entre el reconocimiento de la norma como regla de nuestra conducta y el deseo de rechazar ese reconocimiento en casos particulares, como decía Horacio: *Video meliora proboque, deteriora sequor*. Hay todo un juego psicológico que puede consistir en apreciar la norma o violarla. Pero todo esto no significa una distinción entre validez y eficacia que tenga un valor distinto del puramente psicológico. Así como el hecho de que alguien acepte una norma en una determinada sociedad, pero no la observe, no

nos lleva a una zona en la que habría una validez sin eficacia. He aquí el punto en que Kelsen no logra nunca convencernos, a pesar de la obviedad de su distinción entre validez y eficacia.

Resumiendo: la distinción entre validez y eficacia de la norma se introdujo como consecuencia de la introducción del concepto de sanción. Kelsen afirma que lo que distingue la norma jurídica de las demás normas, lo que distingue el orden legal de los demás órdenes, es la coerción, la cual no es un hecho físico ni un hecho psicológico, sino el hecho de que la norma prevea esta coerción. Llegamos así a la distinción entre lo que la norma prevé y lo que realmente sucede. Después vimos cómo Kelsen trata de fundamentar la distinción entre eficacia y validez de la norma como si se tratara de una distinción entre *hechos psicológicos*, por una parte (que son los que designarían la eficacia), y *validez* (que sería un concepto relativo a una entidad de orden distinto del psicológico), mientras que en realidad no se consigue ver (tal es nuestra crítica) en qué consiste esta entidad de otro orden que está por debajo de la palabra validez.

Si no es un hecho psicológico ni una pura expresión lingüística, ¿qué es? O hacemos el análisis gramatical de las normas y estudiamos por ejemplo el uso gramatical del verbo «deber», o bien hacemos un análisis de esta validez en la perspectiva de la psicología (y entonces se puede decir que se puede aceptar la norma y al mismo tiempo violarla), o bien aludimos al hecho de que algunas personas se sienten vinculadas a las normas, mientras que otras, en el mismo ámbito social, como el ladrón, no se sienten vinculadas. Nos hallamos siempre en el campo de los hechos: en esta famosa validez, que sería un concepto distinto y contrapuesto al de eficacia, no conseguimos comprender una cosa. Kelsen no nos da nunca una explicación convincente de esta diferencia. Ciertamente, en primera aproximación puede parecer obvio distinguir entre validez y eficacia en los casos psicológicos y sociológicos que hemos examinado, pero, en realidad, cuando se profundiza en la cuestión, no hay ninguna razón para distinguir como hace Kelsen.

12. *La norma básica depende de su eficacia*

Por otra parte, que este problema de la validez distinto de la eficacia sea un problema grave para Kelsen, resulta también del hecho de que Kelsen se ve obligado a admitir que en ciertos casos *la validez depende de la eficacia*, es decir, que no es un concepto perfectamente autónomo. En el capítulo titulado «El principio de efectividad» de su *Teoría general*, Kelsen habla del cambio de

las normas fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico, subrayando que ese cambio que puede verificarse cuando cambia, por ejemplo, la constitución de un país o cuando se produce una revolución. Semejante transformación tiene un alcance general para todo el ordenamiento jurídico. Para Kelsen, el orden jurídico es una especie de *jerarquía de normas* (veremos luego con qué criterio éstas son jerarquizadas), entre las cuales hay una *norma básica* (en alemán, *Urnorm*). Hay casos, dice Kelsen, en que el orden legal experimenta un completo cambio porque cambia la norma básica.

La *Urnorm*, a su vez, no es una norma —aquí está el punto crítico de todo el sistema kelseniano— como todas las demás: en definitiva, más que una norma, es una actitud de las personas; más que una norma entendida como proposición lingüística que hay que analizar en su formulación, es una actitud de las personas que participan de un determinado orden jurídico. En virtud de tal actitud, estas personas reconocen un cierto número de normas o bien reconocen como legítimas determinadas autoridades, a las cuales compete la emanación de las normas. Si en una cierta sociedad política las personas convienen en admitir que determinados conciudadanos suyos pueden emanar una constitución, las normas de la constitución no serán la norma o normas básicas; la norma básica será esta especie de consenso de las personas de esa sociedad, las cuales admiten que determinados conciudadanos suyos crean la constitución y están dispuestos a obedecerla. Esta norma básica, pues, no es una norma en el sentido en que Kelsen habla de las demás normas, porque es una actitud de las personas, es decir, una convicción, un conjunto de convicciones de las personas que son hechos psicológicos, hechos sociológicos; es decir, pertenecen a ese mundo del *Sein* que Kelsen quisiera dejar a un lado al hablar de las normas.

En conexión con este concepto, que introduce una marcada excepción a su principio de la norma como algo independiente de la eficacia (porque la norma básica es precisamente algo que tiene eficacia), Kelsen hace distinciones en que vuelve a hablar del principio de efectividad y dice: «Si tratamos de explicitar el presupuesto en que se basan estas consideraciones jurídicas, hallamos que las normas del viejo orden jurídico» —se habla del caso ya mencionado en que una vieja constitución es sustituida por otra nueva— «se consideran como carentes de validez porque la vieja constitución, y por tanto las normas jurídicas que en ella se basan, el viejo ordenamiento jurídico, tomado en su conjunto, ha perdido su eficacia.»^[13] Se vuelve a hablar de eficacia en cuanto se admite que las normas fundamentales de un país, por ejemplo la constitución (no la norma básica), pueden perder su validez porque todo el sistema ha perdido su eficacia.

Pero aquí entonces la validez depende de la eficacia: en particular de la eficacia de la *Unorm*, que, en esencia, consiste en el consenso de las personas, en la comprobación por parte de las personas de una cierta autonomía o bien de una cierta constitución.

La distinción entre validez y eficacia aparece así también en el sistema de Kelsen, que por tanto acaba refiriéndose a la eficacia y a la conducta efectiva, es decir, a elementos del mundo del *Sein*, del mundo que estudian los psicólogos y los sociólogos. «La eficacia del ordenamiento jurídico en su conjunto —subraya Kelsen— es una condición necesaria para la validez de toda norma del ordenamiento. Es una *conditio sine qua non*, pero no una *conditio per quam*.»^[14]

En otras palabras, la validez de toda norma particular no depende directamente de su eficacia, sino de la eficacia del orden a que esta norma pertenece; es decir, depende de que los ciudadanos reconocen este orden en su conjunto, y lo reconocen como eficaz. *La eficacia del orden legal en su conjunto es, para Kelsen, una condición necesaria para la validez de toda norma particular de ese orden.* La eficacia del orden legal en su conjunto es una condición, no la razón de la validez de las normas que lo integran. Kelsen se esfuerza en mantener esta distinción y dice: las normas como tales tienen una vigencia propia, una validez que no depende de que sean observadas; pero esta su vigencia, esta su validez se basa en el hecho de que las personas aceptan en ese ámbito social todo el orden legal al que la norma pertenece. Lo aceptan, y esto representa un hecho; es decir, el orden legal en su conjunto, al que esa norma pertenece, tiene una eficacia propia. Kelsen realiza aquí el intento de distinguir la validez en un plano más «bajo», que es el de las distintas normas, de la validez del orden legal en su conjunto, la cual acaba confundándose con su eficacia. Pero no logramos comprender cómo él ha podido distinguir en un primer tiempo tan netamente la eficacia de la validez, si luego la validez de las distintas normas depende en su sistema de la eficacia del orden en su conjunto, es decir, de que este orden sea observado.

En otros términos, el intento kelseniano de considerar la validez con independencia de la eficacia entra en crisis por obra del propio Kelsen. Decir que el concepto de validez vale para las normas particulares pero no para el ordenamiento en su conjunto, porque para el todo vale también el concepto de eficacia, en el que se basa el concepto de validez de las distintas normas, significa en realidad negar la importancia de toda la distinción entre validez y eficacia. Si así no fuera, podríamos imaginar que el orden en su conjunto es aceptado por todos, siendo así que ninguna norma particular es aceptada por

alguien, y deberemos concluir en tal caso que todas las normas son válidas, a pesar de tener que admitir que nadie las acepte. Si queremos evitar esta paradoja, debemos renunciar a la distinción entre validez y eficacia de las normas, incluso en el plano de las distintas normas. Es decir, deberemos admitir que la validez de estas normas, en definitiva, no depende de la aceptación del orden en su conjunto, sino de la aceptación efectiva de cada una de las normas.

13. Los conceptos de legitimidad y de Estado

Sea como fuere, Kelsen trata de mantener la distinción. Toda norma particular pierde para él su validez cuando el orden legal en su conjunto, al que la misma pertenece, pierde su eficacia como un todo. Las distintas normas son válidas porque están creadas de un modo constitucional. Esta constitucionalidad descansa a su vez sobre la norma básica, por la que la gente acepta este tipo de constitución, es decir, por la que el orden legal, empezando por la constitución del país, se considera válido y por tanto eficaz.

«Estas [normas] son válidas [...] porque son creadas de un modo constitucional. Son válidas, sin embargo, sólo a condición de que el ordenamiento jurídico en su conjunto sea eficaz, y dejan de ser válidas no sólo cuando son derogadas de un modo constitucional, sino también cuando el ordenamiento en su conjunto deja de ser eficaz. No se puede, pues, sostener que, jurídicamente, los hombres deben comportarse de conformidad con una determinada norma, si el ordenamiento jurídico total, del que esa norma es parte integrante, ha perdido su eficacia. El principio de legitimidad está, pues, limitado por el principio de la efectividad.»^[15] La legitimación es otro de los términos empleados por Kelsen, que transforma así otro concepto jurídico en un concepto de teoría del derecho. Si la norma deriva de una autoridad legítima, es una norma legal, es una norma válida, vigente según este orden. Una norma que emana de una autoridad legislativa, por ejemplo el parlamento en Italia, es una norma legal porque emana de una autoridad legítima que ha legislado del modo establecido (según las normas constitucionales). Como es fácil constatar, después de haber hecho esta distinción y haber tratado de fundamentar toda la teoría del derecho sobre una teoría de la norma sin referencia a su eficacia, el propio Kelsen, creando su propio sistema e introduciendo su concepto de orden jurídico al que las normas particulares pertenecen, en realidad ha querido admitir (como alguien superficialmente podría ser inducido a creer) que la constitución misma no

representa la norma básica, sino que se basa en el consenso de los ciudadanos. Kelsen se ha visto así obligado, en definitiva, a admitir que una norma es válida, si no directamente, al menos de una manera indirecta, porque el orden legal es eficaz; es decir, porque la gente la acepta o por lo menos, si no acepta precisamente esa norma particular, acepta el conjunto de las normas.

Al examinar su concepto de orden legal veremos cómo construye todo su sistema sobre esa norma básica y cómo efectivamente esto pone en crisis toda la teoría. Es curioso notar cómo, a propósito de la relación entre ordenamiento jurídico y *norma básica*, Kelsen introduce consideraciones cronológicas e históricas que muy poco tienen que ver con la distinción en el plano conceptual entre validez y eficacia o entre norma básica y normas derivadas. En efecto, este problema puede volver a presentarse para todo momento histórico y para todo ordenamiento jurídico históricamente considerado: no es, pues, un problema que se pueda resolver recurriendo a un momento histórico determinado como a un punto de partida de un orden conceptual. La norma jurídica individual —escribe Kelsen— sigue siendo válida mientras forme parte de un orden válido. *La cuestión de si una norma individual es válida se resuelve recurriendo a la primera [sic] constitución.* En un cierto punto, como vemos, el problema del sistema de normas, y por tanto del orden jurídico, se convierte inesperadamente en el problema histórico o pseudo-histórico de la primera constitución, es decir, un problema de orden cronológico.

En mis *Lezioni di dottrina dello Stato* trato la concepción kelseniana de la estatalidad. En efecto, en varios escritos, Kelsen polemiza con los sociólogos del Estado y con los sociólogos de la política, los cuales afirman que el Estado no es un concepto jurídico, sino que puede considerarse como un conjunto de poderes. En tal caso se puede prescindir de la teoría normativa y decir que el Estado no es un conjunto de normas, sino un nombre que damos a determinados comportamientos, por ejemplo al de las personas que obedecen ante el gesto de las personas que mandan. Por el contrario, Kelsen afirma que el Estado no es una realidad autónoma, sino simplemente un nombre que damos no a los comportamientos de quienes mandan y respectivamente de quienes obedecen, sino al conjunto de normas. Es decir, es un modo de denominar el orden legal o jurídico. *La palabra Estado, en breve, para Kelsen no es sino otro modo para nombrar el orden jurídico.*

El Estado no tiene, pues, consistencia alguna como objeto de estudio sociológico o psicológico, porque no es otra cosa que el conjunto de las normas entendidas no ya como *Sein*, sino como *Sollen*, y por tanto como aquellas

proposiciones que expresan una obligación. A este respecto, Kelsen nota que cuando hay una relación de mandato y de obediencia en realidad se da siempre una relación entre personas que tienen en mente determinadas normas y que por tanto se comportan según determinadas normas. Ésta sería la prueba de que una vez más el punto de vista de la teoría normativa, que tiene por objeto la norma, se revela como un criterio directivo también en el ámbito de la teoría sociológica, que tiene por objeto propio el comportamiento efectivo de los hombres.

14. *Derecho natural y sociología*

Ya hemos visto con qué dificultades choca la teoría de la norma como entidad *sui generis*, concebida a la manera de Kelsen. Aquí conviene sólo añadir una observación ulterior. Decir que las personas tienen en mente determinadas normas, cuando se comportan de una determinada manera como quien manda u obedece, es decir que determinadas personas entablan relación de mando-obediencia porque tienen en mente determinadas normas, significa afirmar que tales normas en estas personas se convierten en *eventos psicológicos*. No se trata, pues, ya de las normas en el sentido kelseniano; el hecho de que Kelsen no parezca notar la diferencia constituye una ulterior demostración de la ambigüedad de su teoría de la norma.

Kelsen habla de la validez también en relación al llamado *derecho natural* y escribe: «La tendencia, que constantemente aparece también en una teoría con pretensiones positivistas, de identificar la validez del derecho positivo con su eficacia, y de negar al derecho positivo toda validez específica que no sea idéntica a su eficacia —en definitiva—, tiene su origen en una especulación del derecho natural, y tiene cierta afinidad con la tendencia sociológica de la ciencia del derecho, cuyo carácter iusnaturalista apenas es disimulado por la terminología de la causalidad.» Como se ve, aquí Kelsen *acusa a los sociólogos del derecho de ser iusnaturalistas enmascarados*. Se trata de entenderse sobre qué se quiere decir cuando se habla de iusnaturalismo. Si por iusnaturalismo entendemos una teoría que afirma la existencia de leyes absolutas, que tienen determinados contenidos de valor absoluto, habrá que especificar el uso que queremos hacer de la palabra *absoluto*: evidentemente, una teoría empírica del derecho deberá apartarse de la adopción del concepto de absoluto, por tanto difícilmente podrá aceptar el carácter absoluto como característica de algunas normas, aunque sean muy generales.

Pero esto no quita que, como ocurre siempre en una ciencia empírica, se pueda buscar —siguiendo las huellas de lo que puede definirse la vena no metafísica y empírica del viejo iusnaturalismo— de extender las generalizaciones relativas a los contenidos de las normas sobre la base del estudio más amplio posible de los derechos históricos. Podemos decir, por ejemplo, que la exigencia de mantener la paz en el ámbito de las distintas comunidades históricas es una exigencia muy general, válida también en el interior de las sociedades de guerreros. Éstos combatirán contra los otros, pero evidentemente no podrán combatir entre ellos, sino dentro de ciertos límites, si no quieren destruir su sociedad. Se trata aquí, obviamente, de una regla general relativa a la organización de todo tipo de sociedad histórica conocida. Si, como pensaba Hobbes, encontramos estos tipos de reglas en todas las sociedades, desde las más primitivas a las más desarrolladas, podemos invocar principios generales aun manteniéndonos en un plano empírico.

De manera análoga, cuando los economistas dicen que la acción económica depende de una cierta elección que el individuo hace en relación a una determinada jerarquía de valores que este individuo acepta, y depende de una precisa utilización de medios limitados que el individuo adopta para alcanzar estos fines, tratando de *analizar lo útil*, no tienen en absoluto la pretensión de enunciar una generalización que, por lo que sabemos, es válida para todo tipo de sociedad económica conocida. Cuando el economista observa que la economía es la ciencia de la elección en régimen de escasez, no pretende con ello enunciar un principio absoluto. Y sin embargo nadie acusa por esto al economista de iusnaturalismo o de «economonaturalismo». Es interesante notar a este respecto que existe la palabra iusnaturalismo, pero no la palabra «economonaturalismo», para criticar la actitud empírica de quienes aceptan determinados principios generales en economía: principios que, como sucede en cualquier otra ciencia empírica, no tienen validez absoluta, pero tienen un alcance general y son útiles instrumentos de análisis de los fenómenos considerados. Se podría, pues, decir que muchos iusnaturalistas eran sociólogos del derecho disfrazados. Por el contrario, no tiene mucho sentido decir —con Kelsen— que los sociólogos son iusnaturalistas disfrazados, si se pretende decir con ello que los sociólogos son metafísicos disfrazados.

15. *Validez exclusiva del orden legal*

Otro desarrollo interesante de la teoría kelseniana de la validez se refiere a la

validez «excluyente» del orden nacional legal: según Kelsen, este concepto se refiere a la contraposición entre orden nacional jurídico, o legal, y orden internacional. Kelsen erige aquí como concepto fundamental de la teoría del derecho el dogma de los juristas dogmáticos, según el cual un ordenamiento jurídico determinado debe entenderse como *excluyente* de cualquier otro ordenamiento distinto o contrario. Ahora bien, semejante dogma, que es un útil instrumento técnico en manos de los intérpretes del ordenamiento positivo, manifiesta su insuficiencia cuando se trata de teoría del derecho. ¿Qué debe entenderse por validez «excluyente» del orden legal nacional? ¿Excluyente para quién? Para quien lo acepta como excluyente, es decir, para quien considera eficaz tan sólo el orden legal nacional. Pero supongamos que a pocos pasos de nosotros, que admitimos esta validez excluyente, está *Pascalone e' Nola* o sus asesinos.^[16] Todos éstos, evidentemente, admiten otro orden que no es el legal del Estado italiano de 1959.

En su sociedad se admite que se puede matar a alguien porque ha violado algunas reglas que no son las del Estado; y que se le puede aplicar la pena de muerte, que no está prevista en la ley del Estado: ni por la violación de esas normas ni por la violación de otras. Estos individuos no consideran excluyente el ordenamiento que nosotros probablemente consideramos tal, o sea, el ordenamiento del Estado italiano. La exclusividad de la validez, en realidad, es el convencimiento de las personas de que sólo un orden debe valer, y por tanto la aceptación de este orden como válido de manera exclusiva. Podemos conceptualizar esta actitud hablando de «validez exclusiva». Lamentablemente, la oscuridad en que Kelsen deja el concepto de *ought* o de *Sollen* es perjudicial para toda la teoría, porque no sabemos nunca exactamente en qué mundos nos movemos. Ya hemos visto cómo Kelsen no analiza nunca efectivamente el concepto de *Sollen*. En este sentido, la teoría de Kelsen es anticuada respecto a teorías más modernas que han examinado, comparándolas, las llamadas proposiciones descriptivas con las prescriptivas para ver qué tienen en común y también, eventualmente, para reducir unas a otras. Kelsen, en cambio, se limita a asumir apodícticamente que entre estos dos tipos de proposiciones existe un abismo, porque el uno se refiere al *Sollen* y el otro al *Sein*, y por tanto a dos aspectos del mundo completamente distintos.

16. *El concepto de positividad*

Otro concepto muy importante para la teoría kelseniana del derecho, pero también éste bastante oscuro, es el *concepto de positividad*. El término *derecho positivo* aparece con mucha frecuencia, y se contrapone a otras maneras de concebir el derecho, por ejemplo a la que podría ser nuestra personal idea de la justicia. El derecho positivo como tal se considera como el único derecho del que puede hablarse legítimamente porque es el derecho vigente, que es aceptado, que es eficaz. La palabra *positivo* no siempre se emplea de un modo muy claro, especialmente por Kelsen. En mis lecciones sobre el pensamiento antiguo he puesto de relieve cómo este concepto de positividad aplicado al derecho es muy antiguo y cómo ya lo aplicaron los antiguos griegos, que empleaban expresiones conexas con el verbo *titemi* para designar ciertos aspectos de su derecho y en particular las *temistes*, es decir, aquellas sentencias que tenían el carácter de una especie de parecer del hombre sabio, al que las partes se dirigían para resolver las controversias. El árbitro reconocido por las partes les proponía o imponía, en virtud de su autoridad, la solución.

Esto mientras el derecho fue judicial, como el de Homero. En efecto, en la *Odisea*, para designar el carácter primitivo de los cíclopes, Homero dice que no tenían las *agorai buleforoi* ni las *temistes*, es decir, no tenían las reuniones deliberativas de grupo ni la administración de la justicia; por tanto, no tenían ni el derecho que hoy llamaríamos «político» ni las «instituciones jurídicas», que evidentemente para Homero eran sobre todo las instituciones judiciales. Pero los griegos designaban también con otras palabras ligadas al verbo *titemi* el derecho, aunque el derecho no era sólo el judicial. Por ejemplo, se denominaban *tesmoi* aquellas reglas consuetudinarias que regulaban la vida asociada. Por tanto, también aquí aparece la idea de «poner», ligada al hecho de que las instituciones jurídicas (ya se trate de las sentencias del árbitro o de reglas consuetudinarias) tienen siempre un carácter dependiente de la voluntad del hombre y representan el resultado de una deliberación activa del hombre, son «puestas» por el hombre.

Los propios romanos hablaban de *iura in civitate posita*. Evidentemente, había en esta idea del «poner» el derecho la referencia a la voluntad de las personas que actuaban según el derecho: una voluntad que consistía en proponerlo, en ponerlo, y en todo caso seguirlo. Este concepto de la positividad ha sido acentuado en la edad contemporánea sobre todo como consecuencia de la polémica contra el iusnaturalismo. Se ha dicho que los sistemas de derecho natural de las grandes escuelas filosóficas de los siglos XVII y XVIII podían considerarse simples elucubraciones de filósofos particulares, en contraste con el derecho «puesto» en la sociedad, que se observa efectivamente en la sociedad. El

«derecho natural» podía calificarse como un derecho no impuesto ni propuesto generalmente por el público, sino sólo imaginado por algún filósofo, mientras por «derecho positivo» se entendía el que era puesto, impuesto o propuesto en una determinada sociedad histórica.

Kelsen no hace sino referirse a esta polémica cuando afirma que el derecho es siempre derecho positivo y que su positividad consiste en que es creado o anulado por actos de seres humanos, apareciendo así independiente de la moralidad y de sistemas de normas semejantes. Así, para Kelsen, la moralidad es algo que no es puesto por los seres humanos; parecería que Kelsen acepta en cierto sentido una teoría de la «moral natural», mientras que en cambio considera el derecho como no natural, sino siempre puesto, deliberado, siempre dependiente de particulares actos de voluntad. Y es esta positividad la que, según Kelsen, nos permite distinguir entre el «derecho» en el sentido propio de la palabra y el llamado «derecho natural». Mientras que las normas del «derecho positivo» son «creadas» por determinadas autoridades, contempladas en una norma superior, dice siempre Kelsen, las «normas del derecho natural y de la moralidad» se deducen mediante una especie de inferencia lógica de alguna norma general básica o al menos de alguna norma general precedente.

Por ejemplo, para Kelsen, «ayuda a tu prójimo cuando necesita tu ayuda» es una norma que se puede deducir de la norma más general «ayuda a tu prójimo». Al contrario, la norma legal se deduce de un especial acto de voluntad y no, como dice Kelsen, se deduce lógicamente de una premisa en virtud de una operación intelectual. Esta distinción vale hasta cierto punto: desde luego, no es en absoluto cierto que las normas jurídicas, tal como se las entiende comúnmente, no se deducen. Por ejemplo, el juez crea esa norma particular que es la sentencia, pero en realidad esta creación de la norma-sentencia es siempre un proceso que se verifica a través de una deducción: la regla general es ésta, el caso jurídico es éste, aplico la regla y obtengo la sentencia en este proceso.

17. El procedimiento del juez

Se ha discutido mucho sobre la efectiva naturaleza del procedimiento del juez, es decir, se ha dicho: el juez finge muy a menudo obtener su sentencia de una premisa general, mientras que en realidad, en muchos casos, emana sentencias que expresan su convencimiento personal, y muchas veces pasa por alto la que sería la deducción rigurosa de la regla. Con frecuencia, el juez se forma una idea propia de la razón o sinrazón de las partes, y luego utiliza la ley para dar forma a

estas ideas en una sentencia. Sin embargo, sería un grave desconocimiento del proceso mental del juez pensar que éste invoca la ley sólo para sostener su propia convicción. Puede haber un cierto proceso de ajuste de las deducciones en la sentencia, puede haber sin duda un proceso de apologética por el que se piensa que se posee la verdad y se ajustan los razonamientos para poder presentarla. El proceso de ajuste de las circunstancias a la tesis sostenida por el juez es en cierto sentido inevitable. Pero esto no equivale a decir que el juez hace lo que se le antoja, y que en realidad la sentencia no es nunca fruto de una deducción.

Existe actualmente una escuela, especialmente en los países anglosajones, el llamado *realismo*, que considera el derecho de los jueces como algo que los jueces crean continuamente, casi a pesar de las que podrían ser las reglas generales. Según esta escuela, el juez fingiría obtener una regla general siempre que le venga bien, pero en realidad aplicaría una convicción propia sobre la razón o la falta de razón de las partes, sin relación necesaria con esa regla. Esta idea puede ser justa en los detalles, pero sustancialmente no lo es.

Kelsen parece decir (teniendo en cuenta toda su teoría del sistema de normas) que siempre que se produce una cierta norma a cualquier nivel, esta norma en realidad no representa el resultado de un proceso lógico deductivo aplicado a normas precedentes. Por otra parte, Kelsen quisiera fundamentar su sistema precisamente en esta construcción, para la que las normas jurídicas se distinguen de las demás normas (por ejemplo, las normas morales), porque no se deducen de normas más generales, mientras que las normas morales sí lo son.

En cambio, en muchos casos, también las normas jurídicas se deducen de normas que se consideran generales.

Que este proceso sea verdadero o falso, correcto o incorrecto, es algo que hay que discutir en cada caso; pero es innegable que el juez trata de aplicar una cierta regla según un procedimiento deductivo. Esto vale tanto en el derecho anglosajón como en el nuestro, donde no existe un derecho de los jueces, sino que existen leyes de las que el juez extrae las consecuencias que aplica en la sentencia. A este respecto, naturalmente, habría que comparar ambos sistemas; pero, en todo caso, sigue siendo cierto que, aparte estos detalles, el proceso del juez es siempre un proceso de deducción, incluso en el sentido lógico, y no es sólo la creación *ex novo* de una norma.

Análogamente, si nos referimos a un nivel distinto de creación del derecho, por ejemplo al nivel de creación de las leyes ordinarias respecto a las leyes constitucionales, vemos que las leyes ordinarias tienden a ser emanadas precisamente como resultado de determinadas deducciones que los legisladores

hacen partiendo de ciertas premisas, que son las normas constitucionales. Kelsen ha intentado sostener que también un tribunal constitucional, cuando interpreta la constitucionalidad de una ley, en realidad no efectúa deducciones teóricas de la constitución para compararla con esta ley, sino un acto de voluntad y por tanto una especie de acto de creación del derecho a través de la sentencia. En otros términos, el tribunal constitucional sería un órgano legislativo con la apariencia de un órgano judicial.

Todo esto no es fácil de aceptar. Es cierto que una ley no es anticonstitucional mientras un tribunal constitucional no lo ha declarado tal, y por tanto que se podría decir que por efecto de este acto de voluntad del tribunal la ley resulta inconstitucional y por tanto se crea una especie de derecho nuevo que consiste en la abrogación de esta ley (esto es cierto especialmente en nuestro sistema, en el que la inconstitucionalidad de una ley la pronuncia el tribunal constitucional en relación a un caso particular, aunque tiene validez *erga omnes*, mientras que en Estados Unidos la declaración de inconstitucional de una ley emanada del tribunal federal vale sólo en relación con las partes). Pero también es cierto que el tribunal no piensa decidir por pura arbitrariedad, sino que deduce su sentencia de la consideración de ciertas premisas.

En definitiva, no se comprende por qué este proceso deductivo se niega en el derecho y por qué se quiere sostener que la diferencia fundamental entre un sistema de normas jurídicas y un sistema —por ejemplo— de normas morales se busca en el hecho de que estas últimas se pueden deducir una de otra con una especie de proceso lógico, mientras que las normas jurídicas no lo serían, dado que existen autoridades competentes para emanar, y esto sería suficiente. Naturalmente, la cuestión de la creación de las normas jurídicas por la autoridad demuestra un hecho interesante: que las *normas jurídicas son creadas por las autoridades legales en diversos niveles*. Tal parece ser, en esencia, el punto de vista de Kelsen.

Sin embargo, la palabra *crear* nos deja perplejos. ¿Qué entiende Kelsen cuando dice que las normas son creadas? Como antes para el término *Sollen*, para el término *positividad*, para el término *validez*, etc., Kelsen no explica nunca exactamente qué entiende por el término «crear». ¿Qué es esta operación del crear en contraposición a la de «deducir»? Kelsen no lo dice. Por ejemplo, no profundiza en la relación (que sin embargo debería existir) entre la creación de estas normas por parte de las autoridades competentes y la referencia de estas normas a determinados hechos; mejor dicho, la inserción de estas normas en un contexto de hechos en que las normas sean válidas, sean aceptadas, sean

eficaces. ¿Podemos decir, por ejemplo, que quienes emanan las normas a cualquier nivel no se preocupan en absoluto del contexto en el que se dictan las normas? Esto sería absurdo. Las normas se dictan siempre en relación a un muy preciso contexto de hechos.

¿Cuál es la relación entre este contexto de hechos y la creación de las normas? Puede pensarse que las autoridades que emanan normas consideren la creación misma de las normas como el resultado de un proceso que en parte puede ser deductivo y que comprende entre sus premisas la existencia de ciertos hechos, de ciertos criterios y de ciertos medios para llegar a ciertos criterios en relación con esos hechos y por tanto, en definitiva, presenten su ley como el resultado de todo un proceso mental complejo en el que domina la deducción. La aplicación de una norma a un hecho, entendida como reglamentación del hecho, es ya un proceso deductivo y puede serlo en muchos aspectos. Todo esto no lo analiza Kelsen suficientemente. Pero si es un proceso deductivo, evidentemente, ¿cómo podemos decir que la distinción entre un sistema de normas jurídicas y un sistema de normas morales residiría en el hecho de que estas últimas admiten un tal proceso deductivo y las normas jurídicas lo excluirían en cuanto simples creaciones de la autoridad legisladora?

18. *Derecho positivo y derecho natural*

Este concepto de la positividad es un concepto oscuro, que se basa en el concepto igualmente oscuro de creación.

Por otra parte, si el concepto de positividad es oscuro y ciertamente no lo aclara el concepto de creación, queda por preguntar cómo podemos contraponer este derecho positivo al llamado derecho natural.

Si no sabemos qué quiere decir «positivo», ¿cómo podemos contraponer el derecho positivo al derecho natural? La polémica contra el iusnaturalismo, que se hace en nombre de un derecho positivo cuya positividad se afirma, pero sin decir en qué consiste esa positividad, efectivamente resulta difícil de comprender.

Los defensores del derecho natural quisieran tomarse aquí una revancha. Podrían decir: ¿vosotros combatís el derecho natural en nombre de un derecho positivo? Explicadnos en qué consiste este derecho positivo. ¿Es el derecho que hace el legislador?, pero ¿quién es el legislador? ¿Por qué éste es el legislador y ese otro no lo es, qué significa crear? Muchas polémicas contra el derecho natural las han hecho autores que concebían el derecho positivo como algo

evidente. Por ejemplo, Bergbohm afirma que el derecho positivo es el derecho que se deriva de un proceso histórico y es el derecho que es eficaz en un determinado ambiente. Se podría, sin embargo, objetar a Bergbohm que también el derecho natural se deriva de un proceso histórico, de autores que se pusieron a elaborar un sistema que tuvo seguidores, que existe toda una edad histórica marcada por la elaboración de este tipo de sistemas, y también que estos sistemas han influido profundamente en las legislaciones, en la actuación de los príncipes, en el comportamiento jurídico de las personas.

¿Cómo se puede decir que el derecho natural en este sentido no era un proceso histórico? Si se quisiera replicar que una cosa es el proceso histórico del derecho natural en este sentido, y otra el proceso histórico del derecho positivo, habría que volver a estudiar en qué el derecho positivo se distingue por su proceso histórico del derecho natural. Nos hallamos, pues, ante dos procesos históricos. ¿En qué consiste su diferencia? Se podría decir: hay personas que aceptan el derecho marcado por la positividad, y otras en cambio que se limitan a hacer elucubraciones filosóficas sobre lo que debería ser el derecho, y también personas que aceptan el punto de vista de estos filósofos. El problema de distinguir entre los partidarios de los filósofos iusnaturalistas y los que obedecen el derecho positivo parece convertirse en un problema meramente estadístico, porque en cierto sentido también el conjunto de principios y de normas de derecho natural, propuesto por algunos filósofos, y eventualmente seguido por sus adeptos, constituye un derecho «positivo». No es así como puede establecerse una distinción de principio entre derecho natural y derecho positivo, porque para establecer una distinción de principio habría que profundizar en este concepto de derecho positivo.

Suponed que yo esté convencido de la bondad de un derecho natural de tipo tomista y me comporte exactamente de acuerdo con esta convicción: para mí éste es un derecho positivo. Se dirá que no es positivo porque no ha emanado de un legislador oficial. Pero ¿qué es un legislador oficial? Es una persona que otras determinadas personas consideran cualificada para emanar el derecho. Pero ¿qué diferencia hay entre esta persona y, por ejemplo, el autor de un sistema de derecho natural que considero cualificado para emanar el derecho que deseo seguir? Como siempre habrá una diferencia estadística, es decir, habrá muchas personas que aceptarán el derecho emanado por ejemplo por el príncipe de un Estado y pocas personas que aceptarán un derecho natural contrario al derecho del Estado. Se tratará de distinciones puramente cuantitativas. El derecho natural, en cierto sentido, es derecho positivo para quienes lo aceptan, porque es

puesto por alguien y obedecido por alguien. Al mismo tiempo se podría decir que el derecho positivo es un derecho natural para todos aquellos que, aceptándolo, lo consideran como emanación de una racionalidad y lo consideran derecho racional.

19. Dificultad del concepto de derecho positivo

La confusión aumenta aún cuando Kelsen trata de darnos definiciones relativas a este derecho positivo. Por ejemplo, al comienzo de la *Teoría general* subraya cómo a su entender el derecho positivo está condicionado por hechos efectivamente verificables. A las normas del derecho positivo corresponde una cierta realidad social, de suerte que en este sentido el derecho es derecho objetivo.

Como de costumbre, aquí tenemos la constatación de una cierta eficacia de determinadas normas. Pero para quienes aceptan el derecho natural, éste es eficaz, y por tanto positivo. Es muy difícil distinguir estos dos derechos, a no ser que se hagan cualificaciones más precisas, que sin embargo tienen escaso valor conceptual, como aquella que en el caso del derecho natural tenemos por una parte el filósofo y algunos otros que consideran válidas ciertas normas, y por otra un parlamento, con la fuerza pública, los jueces, etc., que consideran válidas otras normas. Lo cual tampoco es exacto, porque muy a menudo ambas categorías de personas se cruzan: hay personas que pueden compartir ciertas ideas lo mismo que un filósofo iusnaturalista y ser además jueces, diputados, etc., y comportarse en consecuencia.

Tampoco desde este punto de vista es fácil ver la diferencia entre derecho positivo y derecho natural, porque, como de costumbre, la idea de positividad es poco clara, y todo cuanto Kelsen dice a este respecto también es poco claro. Por ejemplo, ¿qué sentido tiene la afirmación kelseniana (tomada de la dogmática jurídica) de que para todo el territorio hay un solo derecho positivo? ¿Y ese territorio en el que rigen las leyes de la Camorra? El derecho positivo de la Camorra, ¿no es también un derecho positivo y no tiene vigencia en aquel territorio en que también la tiene el derecho del Estado? ¿Desde qué punto de vista debemos contemplar la afirmación de que existe un solo derecho positivo en el Estado? ¿Qué es esta famosa exclusividad? Hay personas que consideran exclusivo un determinado «derecho». Pero ¿qué significa que hay un derecho exclusivo para todo determinado territorio? Naturalmente, podemos constatar que cuando las personas adoptan un determinado conjunto de reglas, lo adoptan

de manera exclusiva. Ésta podría ser la exclusividad del derecho. Pero se trata siempre de un argumento sociológico o psicológico. ¿Qué quiere decir, por ejemplo, que el contenido del derecho positivo puede verificarse objetivamente? Quiere decir que podemos constatar que, en un determinado territorio, la gente lo observa; pero esto podemos decirlo de cualquier derecho, incluso del derecho natural. En otros términos, no es cierto que sólo el derecho llamado positivo responde a una determinada realidad social.

Hemos visto cómo para Kelsen todo el sistema de las normas jurídicas es un sistema de *autorizaciones jerarquizadas*, en el sentido de que habrá una autorización general (norma fundamental) que se refiere a determinadas personas que ponen normas generales; estas normas generales contienen autorizaciones para que otras personas pongan normas más particulares; estas normas más particulares ponen otras autorizaciones, para que otras personas pongan normas más particulares, y así sucesivamente. Por tanto, el proceso de derivación de una norma de otra se verifica siempre a través de la intermediación de una persona o de determinadas personas que están dotadas de la autoridad para emanar normas. Éste no es un proceso deductivo, dice Kelsen, sino un *proceso de derivación de la autorización*, de autorizaciones jerarquizadas sucesivas: la que Kelsen llama la *Stufenbau* (estructura por grados) de los ordenamientos jurídicos. En síntesis, Kelsen quiere reproducir en términos de teoría un hecho que se verifica en todas las sociedades modernas en las que existen una constitución, leyes generales, normas particulares emanadas por ejemplo por la administración pública, y así sucesivamente.

20. *El fundamento contradictorio de la teoría de Kelsen*

Convendrá añadir aquí alguna consideración sobre el concepto de norma fundamental tal como lo enuncia Kelsen. Ya nos hemos referido al hecho de que él, en su intento de distinguir la norma fundamental de otras normas, ha transformado inadvertidamente un problema conceptual en un problema histórico, o mejor, pseudo-histórico. Nuestro autor afirma textualmente: «Consideramos norma “fundamental” (*basic*) a una norma cuya validez no puede derivarse de una norma superior. Todas las normas cuya validez puede reconducirse a una única norma fundamental constituyen un sistema de normas, o un ordenamiento.»^[17] Kelsen añade además que «la búsqueda del fundamento de la validez de una norma no es —como la búsqueda de la causa de un efecto—

un *regressus ad infinitum*; a la misma pone término una norma más alta, que es el fundamento último de la validez en el ámbito de un sistema normativo, mientras que en el ámbito de un sistema de realidad no tiene lugar una causa primera o última». ^[18] Y más adelante añade Kelsen: «Si preguntamos por qué la constitución es válida, nos remontamos tal vez a otra constitución más antigua» (lo cual sería extraño, porque, obviamente, una constitución no puede conferir validez a otra constitución, convirtiéndose así en una super-constitución). «Por último llegamos a una constitución que es históricamente la primera que se otorgó por un usurpador individual o por una asamblea cualquiera.» ^[19]

Se podría objetar a Kelsen que si hay un «usurpador» que la ha diseñado, éste no es una autoridad legítima; mejor dicho, es ilegítima según una norma precedente. De este modo el proceso histórico acaba sólo con Adán, y en todo estadio de este proceso se vuelve a plantear el problema conceptual de definir la norma fundamental y distinguirla de las demás. En efecto, jamás podremos transformar el problema de interpretación de la validez de un sistema de normas jurídicas en el problema de la reconstrucción de sus orígenes históricos. En realidad, la norma fundamental en el sistema de Kelsen o es norma según su definición de la norma, o sea, en cuanto es puesta por autoridades legítimas, y entonces no es fundamental (porque existirá otra norma que habrá establecido cuáles son esas autoridades legítimas; o bien es fundamental, y en este caso no es norma, porque si está en el origen de este proceso no puede ser puesta por ninguna autoridad legítima desde el momento en que la autoridad legítima a su vez debería referirse a una norma. Si, en cambio, decimos que estas leyes son válidas porque la gente las acepta, entonces hemos resuelto el problema, dado que la validez se convierte simplemente en la eficacia, y la norma no es otra cosa que un conjunto de fenómenos psicológicos (convencimientos de las personas) que orientan el comportamiento de la gente.

Pero si se acepta este punto de vista, la teoría kelseniana de la norma como algo que no pertenecería al mundo del *Sein* resulta completamente destruida. Se descubre así que el intento de prescindir de los hechos reales fracasa cuando se trata de fundamentar todo el sistema en una norma básica que luego nos vemos obligados a identificar como una especie de eficacia reconocida a la norma. A pesar de esto, como ya hemos dicho, Kelsen defiende tenazmente su principio de la validez como contrapuesta a la eficacia, y lo defiende especialmente contra los sociólogos del derecho, como Max Weber y Eugen Ehrlich. Contra éstos afirma: «El derecho existe cabalmente como un cuerpo tal de normas válidas en la mente de los individuos, y la idea del derecho causa o acompaña su comportamiento,

que es objeto de la filosofía del derecho [...]. En la mente de los hombres el derecho existe, en efecto, como un cuerpo de normas válidas, como un sistema normativo. Sólo refiriendo el comportamiento humano al derecho como sistema de normas válidas, es decir, al derecho tal como lo define la jurisprudencia normativa, la jurisprudencia sociológica puede delimitar su objeto específico respecto al de la sociología general; sólo gracias a esta referencia es posible distinguir sociológicamente entre el fenómeno del comportamiento jurídico y el fenómeno del comportamiento antijurídico, entre el Estado y una banda de chantajistas. [...] La jurisprudencia sociológica presupone el concepto jurídico de derecho, es decir, el concepto jurídico de derecho tal como lo define la jurisprudencia normativa.»^[20] Naturalmente, los sociólogos podrían contestar que para Kelsen las normas no eran los hechos psíquicos en la mente de las personas, mientras que aquí afirma que para interpretar los comportamientos de los hombres según la sociología del derecho hay que admitir que estos hombres tienen en mente las normas como ideas. Pero las normas como ideas y convicciones son precisamente esos eventos psíquicos que eventualmente el sociólogo puede estudiar, pero que nada tienen que ver con las normas como mandatos despsicologizados y proposiciones puramente lingüísticas: lo que Kelsen quiso sostener diciendo que la norma no es un evento en la cabeza del hombre.

Las personas son muchas y no podemos pensar que cada una tenga en la mente el sistema normativo que hoy describen los juristas. Mejor dicho, tenemos la seguridad de que nadie tiene en su propia mente el sistema normativo que puede surgir del estudio de nuestro ordenamiento jurídico. A ese sistema normativo de los juristas corresponden millones de sistemas normativos bastante más rudimentarios en la mente de los hombres. Por consiguiente, si quisiéramos referirnos a las normas como al criterio del comportamiento jurídico de los hombres, habría que referirse precisamente a estos sistemas normativos rudimentarios en la mente de los hombres, y no ciertamente al sistema normativo de las normas como mandatos despsicologizados originariamente presentado por Kelsen, y cuya característica propia es la unicidad y la exclusividad para un determinado territorio.

En realidad, si queremos crear una teoría del derecho no simplemente identificable con la de los juristas dogmáticos debemos tener en cuenta el hecho de que existen todos estos sistemas normativos, aunque sólo sea a nivel más o menos rudimentario, en manos de la gente. Existe entre estos sistemas normativos una cierta coincidencia o por lo menos cierta afinidad. Cuando esta

coincidencia no se produce, se puede obviamente provocarla con procedimientos coercitivos que adecuan la conducta de las personas al sistema que obtiene la aprobación de quienes pueden aplicar la coerción en ese momento. El problema es extremadamente complejo: en lugar de un solo sistema normativo claramente expresado, debemos reconocer que poseemos millones, la mayor parte de los cuales son algo elemental. Así pues, si en un cierto momento queremos percatarnos de lo que sucede en la realidad empírica, es decir, de los comportamientos específicos, y de las ideas que, como hechos psicológicos concretos, mueven a los individuos a tales comportamientos, no podemos ciertamente referirnos sólo al código civil o a la constitución de un determinado país, sino que debemos conocer cuáles son las convicciones efectivas de las personas, porque sólo así podremos tener una adecuada interpretación del comportamiento jurídico. Nos hallamos, pues, en el campo de las normas eficaces, y no en el kelseniano del ordenamiento de los mandatos «despsicologizados».

La polémica kelseniana contra los sociólogos del derecho demuestra cómo Kelsen no consigue mantener hasta el fondo su concepto de norma como mandato despsicologizado, y cómo también él, precisamente en su polémica contra los sociólogos, acaba aceptando su concepción de la norma como evento psicológico, o sea como elemento del mundo del *Sein*, y esto a pesar del planteamiento originario de su teoría del derecho, de la cual toda consideración del *Sein* debería ser excluida. En general se tiene la impresión de que las ideas fundamentales del sistema kelseniano no son suficientemente profundas. Algunas disfunciones que anota Kelsen, como la que establece entre validez y eficacia, son válidas en cierto plano (por ejemplo, en el plano de la jurisprudencia dogmática), pero no son válidas en un plano más amplio, como aquel en el que quisiera situarse Kelsen cuando traza una teoría del derecho y, a propósito, una teoría del ser y del deber ser de la forma y del contenido de las normas, de la relación entre moral y derecho. Si analizamos los principales conceptos kelsenianos, como la *Urnorm* (norma fundamental), el *Sollen* y la *validez*, nos damos cuenta de que Kelsen emplea igualmente conceptos de la dogmática jurídica que son idóneos para convertirse *sic et simpliciter* en conceptos filosóficos y que no son válidos en un plano completamente distinto de la dogmática jurídica, la cual tiene intereses y objetivos (sobre todo de carácter práctico) un tanto limitados.

Por otra parte, podemos preguntarnos por qué el sistema kelseniano, con todos sus defectos, ha tenido tanta aceptación. Conviene ante todo limitar el alcance de

esta aceptación a los países del continente europeo, porque la fama de Kelsen en América es relativamente menor que la que tiene entre los estudios europeos, entre los cuales la teoría kelseniana se presenta como un intento de conjunto encaminado a resolver el añejo problema de una teoría del derecho basada en conceptos universalmente válidos. En particular, los juristas dogmáticos pueden ver en esa teoría una especie de transposición en clave filosófica de algunos conceptos fundamentales de la jurisprudencia dogmática, como el de norma, ordenamiento, norma fundamental, validez, legitimidad, autoridad constituida.

Otra razón de la popularidad de la teoría de Kelsen es que se halla dentro del movimiento general de reacción al iusnaturalismo clásico, iniciado por el historicismo. Esta reacción ha acreditado a las teorías que constituyen un contramodelo del iusnaturalismo, es decir, hacen pensar que, empleando los conceptos de la dogmática más o menos transformados, se llega a una teoría universal del derecho renunciando a todos los contenidos del derecho natural cuya demostrabilidad es problemática. La reciente guerra ha contribuido sin embargo a rebajar la importancia de esta reacción, y su mella sobre los hombres cultos en general. Muchos sucesos ocurridos desde 1939 han puesto a mucha gente ante experiencias de violencia y de injusticia tales que generan una reacción contra la propia teoría del derecho positivo, y que alimentan un nuevo deseo de encontrar un contenido del derecho que no se identifique con la imposición del más fuerte en un determinado ámbito histórico. Por ejemplo, la responsabilidad personal como fundamento de una pena es un concepto que, tal vez por ser generalmente aceptado, no se apreciaba ya desde hacía tiempo como concepto general. Por tanto, una teoría según la cual el derecho penal es simplemente el que la autoridad pone como tal parecía aceptable, porque se olvidaba que en el fondo las autoridades constituidas, en general, acababan por adecuarse a lo que la gente pensaba.

Cuando los acontecimientos históricos han revelado este hecho singular (antes no constatado) de que las autoridades constituidas podían emanar normas absolutamente contrarias a algunas convicciones generalmente extendidas, ha resultado evidente el problema relativo a la posibilidad de identificar el derecho positivo con el derecho *tout-court*. La respuesta del formalismo, que identifica el derecho positivo con el derecho *tout-court*, no parecía ya satisfactoria, sobre todo si por derecho se entendían, según ese sistema, las distintas normas como tales, dotadas de *validez* (al margen de su posible contenido, eventualmente contrario al sentir de la mayoría de la gente), en lugar del ordenamiento como conjunto, dotado de *eficacia*. En realidad, el formalismo kelseniano había

rechazado, por lo menos a nivel de las normas particulares, el hecho de que la validez sea la eficacia, es decir que sin eficacia no hay validez y sin convicciones generales compartidas no hay eficacia. La insuficiencia de la respuesta que dé el formalismo, y en particular el formalismo kelseniano, al problema de la naturaleza del derecho, parece constituir una premisa a la reaparición de algunos problemas típicos del iusnaturalismo, el cual, dentro de ciertos límites y en algunas de sus manifestaciones, podía concebirse como una especie de sociología del derecho y en particular como una teoría empírica de las convicciones jurídicas (*ius gentium*) de las personas en general. En los límites en que la polémica de Kelsen pone de relieve el hecho de que los comportamientos jurídicos no se explican sin las ideas correspondientes, los sociólogos de tipo weberiano pueden estar de acuerdo; pero esto no significa aceptar el normativismo kelseniano en la forma en que lo presentó Kelsen, es decir, como constelación de entidades (normas) independientes del pensamiento de las distintas personas. Por tanto, la polémica que Kelsen hace en defensa de su normativismo contra los sociólogos del derecho tiene un sentido sólo si se dirige contra los sociólogos del derecho que quieren, en hipótesis, reducir la sociología del derecho a *behaviorismo* jurídico o bien a fisicismo, como si las personas que actúan en el campo del derecho se comportaran como autómatas que podamos estudiar sin referencia a sus ideas. Frente a una sociología del derecho de este género la crítica kelseniana sería válida, pero por suerte los sociólogos del derecho más prestigiosos no han tomado este camino. Hemos citado a Weber y a Ehrlich, que no han emprendido en absoluto el camino del *behaviorismo* jurídico o del fisicismo jurídico. La crítica kelseniana contra ellos no vale.

9. Análisis de las teorías sociológicas del derecho, con particular referencia a Max Weber

1. La sociología comprensiva de Weber

Hemos visto que los dos autores de los que se ocupa Kelsen para polemizar con la teoría sociológica del derecho son Max Weber y Eugen Ehrlich. Estos autores, conocidos entre nosotros menos de lo que merecen, son cada vez más estudiados en los países de lengua inglesa, aunque hayan escrito originariamente en alemán.

[1] Además, de Ehrlich publicará en breve el editor Einaudi el *Ensayo sobre la lógica jurídica*, escrito a principios de este siglo [xx] y poco más o menos contemporáneo de los trabajos de Weber. [2] Este ensayo no es la única obra de Ehrlich en el campo de la sociología del derecho, pues ha publicado también una *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, que es posterior al *Ensayo sobre la lógica jurídica*.

Como sociólogo del derecho propiamente dicho, Weber debe ser considerado por sus trabajos de sociología jurídica contenidos en su gran obra *Wirtschaft und Gesellschaft*, mientras que los ensayos de metodología de la sociología del derecho se hallan contenidos en sus *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Convendrá ahora considerar algunos de estos ensayos.

Veamos por ejemplo el tercer ensayo, originariamente publicado en 1913, sobre *Algunas categorías de la sociología comprensiva* (la expresión *sociología comprensiva* —*verstehende Soziologie*— no es un término inventado por Weber, él lo aplicó con notable éxito). En este ensayo hay algunas referencias interesantes sobre el *derecho*. El ensayo se divide en capítulos, algunos de los cuales se refieren más directamente a nuestro campo, es decir, el derecho (particularmente el tercero, el cuarto, el quinto y el sexto). Se trata de escritos de metodología de la sociología jurídica, en los cuales se examinan los cánones fundamentales de una investigación sociológica en el campo de los comportamientos humanos y en particular también en el campo jurídico. Naturalmente, Weber se ha ocupado en otras obras del fenómeno social y

jurídico, examinándolo bajo muchos aspectos. Más aún, ésta es su gran labor sociológica. Los ensayos que examinamos ahora no son, pues, ensayos de sociología del derecho, sino de metodología de la sociología del derecho.^[3]

Weber ilustra inmediatamente su concepto de comprensión (*Verstehen*). Al estudiar los comportamientos hay que tratar de comprenderlos examinando qué significado tienen para las personas que los han realizado. Esto significa no limitarse exclusivamente a hacer una descripción como las que se harían en física, sino tratar de llegar a la mente de las personas que actúan. Ésta, en el fondo, es una vieja idea de la metodología de las ciencias sociales. Baste recordar a Giambattista Vico, quien sostenía cabalmente que —en el estudio de las ciencias humanas— tenemos la ventaja de poder recorrer un proceso que ya han recorrido los propios hombres; es decir, conocemos la mente humana porque también la tenemos nosotros, y por tanto podemos estudiar, por ejemplo, las instituciones humanas con mayor facilidad que los acontecimientos físicos, porque de las instituciones humanas conocemos la razón, que es, en el fondo, la mente humana. Son las ideas de los hombres las que han creado estas instituciones.

Leibniz habría dicho que conocemos la razón suficiente de estas instituciones, mientras que por el contrario no conocemos la razón suficiente de los eventos físicos, porque podemos simplemente decir que un acontecimiento físico sigue a otro acontecimiento físico o que un acontecimiento físico es causado por otro, pero no tenemos una idea precisa de la razón por la que esto sucede. En el campo de las instituciones humanas, según Vico, tenemos en cambio la ventaja de poder reproducir en nosotros mismos los puntos de vista humanos que llevaron a la creación de estas instituciones. Esta idea se ha repetido muchas veces incluso por quienes no conocían a Vico: John Stuart Mill, por ejemplo, en su *Lógica*, enunció un punto de vista análogo, especialmente con respecto a las ciencias sociales.^[4]

2. *El Verstehen como interpretación teleológica*

Esta idea, en el fondo, es también la de Weber. La *verstehende Soziologie* no es sino ésta: debemos en cierto modo reproducir procesos mentales que han llevado a la creación de algunas instituciones. Naturalmente, esto entraña notables dificultades de distinta naturaleza. Las ideas son múltiples, las personas son muchas, las ideas que una persona puede tener son distintas de las que puede

tener otra, y por tanto no es fácil reproducir y reconstruir estos procesos mentales como si se tratara de un proceso único. En todo caso, es ésta en esencia la idea de Weber: «Un comportamiento igual en su curso externo y en su resultado puede obedecer a constelaciones de motivos entre sí muy diferentes, de las que la más evidente para la comprensión no siempre ha estado realmente en juego. El “entender” dirigido a una cierta conexión debe ser controlado con los acostumbrados medios de imputación causal, al menos en la medida en que sea posible, antes de que una interpretación, aunque bastante evidente, se convierta en una “explicación inteligible” válida. La mayor medida de “evidencia” la tiene la interpretación “racional con respecto al fin”.»^[5]

De esto ya hablamos cuando tratamos de la interpretación teleológica. Weber fue uno de los más aguerridos defensores de la interpretación teleológica de las acciones humanas. Explicar las acciones en consideración de los fines que las personas persiguen comporta recorrer, en lo posible, el *íter* mental que ha llevado a esas acciones: «racional según el fin (*zweck rational*)», dice Weber. Reconstruimos los motivos de la acción en consideración de los fines que la persona agente tenía y así podemos comprender la acción, por qué la acción se ha producido. Éste es el significado del *Verstehen* en tal caso.

Naturalmente, hay que hacer muchas distinciones y Weber lo subraya en este ensayo. Por ejemplo, hay que distinguir entre lo que es racional para nosotros y lo que es racional para el individuo agente. No hay que confundir ambas cosas: para comprender la acción de un individuo hay que referirse a lo que constituye su estado de conocimiento del problema, a lo que este individuo piensa de los medios de que dispone y, por tanto, a lo que el mismo individuo piensa de la posibilidad de alcanzar su objetivo. Sólo así podremos saber cuál es el significado de su acción. Si, por ejemplo, tenemos presente que los que mataban a los famosos *untadores* en Milán tenían la idea de que éstos esparcían la peste echando determinados ungüentos en las paredes de las casas de la ciudad, comprendemos que matar al *untador* era una acción *zweckrational*, es decir, una acción motivada por un fin. Por tanto, para explicar esa acción debemos ponernos en el punto de vista de quien la ejecuta y debemos referirnos a la que es su idea de los medios de que dispone.

Éste es uno de los problemas que Weber examina en el ensayo en cuestión, donde también se realizan muchos análisis tanto de este problema como de problemas conexos con él, relativos a otros tipos de explicación que podamos dar de la acción; es decir, explicaciones no teleológicas, sino de carácter mecánico o psicomecánico (como cuando estudiamos los fenómenos

psicopáticos). Pero Weber discrimina entre ambos tipos de explicación y afirma que la explicación racional no es la explicación psicopatológica o neurológica.

3. *La repetición de los esquemas de conducta*

En el segundo capítulo Weber desarrolla su punto de vista, que en algunos aspectos a nosotros nos interesa menos, y sigue examinando los distintos tipos de racionalidad. Un punto interesante es aquel en el que Weber dice: «También las proposiciones y las normas matemáticas y lógicas,^[6] en cuanto objeto de investigación sociológica, y el fin de la indagación estadística sea, por ejemplo, el grado de su “aplicación” racional-normal, no son para nosotros “lógicamente” nada más que costumbres convencionales de un comportamiento práctico — aunque, por otra parte, su validez sea un “supuesto”— del trabajo del investigador.»^[7] He aquí un caso particular: el investigador comparte la idea de la validez de una determinada norma matemática o lógica, y sin embargo esto no le impide analizar la idea de esta norma que la gente tiene por válida como un hecho recurrente que es objeto de estudio y de sondeo estadístico. La gente, por ejemplo, razona según un criterio de este tipo: si A es de B, y B es de C, entonces A será de C. Por tanto, esta regla (que es la propiedad transitiva de la matemática) se convierte, en este caso, en una especie de acontecimiento psicológico recurrente o, en otras palabras, una especie de *costumbre* sociológicamente estudiable y comparable. Si quisiéramos referir este tipo de razonamiento al derecho, podríamos decir que como sociólogo del derecho puedo admitir la validez de ciertas normas, pero esto no me impide estudiar su repetición en los demás. Naturalmente, la actitud de quien estudia la presencia de la idea de las normas en la mente de las personas no es la actitud de quien pretende jurídicamente algo. Si ejerzo una reclamación jurídica, hago algo más que estudiar una repetición o hacer una previsión: pretendo intervenir para provocar un cierto evento o presumo (y por tanto hago labor de investigador) que en mi intento de determinar el evento tendré la colaboración de las personas. Pero, evidentemente, ambas cosas (reclamación y previsión) son distintas. Aquí Weber se preocupa sólo de la actitud del estudioso de estas normas como fenómeno recurrente en la mente de las personas, y no de la actitud de quien a su vez acepta la eficacia de ciertas normas jurídicas, morales, etc.

4. *La posición sociológica de Weber*

Weber representa una posición particular en el campo de los estudios sociológicos. La sociología comprensiva no es toda la sociología; otras corrientes, especialmente las que recibieron las enseñanzas de Comte en el siglo pasado, y especialmente en Francia y hoy, en gran medida, también en América (a ella pertenece también nuestro Pareto), tienden a rechazar todo tipo de explicación de la conducta humana que está orientada en sentido teleológico, ya que semejante interpretación ofrecería tan sólo una explicación aparente.

Vimos anteriormente la teoría de Pareto, el cual considera todas las razones que las personas dan de su conducta como razones puramente aparentes y por tanto como «derivaciones», mientras que en realidad el resorte de la conducta humana debería buscarse sobre todo en las posiciones eminentemente irracionales o irracionalistas que las personas asumen ante los distintos acontecimientos del mundo externo y que no pueden explicarse en términos de racionalidad, es decir, en términos teleológicos (según una relación de medio a fin). Análogamente, una amplia corriente de la sociología actual tiende a considerar la propia sociología como una ciencia que prescinde o debe prescindir de la interpretación teleológica, y por tanto el método comprensivo de Weber; tiende a considerar las acciones humanas como eventos físicos o psíquicos que hay que estudiar de la misma manera en que se estudian los eventos psíquicos o físicos en las disciplinas de tipo naturalista; o bien tiende a considerar los comportamientos humanos como algo sometido a leyes que en cierto modo excluyen o en todo caso exceden el punto de vista teleológico de los individuos particulares, es decir, supone que los individuos se comportan, como diría Pareto, de un modo independiente de sus explicaciones o interpretaciones racionalistas.

Weber representa la corriente opuesta. Opina que en el estudio de las ciencias humanas tiene gran importancia el *Verstehen*, es decir, el tratar de penetrar en el ánimo de quienes actúan, estudiar sus motivos y sobre todo los objetivos, la noción que tienen de los medios para alcanzar los fines. Esta comprensión nos permite anticipar y prever la conducta de estas personas siguiendo esa interpretación de su acción. Las personas se comportan así, piensan así, razonan así, actúan según estos esquemas lógicos que a nosotros no nos interesan en cuanto tales, sino como costumbres convencionales de un comportamiento práctico, por tanto como eventos, como modos de hacer, porque un modo de pensar es en cierto sentido también un modo de hacer y podemos examinarlo precisamente como objeto de estudio sociológico, en cuanto que este modo de comportarse está generalmente extendido en una determinada sociedad. En una

sociedad en la que la gente razona según un cierto esquema lógico, a nosotros nos interesa tal esquema precisamente como esquema de una serie de hechos a estudiar.

De este modo se supera inmediatamente ese limbo en que se mueve Kelsen cuando habla de proposiciones normativas, considerándolas como algo *a se stante*, independientemente de los comportamientos o de las ideas que las personas se forman de estas proposiciones normativas. La posición de Kelsen es difícil de justificar, porque no conseguimos comprender de qué entidad se trata cuando consideramos estas proposiciones normativas como arrancadas de la mente de las personas que las piensan, mientras que la posición de Weber a este respecto es más sencilla: dice en esencia que esas proposiciones (lógicas, normativas) son ante todo costumbres recurrentes y convencionales del comportamiento práctico.

En el tercer capítulo del mencionado ensayo, Weber dice también, refiriéndose a determinados conceptos que interesan a nuestro campo, que se trata de esquemas del obrar humano, y por tanto de abstracciones que sirven para comprender la acción de los hombres. «Conceptos como “Estado”, “asociación”, “feudalismo” y otros parecidos designan para la sociología, en general, categorías de determinadas formas del obrar humano en sociedad.»^[8] Son, pues, conceptos que, en último análisis, se utilizan en el estudio de determinados tipos de acciones humanas en la sociedad.

5. *Distinción weberiana entre jurisprudencia y sociología del derecho*

En este lugar es interesante una referencia que Weber hace a la jurisprudencia. «Tal no es en absoluto el caso de otras formas de consideración. Y en esto la consideración sociológica es sobre todo distinta de la consideración jurídica. La jurisprudencia, por ejemplo, trata al “Estado”, en ciertas circunstancias, como una “personalidad jurídica” al igual que los individuos humanos, porque su trabajo dirigido a una interpretación de sentido objetivo, es decir, al contenido *normativo* de las proposiciones del derecho, hace que ese medio conceptual parezca útil y acaso indispensable. Del mismo modo una proposición jurídica considera los embriones como “personalidades jurídicas”, mientras que para las disciplinas dirigidas a una función de comprensión empírica el paso de la pura facticidad de la actitud prácticamente relevante al “actuar” inteligible dotado de sentido es, también en el caso del niño, un paso no bien delimitado.»^[9]

En esencia, Weber dice que en la jurisprudencia creamos ciertas categorizaciones que tienen un significado distinto del sociológico. Si, por ejemplo, hablamos de persona jurídica, atribuimos la personalidad jurídica no sólo a los individuos, sino también a las asociaciones e incluso a los embriones, porque estos conceptos sirven para expresar el contenido de determinadas normas. Esto no tiene nada que ver con lo que hacemos en sociología. La sociología que tiene como objeto el derecho tiene que ver no con la determinación del contenido de sentido objetivo lógicamente correcto de proposiciones jurídicas, sino con un obrar entre cuyos elementos determinantes y cuyas resultantes ocupan un lugar destacado también las representaciones que los hombres se forman del sentido y de la validez de determinadas proposiciones jurídicas.

Se contrapone así la sociología del derecho, en este caso, a la jurisprudencia. Weber no establece una comparación entre la teoría formal del derecho y la sociología o la teoría sociológica del derecho, sino entre la sociología del derecho y la jurisprudencia. La jurisprudencia, dice Weber, emplea ciertos conceptos (por ejemplo, el de persona jurídica) como instrumentos de comprensión del contenido de las normas. A la sociología, en cambio, no le interesa el contenido de estas normas entendidas como proposiciones jurídicas, sino aquella acción de los hombres entre cuyos elementos determinantes y resultantes ocupan un puesto destacado propio, como hemos dicho, las representaciones que los hombres se forman del sentido y la validez de determinadas proposiciones jurídicas.

Según esto, alguien notará también que Weber reconoce la existencia de otro modo de considerar las normas: el de la jurisprudencia. Pero no permite en modo alguno asimilar el pensamiento de Weber al que será luego el pensamiento de Kelsen, y mucho menos demostrar que en Weber se encuentra una confirmación *ante litteram* de la teoría kelseniana del derecho. Weber se limita a notar que el jurista se encuentra frente a una proposición jurídica y que su tarea es bastante limitada. Admitido que una proposición ha sido emanada por una autoridad considerada legítima y que es útil, mejor dicho indispensable, aclarar el sentido de esta proposición para aclarar lo que suele llamarse la voluntad de la autoridad legítima que ha emanado las normas; admitido, además, que la autoridad legítima ha emanado la norma según un lenguaje comprensible al intérprete, es decir, al jurista; admitido finalmente que este lenguaje no puede prescindir de ciertas reglas lógicas; admitido todo esto, el jurista se pregunta en qué consiste esta proposición jurídica, cuál es su significado a la luz de lo que ha sido

establecido por la autoridad jurídica que ha puesto la norma y a la luz de nuestra idea del significado de las palabras empleadas.

Por lo demás, todo esto no debe confundirse con una teoría del derecho, y en particular con una teoría sociológica del derecho del tipo de la que Weber propone. A este respecto es claro que la referencia de Weber al trabajo del jurista se hace precisamente con el fin de evitar confundirlo con el trabajo propio del teórico del derecho en sentido sociológico. Kelsen, en cambio, trata de trasladar a la teoría del derecho precisamente el modo que el jurista tiene de concebir el derecho positivo. Para Kelsen, el derecho es el conjunto de proposiciones jurídicas que se trata cabalmente de interpretar, prescindiendo de la consideración de los individuos agentes. Y hemos visto que si este modo de concebir el derecho como conjunto de proposiciones jurídicas que hay que interpretar sin consideración directa de la actividad de quienes se considera que son los destinatarios de la norma es lícito para el jurista positivista (que se ocupa de un problema muy limitado), no es igualmente lícito para un teórico que quiera explicarnos en general qué es el derecho.

Un teórico que quiera explicarnos en general qué es el derecho debe empezar por examinar precisamente los presupuestos de la labor del jurista, entre los cuales el hecho de que una cierta autoridad legítima ha emanado esas normas, que existe cierta necesidad de explicar esas normas en relación a su contenido, etc. Es precisamente el examen de estos presupuestos lo que nos sirve para aclarar qué es el derecho, y en el examen de estos presupuestos entran en juego los comportamientos. En efecto, el propio trabajo del jurista es un comportamiento y este comportamiento presupone, entre otras cosas, una cierta aceptación de un determinado sistema de normas, que a su vez es un comportamiento. El jurista es ante todo una persona que acepta un cierto sistema de normas, tiene en mente una determinada idea de las normas y actúa en consecuencia. Una teoría del derecho que desee explicar —entre otras cosas— el comportamiento del jurista, debe precisamente partir del examen de este comportamiento entendido como elemento integrante de esa compleja realidad que se llama derecho.

6. Teoría weberiana de las representaciones de validez de las normas

Procedamos ahora en el examen de Weber. «Más allá de la constatación de la existencia de hecho de una representación de validez» (como evento psíquico, es decir, lo que nosotros llamaríamos *eficacia*), la sociología «procede sólo: 1) examinando la *probabilidad* de la extensión de tales representaciones: ^[10] 2) y

considerando si, en determinadas circunstancias que pueden presentarse, determinadas representaciones del “sentido” de una “proposición jurídica” considerada como válida, que empíricamente dominan en la mente de determinados hombres, puede hacer que la acción se oriente racionalmente en consideración de determinadas “expectativas”» (o reclamaciones, si se quiere), y por tanto «ofrezca determinadas *chances* a los individuos concretos. De este modo su actitud puede ser aceptada en medida relevante.»^[11]

Por tanto, dice Weber, debemos partir de la idea de que nuestro objeto de consideración en la sociología jurídica son ante todo los comportamientos, y tener presentes las representaciones que los individuos que se comportan de ese modo tienen del modo en que deben comportarse. Hecho esto, debemos ver cuál es la probabilidad de la extensión de tales representaciones y por tanto cuál es la probabilidad de que un individuo cualquiera, tomado en esta sociedad, tenga tales representaciones en la mente; y además ver en qué circunstancias estas representaciones que las personas tienen en la mente pueden hacer que la acción se oriente racionalmente en consideración a determinadas expectativas y por tanto ofrezca determinadas *chances* a los individuos concretos. Es lo que decíamos al hablar de la complementariedad y de la compatibilidad de las expectativas y de las previsiones.

Weber no considera aquí las expectativas que se refieren a un continuo de generaciones, sino las que se refieren a las relaciones entre individuos en un mismo periodo de tiempo (es decir, en una misma generación). Los individuos, al tener ciertas representaciones, al contar con la contemporaneidad de otras representaciones parecidas o en todo caso compatibles en la mente de los demás, esperan algunos resultados que son comportamientos y esperan estos resultados según ciertas *chances* cuya determinación podrá ser una cuestión de hecho.

7. Distinción entre «validez» empírica en sentido weberiano (eficacia) y «validez» en sentido kelseniano

Para Weber, «éste es el significado sociológico de la validez empírica» —Kelsen diría eficacia— «de una proposición jurídica».^[12] Validez empírica significa que las personas consideran válida una norma. Es cierto que podemos, como hemos visto, distinguir validez de eficacia. Por ejemplo, podemos decir que para ciertas personas una norma es válida en el sentido de que estas personas la consideran eficaz para ellas y quisieran que otros se adecuaran a esta norma, es decir, la

consideraran eficaz. Pero según estos otros, la norma no es en realidad eficaz: es sólo válida, pero desde el punto de vista de las personas anteriores. En realidad, tal distinción no tiene el alcance general que quería darle Kelsen, porque la validez se traduce siempre en una abstracción de la eficacia. La validez no es otra cosa que la eficacia considerada en abstracto. En otros términos, cuando decimos que una norma es válida para alguien, abstraemos del hecho de que sea eficaz para Fulano y no para Mengano, y por tanto hablamos de la validez de la norma.

8. Teoría weberiana del Estado. Relaciones entre la terminología sociológica y la del jurista

Es interesante la alusión que Weber hace al Estado. Esta palabra la considera Weber como capaz de designar sólo un proceso de acciones humanas de especie particular. Lo que llamamos Estado no es para Weber sino un conjunto de acciones humanas de un tipo particular. También contra esta concepción Kelsen polemiza diciendo que no existe un Estado sin determinadas normas, y por tanto los individuos que se comportan como pertenecientes a un Estado en realidad tienen en mente determinadas normas, que son normas que cabalmente dan vida al Estado. Por consiguiente, los conceptos básicos son los de las normas, y no otros conceptos a los cuales se querría reducir la palabra «Estado». Si la consideración psicológica se ve aquí obligada «a emplear el mismo término que también emplea la ciencia jurídica, su sentido jurídico correcto, sin embargo, no está por ello implicado».^[13]

También a ese propósito, así como existe una acepción de la palabra «Estado» en el sentido de los juristas positivistas, así también existe una acepción sociológica de la misma. El jurista llama «Estado» a aquella persona jurídica que tiene ciertos poderes. El sociólogo llama «Estado» a un conjunto de comportamientos orientados según ciertas ideas. «Pero es en todo caso inevitable destino de cualquier investigación sociológica que tenga que emplear a menudo, para el análisis del continuo paso entre los casos “típicos” que indican la acción real, las precisas expresiones jurídicas que reposan en la interpretación silogística de normas, y luego revestirlas del propio sentido, tan distinto por origen del jurídico.»^[14] Weber hace una aguda observación afirmando que con mucha frecuencia la sociología del derecho tiene que servirse de una terminología que es la de los juristas, aunque esta terminología adquiere un

significado completamente distinto.

9. *La acción en comunidad*

En el capítulo cuarto considera Weber más precisamente las expectativas. Comienza examinando la acción en comunidad. «De “actuar en comunidad” hablamos tan sólo cuando la acción humana se refiere de manera subjetivamente *dotada de sentido* a la actitud de otros hombres.»^[15] (Cuando actúo concibiendo mi acción con una referencia cualquiera a otros, dice Weber, entonces obro en comunidad.) Esto implica una especie de definición de la acción en comunidad o, si se prefiere, de la comunidad.

Ya hemos tratado de analizar en anteriores lecciones estos conceptos de comunidad y sociedad. Para Weber no cuenta el concepto de comunidad en cuanto tal y el concepto de sociedad en cuanto tal, sino el concepto de acción individual como tal (podemos recordar a este propósito la «teoría de los campos», que mencionamos al hablar de sociedad como conjunto de relaciones). El individuo actúa en sociedad cuando su acción está representada en su mente con alguna referencia a la acción de otros. «Un choque involuntario de dos ciclistas, por ejemplo, no significa para nosotros un obrar en comunidad.»^[16] Éste es un hecho accidental que no implica una asociación en sociedad. (En realidad, se podría añadir otra cosa: que dos ciclistas corran por el mismo camino, en efecto, no implica una acción en sociedad si no existe una especie de regla del correr juntos o del no interferir con las acciones de los demás.) Pero significan obrar en comunidad «sus eventuales intentos anteriores de evitarse uno a otro, o bien, tras un choque, su eventual “disputar” o la “negociación” para un “arreglo amistoso”».^[17]

Como puede constatarse, este concepto de acción en sociedad es más amplio que el que hemos empleado y comprende también ciertos comportamientos que consideramos de guerra, en cuanto que implican la exclusión de la sociedad (la sociedad implica una compatibilidad de acciones y por tanto de expectativas). La disputa significa ya un elemento asocial o de guerra, al menos en el ámbito de las sociedades históricas. Conceptualmente no hay que incluirlo en el término de sociedad, pues de otro modo podríamos decir que incluso dos ejércitos que chocan en el campo de batalla constituyen una sociedad.^[18]

Para Weber, en un sentido muy general, podemos también decir que cuando dos ciclistas discuten (y también cuando dos ejércitos combaten, podríamos

añadir) constituyen una sociedad porque su acción se realiza en consideración a la acción de otros. Pero Weber emplea a este respecto la palabra *comunidad* y no *sociedad*: *Gemeinschaft* en lugar de *Gesellschaft*, que implica el concepto de sociedad tal como lo empleamos nosotros. La acción en comunidad constituye «el objeto primario de una sociología “comprensiva”»,^[19] porque la función de tal sociología es precisamente la de interpretar las acciones.

La interpretación de una acción hecha con respecto a la comunidad es aquella operación que se hace para verificar si los individuos que actúan de un cierto modo tienen en mente la acción de otro. «Un importante elemento normal — aunque no indispensable— de la acción en comunidad es su orientación dotada de un sentido hacia las *expectativas* de una determinada actitud de otros individuos, y por tanto en atención a las *chances* (*subjetivamente*) calculadas para la consecuencia del propio obrar.»^[20] Modo muy retorcido para decir que cuando actúo en comunidad, y por tanto en referencia al actuar ajeno, actúo según ciertas expectativas no sólo mías, sino también de otros, cuya probabilidad valoro. En hipótesis, sé que las personas esperan un cierto comportamiento por mi parte, es decir, que realice ciertos actos. Por ejemplo, existe una fuerte probabilidad de que los vendedores de ciertas mercancías esperen que se les pague, si voy al mercado a comprar esas mercancías. No se excluye que haya vendedores que no se preocupen de cobrar el precio e incluso estén inclinados a regalarnos la mercancía, pero es claro que esto no es lo normal: los vendedores esperan que se les pague. En mi acción en comunidad, es decir, en la adquisición de algunos bienes, considero, pues, no sólo mis expectativas (espero recibir la mercancía), sino también las expectativas de los demás (el vendedor espera recibir el dinero). Por tanto, la acción en comunidad implica una consideración de expectativas y probabilidades de expectativas (*chances*, como dice Weber).

10. La teoría weberiana de las expectativas

Según Weber, «un fundamento explicativo extremadamente inteligible e importante es, pues, la subsistencia *objetiva* de estas *chances*, es decir, la mayor o menor probabilidad, expresable en un “juicio de posibilidad objetiva”, de que estas expectativas puedan cumplirse con razón».^[21] Es decir, si en un cierto ámbito sabemos que algunas expectativas serán satisfechas y sabemos también con qué probabilidad lo serán, tenemos en definitiva una noción bastante precisa de lo que podrá suceder en ese ámbito. Por ejemplo, sabemos que normalmente,

con una excepción que se podrá calcular incluso estadísticamente, la gente que va al mercado paga el precio de las mercancías. Estará también el ladrón que roba, pero normalmente (y esto forma parte de las expectativas de que suceda como probable) se sabe que quien compra paga. «En particular, toda acción “racional respecto al fin”, en el sentido antes definido, está orientada sobre la base de las expectativas.»^[22]

Resumiendo, la sociología comprensiva en sentido weberiano significa explicación de las acciones humanas mediante una interpretación del significado que estas acciones tienen para la persona que las realiza, por tanto sobre la base de una comprobación de los fines que esta persona se propone alcanzar con su acción. Esta comprobación implica la consideración de ciertas expectativas ligadas a estos fines. Si me propongo el fin de comprar una cosa, espero y por tanto pretendo que alguien me la venda o, mejor aún, que quien la vende me la venda a mí. Por tanto, estos fines están ligados a expectativas.

«En principio parece en un primer momento lo mismo si lo que indica el camino a la acción de quien formula estas previsiones son expectativas de determinados procesos *naturales*, previstos con independencia de la participación de quien actúa, o bien como reacciones a una acción dirigida a materializarse, o en cambio expectativas de una determinada actitud de otros hombres.»^[23] Observaciones parecidas hicimos a propósito del suceso en el campo físico y en el jurídico, donde se hace algo para que el suceso se produzca. Weber continúa: «Pero las expectativas de una determinada actitud de otros hombres por parte de quien actúa de manera subjetivamente racional pueden basarse también en este hecho, que él espera de ellos una actitud subjetivamente *dotada de sentido*, y por tanto cree poder calcular subjetivamente las *chances* sobre la base de determinadas relaciones *dotadas de sentido*, con un grado distinto de probabilidad.»^[24] Más sencillamente, como hemos dicho, cuando esperamos algo en el campo humano no esperamos acontecimientos físicos, sino comportamientos, orientados según ciertas ideas que están en la mente de las personas, y por tanto debemos tener en cuenta lo que estas personas quieren hacer o querrán hacer. Lo cual naturalmente no hacemos cuando esperamos un acontecimiento físico.

La expresión *dotada de sentido* (en alemán *Sinnlich*, en inglés *meanful*) se emplea para decir: una acción tiene un sentido cuando le doy un sentido, es decir, cuando esta acción es interpretada, empezando por mí, en atención a un fin que me propongo. Por ejemplo, pagar algo con una moneda no es sólo un acto físico, sino un acto que tiene precisamente el significado del pago. Naturalmente,

esto no lo revela la mera observación física, sino la indagación de los significados que las personas atribuyen a lo que hacen, sus «representaciones», como dice Weber. «En particular esta expectativa puede subjetivamente basarse en el hecho de que quien actúa “se entiende” con uno o con otro, ha concluido con ellos “estipulaciones”, cree poder captar su “disposición interna”, en conformidad con el sentido por él mismo intencionado. Ya esto constituye una particularidad cualitativa específica de la acción en comunidad, en cuanto comporta una ampliación esencial de aquel ámbito de expectativas en consideración del cual quien actúa cree poder orientar su propio obrar “racionalmente respecto al fin”.»^[25]

Se trata siempre del mismo concepto. Podemos comprender mejor la acción de una persona: 1) si nos referimos al significado que esta persona da a su acción en atención a sus fines; 2) si nos referimos además a las expectativas de esta persona y por tanto a la consideración que esta persona hace de la actitud ajena. «Pero siempre el “obrar en comunidad” constituye para nosotros un comportamiento *históricamente* observado, o bien un comportamiento construido como objetivamente “posible” o “probable”; es decir, una actitud *de individuos* frente al comportamiento actual o potencial de otros individuos.»^[26]

En otros términos, por sociología comprensiva se entiende el estudio de ciertos comportamientos, entendidos como fenómenos físicos o verificables; se trata, sin embargo, de un estudio que, partiendo de la verificación del fenómeno físico llamado comportamiento, pasa al *Verstehen*, es decir, trata de comprender el sentido que este comportamiento tiene para las personas que actúan de ese modo. El punto de partida es empírico: la sociología no es una reconstrucción *a priori* de las intenciones humanas, es una verificación del comportamiento humano como conjunto de eventos físicos y un intento de explicarlo mediante la atribución de un sentido, que es el que le dan los individuos que se comportan de una cierta manera, teniendo presente un determinado fin que quieren alcanzar.

El cuadro es muy complejo. La interpretación de la acción es siempre algo mucho más complejo que la descripción de un fenómeno físico, porque la acción humana es un fenómeno físico que implica un sentido y una referencia de quien actúa a la acción de otros individuos, en cuanto que quien actúa lo hace en sociedad. La interpretación del comportamiento humano implica, pues, la verificación de todo un juego de previsiones relativas a comportamientos, y de expectativas de comportamientos, que no es sencillo.

Como hemos visto, Weber pone el ejemplo de dos ciclistas que chocan. Pero igualmente podríamos imaginar dos ciclistas que tratan de no chocar o más

sencillamente un automovilista que ve a un peatón, mientras que éste no le ve y el automovilista lo sabe porque le da la espalda. El automovilista se comporta respecto a este peatón como podría comportarse respecto a una piedra, es decir, trata de evitarlo. Supongamos que esta piedra, en lugar de estar parada, está rodando: el automovilista, frente a un peatón que se desplaza en la calle sin ver al automovilista, se comporta como se comportaría frente a una piedra que se mueve y trata de evitarlo. Sus expectativas, en este caso, son muy sencillas. Se trata de ver adónde va este peatón que se desplaza sin ver al automovilista, de prever que si ese peatón está ahí después de un momento estará un poco más allá, y esquivarlo. Pero supongamos en cambio que el peatón mira al automovilista. El problema se complica porque interviene un juego de expectativas recíprocas: el peatón piensa que el automovilista va hacia la derecha y se desplaza hacia la izquierda, el automovilista en cambio piensa que el peatón irá a la derecha y por tanto gira hacia la izquierda. Empieza así ese extraño juego en el que muchas veces se acaba yendo contra una persona, aunque ésta nos haya visto. En este caso, el comportamiento se convierte en un actuar en comunidad (como diría Weber), es decir, un obrar con referencia a lo que hace el otro. El intento de interpretar el comportamiento ajeno no es simple. El ejemplo nos da una idea de la dificultad en la que nos encontramos en un terreno de este género. Interpretar un comportamiento, intentando meterse en la mente de quien se comporta de ese modo, no es lo mismo que poner un fenómeno en relación con otro, dado que esto no comporta el problema de la interpretación, sino sólo el de la correlación. En el campo social la correlación es más compleja, porque comporta el problema de relacionar ciertas acciones con algunas ideas, y por tanto implica la necesidad de conocer las ideas además de las acciones para establecer la correlación. El problema a veces es insoluble. De todos modos, Weber destaca el hecho de que, prescindiendo de esta dificultad particular (que él aquí no considera), la sociología comprensiva parte siempre del examen de aquellos eventos físicos verificables que son los comportamientos. El problema específico comienza cuando se trata de interpretarlos.

11. El individualismo metodológico de la «sociología comprensiva». Su diferencia con la jurisprudencia

El residuo insoluble del que parte la sociología comprensiva es el *individuo*. En otros términos, el canon metodológico fundamental de la sociología comprensiva

de Weber es el individualismo, entendido como procedimiento mediante el cual todos los eventos se explican tratando de verificar los significados que determinados individuos agentes atribuyen a sus acciones. Este individualismo metodológico es muy importante, y es muy distinto de la actitud de aquellos sociólogos (criticados por Emmet) que erigen la sociedad como sujeto y tienden a minusvalorar al individuo como tal, empleando un canon metodológico basado en la consideración de la sociedad como «conjuntos» de los que los individuos forman parte. Es notable observar que Weber subraya el hecho de que este remontarse hasta el individuo constituye la diferencia típica entre una teoría sociológica del derecho y la jurisprudencia.

Weber afirma: «La tarea de otras formas de consideración puede exigir que se trate al individuo singular como un conjunto de “procesos” psíquicos o químicos o de cualquier otra especie. Pero la sociología examina lo que tiene lugar dentro de un comportamiento inteligible dotado de sentido frente a “objetos” (internos o externos) —al igual que los procesos de la naturaleza “carente de sentido”— sólo como condiciones o bien objeto de referencia subjetivo de tal comportamiento. Sobre la misma base, sin embargo, el individuo representa también, por esta forma de consideración, el límite y el único apoyo del comportamiento dotado de sentido. Ninguna forma de expresión que en apariencia se aparte de esto puede ocultar este hecho. Está ligado al carácter específico no sólo del lenguaje, sino también de nuestro pensamiento, que los conceptos con que se penetra la acción lo hagan aparecer en calidad de un ser permanente, de una formación semejante a una cosa o a una “persona” que tiene su propia vida. Esto sucede también, de manera especial, en la sociología. Conceptos como “Estado”, “asociación”, “feudalismo” y otros parecidos designan para la sociología, en general, categorías de determinadas formas de acción humana en sociedad; y función de la sociología es “referirlas al obrar inteligible”, es decir, sin excepción, al obrar de los hombres que en ellas participan. No es ése el caso de otras formas de consideración. Y en esto la consideración sociológica es sobre todo distinta de la consideración jurídica.»^[27]

Aquí Weber introduce la diferencia: «La jurisprudencia por ejemplo trata el “Estado”, en ciertas circunstancias, como una “personalidad jurídica” al igual que los individuos humanos, porque su labor, encaminada a una interpretación de sentido objetiva, es decir, al contenido *normativo* de las proposiciones del derecho, hace que ese medio conceptual resulte útil, y acaso indispensable. Del mismo modo, una proposición jurídica considera los embriones como “personalidades jurídicas”.»^[28]

En otros términos, Weber dice que la *jurisprudencia* puede también permitirse el lujo de considerar como sujetos de derecho determinadas entidades que no corresponden a los individuos en sentido físico. Nosotros, en cambio, en la *teoría sociológica del derecho* debemos siempre remontarnos a los individuos. Puede ser cómodo, dice Weber, hacer como hace la jurisprudencia dogmática, es decir, interpretar el sentido de una norma, referirla a una personalidad jurídica que se llama «Estado», o bien referir un conjunto de normas a aquellas personas jurídicas que son tales para los juristas (una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad anónima, etc.). En todo caso, para Weber, el canon metodológico fundamental de su teoría sociológica, y por tanto también de su sociología del derecho, es la referencia al individuo como entidad fisiopsicológica determinada, y por lo mismo la reducción de todas las demás pretendidas entidades a esta entidad individuo. Lo que interesa sociológicamente es este comportamiento o esta actitud de individuos frente al comportamiento actual o potencial de otros individuos; y este interés se mantiene rigurosamente también a propósito de las categorías que ahora debemos discutir.

En el quinto capítulo considera Weber en qué consiste el conjunto de individuos cuando éstos operan en sociedad y aplica a este propósito el criterio metodológico individualmente, es decir, tiende a reducir todo lo que puede aparecer como un proceso complejo a un conjunto de procesos individuales.

12. *El concepto de ordenamiento en la teoría weberiana*

Con la expresión «obrar asociativo (“obrar en sociedad”)» nos referimos a un obrar en comunidad en cuanto que: 1) éste está orientado en un modo “dotado de sentido”, es decir, tal que reciba una cierta interpretación, “en consideración de expectativas que se mantienen sobre la base de ordenamientos”; 2) el “establecimiento” de éstos tenga lugar de manera puramente “racional respecto al fin”, respecto al obrar de los individuos asociados que se prevé como consecuencia». ^[29] A continuación aparece en Weber el término «ordenamiento», pero es fácil ver que ese término se entiende de manera distinta que en Kelsen.

Estos ordenamientos, dice Weber, son, en definitiva, la base sobre la que se apoyan las expectativas de los individuos que se comportan de cierto modo orientado. Tenemos en esencia una orientación intelectualista del ordenamiento, que tiene la función de permitir a los individuos que actúan (y que esperan acciones de los demás individuos, basadas en el ordenamiento) alcanzar sus

finés. En este sentido, el ordenamiento es racional. Siempre que no nos hallamos ante una acción orientada por expectativas, que tenga un sentido, que esté basado en ordenamientos que permitan mantener estas expectativas, y que además sea racional en el sentido de que se proponga un cierto fin, no nos encontramos frente a un actuar asociado, según esta definición. Se demuestra aquí el hecho de que los individuos, prescindiendo de las que pueden ser sus conductas explicables de otros modos, tienen también este tipo de conducta, que es lo que interesa a Weber y que él llama «obrar en sociedad»: el tipo de conducta racional orientado, que implica expectativas con referencia a la acción de los otros y que implica «ordenamientos» sobre cuya base los individuos pueden esperar el comportamiento de los demás. Lo importante es que exista esta actitud de los individuos para poder estudiarla. El problema de determinarla es un problema estipulativo.

Veamos ahora cómo Weber define el ordenamiento. «Un ordenamiento estatuido en el sentido empírico que aquí se entiende^[30] —aunque el ordenamiento se defina sólo provisionalmente— es: 1) una petición unilateral (*Aufforderung*), y en el caso límite racional también explícita, hecha por hombres a otros hombres,^[31] o bien 2) una declaración^[32] recíproca bilateral, y en el caso límite también explícita, entre hombres, con el contenido subjetivamente intencionado que se prevea o espere un determinado modo de obrar. Toda determinación más precisa al respecto queda por ahora indecisa.»^[33]

Como es fácil constatar, hay aquí un intento de definir empíricamente el ordenamiento. Intento interesante que, en el fondo, corresponde a lo que nosotros ya hemos hecho al hablar de reclamaciones. Pero Weber quiere ir más allá porque, mientras que nosotros hablamos de reclamaciones refiriéndolas a los individuos aislados, él habla de ordenamiento y por tanto se refiere a varios individuos. En todo caso, *las características del ordenamiento empíricamente consideradas* serían las reclamaciones unilaterales o bien las bilaterales (reclamaciones aceptadas) existentes entre los individuos en un determinado ámbito y en relación con determinadas conductas. «Que cierto obrar esté orientado, de manera subjetivamente dotada de sentido, en consideración a un ordenamiento estatuido, puede ante todo significar que al obrar subjetivamente previsto por los individuos asociados corresponde también su obrar *de facto*.»^[34]

13. *Concepto subjetivo y concepto objetivo del ordenamiento en Weber. Casos particulares de «aceptación» del ordenamiento: el tramposo, el ladrón y el*

homicida

«El sentido de un ordenamiento estatuido, y por tanto el propio obrar previsto o el esperado por otros, puede entenderse, o bien más tarde interpretarse, de manera distinta por los individuos asociados, de manera que un obrar orientado en forma correspondiente sobre la base de un cierto ordenamiento (considerado subjetivamente idéntico por los participantes), no sea necesariamente un obrar también objetivamente uniforme en los mismos casos.»^[35] Weber se preocupa siempre de subrayar la diversidad entre lo que un individuo piensa que es el ordenamiento (lo que Weber indica con el término «subjetivo») y lo que el ordenamiento es con independencia de la idea que de él pueda tener todo individuo. En otros términos, junto a los comportamientos y las expectativas reales de los individuos, Weber considera la interpretación que de estos comportamientos y de estas expectativas hacen los propios individuos; en una palabra, la idea que todo individuo se forma del ordenamiento que no corresponde necesariamente a lo que el ordenamiento es en realidad. Por ejemplo, Fulano puede pensar que todos los individuos que están en torno a él se abstienen de una cierta conducta e incluso la consideran ilícita. Pero entre los vecinos de Fulano puede haber muchos individuos que no consideran ilícita esta conducta: la idea subjetiva que Fulano tiene del ordenamiento en este caso no corresponde a la realidad.

Parece, sin embargo, que Weber no profundizó en el estudio de las relaciones entre la idea que todo individuo puede formarse del ordenamiento y lo que éste es en realidad. Parece, por ejemplo, que no consideró que toda idea que los individuos se forman del ordenamiento puede en realidad influir sobre el ordenamiento mismo y que por este hecho cada una de estas ideas forma parte del ordenamiento y concurre a determinarlo, así como cada operación de compra-venta en el mercado concurre a determinar el precio de los bienes que se compran y se venden. Dicho esto, resulta muy difícil distinguir —como hace

Weber— entre un *concepto subjetivo* y un *concepto objetivo* del ordenamiento, aunque esa distinción parezca en una primera aproximación lícita y necesaria. Es ésta una de las dificultades del concepto empírico del ordenamiento que los juristas evitan con el concepto dogmático de ordenamiento, que excede todo significado subjetivo, entendido como interpretación personal del ordenamiento por parte de los individuos.

Weber continúa: «Y además una “orientación” de la acción en consideración de un ordenamiento estatuido puede también consistir en esto, que su sentido

subjetivamente aprendido sea también *rechazado* conscientemente por un individuo participante. Aun cuando uno juega consciente e intencionadamente de manera opuesta al sentido por él subjetivamente aprendido del ordenamiento de un juego de cartas, y juega por lo tanto “trampeando”, sin embargo sigue asociado en calidad de “participante en el juego”, en contraposición a cualquiera que no participe en un juego ulterior. Y esto cabalmente del mismo modo en que un “ladrón” o un “homicida” orienta sin embargo su propia actitud en vista de aquellos ordenamientos, que quebranta subjetivamente de manera consciente, hasta el punto de ocultar su acción o su persona.»^[36] Se trata de un concepto muy importante, que por lo demás también nosotros hemos expresado al hablar de eficacia del ordenamiento respecto al ladrón, diciendo que el ladrón tiene en cuenta la eficacia del ordenamiento al menos porque tiene que huir una vez que ha robado. Weber dice algo muy parecido, que puede considerarse como un complemento de mi tesis al respecto.

En realidad, *la aceptación del ordenamiento por parte del ladrón no la demuestra sólo el hecho de que, hasta cierto punto, el ladrón escapa porque sabe que será castigado, sino también el hecho de que el ladrón especula sobre la circunstancia de que aquel a quien se roba no piensa que lo robarán*, es decir, piensa que quien le está cercano observará el ordenamiento. Esto —diría Weber— es un modo de aceptar el ordenamiento por parte del ladrón. Éste sabe que algunas personas siguen el ordenamiento, es decir, no piensan que se robe mientras el ladrón roba. Es un modo de aceptar el ordenamiento en provecho propio: preveo que la gente no piense que yo robo, por eso robo. Del mismo modo se comporta el *tramposo*. Weber destaca que en este caso quien quebranta el ordenamiento (en este sentido empírico) se beneficia, y se beneficia precisamente por el hecho de aceptarlo dentro de ciertos límites (aquí «aceptar» el ordenamiento no significa comportarse según el ordenamiento, sino ante todo prever que las demás personas se comporten según el ordenamiento).

Weber prosigue con una observación interesante. «El elemento decisivo para la validez empírica^[37] de un ordenamiento establecido “racionalmente respecto al fin” no es ya el hecho de que los individuos agentes orienten continuamente su propio obrar *en conformidad* con el contenido de sentido por ellos interpretado subjetivamente. Ello implica más bien dos cosas: 1) que de hecho (subjetivamente) los individuos que participan en él, como el tramposo y el ladrón, mantienen la expectativa de que los *otros* asociados configuren por lo general su propia actitud “como si” asumieran la disposición interna del ordenamiento constituido como regla de su obrar; 2) que ellos, según la

valoración que por término medio se puede formular de las *chances* del comportamiento humano, *pueden* objetivamente mantener tales expectativas (lo cual constituye una particular formulación de la categoría de la “causación adecuada”). Lógicamente, ambos casos deben ser rigurosamente distinguidos entre ellos.»^[38] Una vez más se subraya la diferencia entre concepto subjetivo y concepto objetivo del ordenamiento: entre juicios de probabilidad relativos a la verificación de determinadas conductas de nuestros semejantes, y frecuencias observadas de tales conductas consideradas como realidades empíricas. Como de costumbre, lo que Weber no profundiza es la relación entre elemento subjetivo y elemento objetivo en el ordenamiento: las previsiones que cada uno hace de las conductas de los demás influyen en realidad en las conductas mismas. Como ya hemos visto, este problema importante surge en la consideración empírica del ordenamiento, mientras que no lo plantea la consideración dogmática para la que el ordenamiento es uno solo, y la interpretación que de él puede hacerse se considera como la única posible, con independencia de toda desviación meramente subjetiva.

El *interés de la teoría sociológica* radica precisamente en esta diferencia respecto a la teoría normativa. Mientras que la teoría normativa, en el fondo, se limita a reproducir el punto de vista dogmático, en el desesperado esfuerzo por transformarlo en una teoría general del derecho, la *teoría sociológica en cambio tiende a hacer lo que el dogmático no hace nunca, porque se ocupa de lo que sucede y no de lo que está escrito en una proposición*. A la luz de estos conceptos del ordenamiento empíricamente válido, Weber prosigue examinando las asociaciones, y por tanto también todas las formas institucionales que dan el aspecto jurídico a las asociaciones y que son todas ellas reconducidas al comportamiento individual *zweckrational*, es decir, conforme al fin. Él se ocupa seguidamente de los aparatos constitutivos y demuestra la diferencia entre una noción que se podría llamar jurídica y una noción que se podría llamar sociológica de la asociación y de la *entidad institucional en general, la cual se nos presenta como un quid estable inmutable en el tiempo, mientras que en realidad se trata de un esquema que adaptamos al alternarse de los individuos en el tiempo en cuanto consideramos estos individuos alternarse como agentes que tienen un objetivo semejante*. De esto ya hemos hablado a propósito de las instituciones. En efecto, podemos considerar el Colegio Ghislieri como algo que parece estable en el tiempo, mientras que en realidad es un concepto con el cual designamos la similitud de los objetivos que determinados individuos que se alternan en el tiempo han tenido, acaso durante siglos. Llegados a este punto,

lamentablemente no nos queda sino remitir a los estudiantes al estudio ulterior de los interesantísimos y penetrantes capítulos de la exposición weberiana, donde se examinan otros temas muy importantes, entre ellos, por ejemplo, el *lenguaje*, el *poder*, el *consenso*, etc. ^[39]

14. *La norma en la teoría sociológica*

Conviene añadir aquí, en conclusión, algunas palabras sobre la función de la *norma*. En una concepción sociológica, la norma aparece no sólo como una proposición lingüística, sino como un *instrumento de previsión*. La norma es un instrumento de previsión y el medio lógico con el que tratamos de dar un objetivo a nuestras expectativas frente a los comportamientos de los demás en relación a determinados comportamientos nuestros. La norma, en esencia, es un esquema con el que tratamos de poner en relación nuestros comportamientos con los ajenos y establecer su correspondencia probable. Este esquema no es necesariamente único para todos los individuos: se puede hablar más bien de una multitud de esquemas más o menos semejantes, de los cuales el sociólogo puede abstraer eventualmente conceptos generales y abstractos de normas que corresponden de manera aproximada, cuando corresponden, a los esquemas efectivamente presentes en la mente de los individuos.

El jurista dogmático no se ocupa de abstraer esquemas generales del estudio de los esquemas efectivos de los individuos, como haría el sociólogo. El jurista dogmático parte de la idea de que existe un solo esquema válido para todos y no necesariamente coincidente con algún esquema en la mente de los individuos. La teoría normativista del derecho toma en consideración exclusivamente el proceso mental del jurista dogmático. La teoría sociológica no es tan exclusiva: puede igualmente tomar en consideración el proceso mental del jurista dogmático entendido como hecho empírico, el proceso mental del sociólogo que tiende a la elaboración de esquemas científicos basándose en experiencias concretas (o sea, a la elaboración de conceptos generales, por lo general basándose en el estudio de las normas concretas existentes en la mente de los individuos), y finalmente el proceso mental de los individuos que se sirven de los esquemas normativos propios como instrumentos de previsión del comportamiento de los demás. Piénsese que la teoría sociológica del derecho no se identifica con la sociología del derecho (o sea, con el intento de elaborar esquemas de normas partiendo del estudio de las normas concretas existentes en la mente de los individuos), sino

que constituye una reconsideración de la jurisprudencia dogmática. Por el contrario, la teoría normativa, especialmente en la forma que le da Kelsen, constituye un intento de trasladar drásticamente al plano de una consideración general del derecho los conceptos y los métodos del jurista dogmático, con la exclusión o por lo menos con la pretendida exclusión de todo otro concepto y de todo otro método. La norma tomada en consideración por la teoría sociológica constituye, pues, un concepto muy amplio y polisémico respecto a la norma tomada en consideración por la teoría normativa.

Con esto hemos delineado el panorama de las principales teorías del derecho contemporáneo, no porque sus representantes sean sólo los que hemos examinado, sino porque éstos (Kelsen y Weber) son particularmente representativos de las teorías dominantes, que tienden respectivamente por una parte a identificar el dominio y el estudio del derecho con el de las normas concebidas a la manera de los juristas, y, por otra parte, a considerar el derecho como un conjunto de comportamientos orientados por ideas, entendidos como problemas psicológicos independientes, y para cuyo estudio se consideran aplicables los cánones de la investigación empírica.

Notas

Prefacio

* — El autor del *Prefacio* desea agradecer cordialmente a Dario Antiseri, Massimo Baldini, Lorenzo Infantino e Sergio Ricossa la inclusión del presente volumen en la prestigiosa colección «Biblioteca Austriaca»; a Enrico Colombatto y al ICER (International Center for Economic Research) por la amable hospitalidad que me prestaron durante los tres meses de estudio transcurridos en Turín; a Natale Molari y al CIDAS que conservan la biblioteca personal de Bruno Leoni, donada por su familia; a Florindo Rubbettino y Angela Cimino, cuya profesionalidad ha permitido trabajar en el mejor de los modos; a Giampaolo Azzoni, Luigi Marco Bassani, Antonio Masala, Alberto Mingardi y Carlo Stagnaro, que leyeron una primera versión de estas páginas y sugirieron útiles correcciones y mejoras.

[1] Murray N. Rothbard, *For A New Liberty. A Libertarian Manifesto*, Macmillan, Nueva York, 1973 (trad. it.: *Per una nuova libertà. Un manifesto libertario*, Liberilibri, Macerata, 1996, pp. 314-323); Bruce L. Benson, *The Enterprise of Law. Justice without State*, Pacific Research Institute for Public Policy, San Francisco, 1990, pp. 282-85 [trad. esp.: *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, 2000]. La influencia de Leoni resulta también evidente en quien, como Hayek, manifiesta un pensamiento bastante menos radical sobre el tema; véase Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londres y Nueva York, 1973-1979 (trad. it.: *Legge, legislazione e libertà*, al cuidado de Angelo María Petroni e Stefano Monti Bragadin, Il Saggiatore, Milán 1994) [trad. esp.: *Derecho, legislación y libertad*, nueva edición, Unión Editorial, 2006]. A pesar de que en esta obra Hayek sólo cita a Leoni de pasada en una nota (en la página 116 de la edición española), cuando estuvo en Pavía con motivo de un encuentro conmemorativo, Hayek admitió explícitamente que las críticas que le dirigió en *Freedom and the Law* habían cambiado profundamente sus ideas a este respecto, subrayando cómo en el pensamiento de Leoni hay cuestiones esenciales «que ahora nos corresponde a nosotros, sus amigos y admiradores, retomar y desarrollar» (Friedrich A., Hayek, «Bruno Leoni lo studioso», *Il Politico*, n. 1, marzo de 1968, p. 29); [en español, en Friedrich A. Hayek, *Las vicisitudes del liberalismo*, vol. IV de *Obras Completas de F.A. Hayek*, Unión Editorial, 1996, pp. 277-283].

[2] Bruno Leoni, *Freedom and the Law*, Van Nostrand, Princeton, 1961; trad. italiana: *La libertà e la legge*, con una introducción de Raimondo Cubeddu, Liberilibri, Macerata, 1995 [trad. esp.: *La libertad y la ley*, Unión Editorial, 1974; 2.ª ed., con una introducción de Jesús Huerta de Soto, 1995].

[3] Bruno Leoni, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, recogidas por Maria Luigia Bagni, Viscontea, Pavía-Milán, 1959.

[4] Nos referimos aquí a los siguientes volúmenes: *Lezioni di filosofia del diritto: vol. I: Il pensiero antico*, litografía, Viscontea, Pavía, 1949; *Il pensiero cristiano*, Apéndice a *Lezioni di filosofia del diritto: Il pensiero antico* (segunda edición), Viscontea, Pavía, 1956; *Lezioni di dottrina dello Stato*, litografía, recogidas por F. Boschis y G. Spagna, Viscontea, Pavía 1957; *Lezioni di filosofia del diritto*, litografía, recogidas por M. Bagni, Viscontea, Pavía, 1959; *Appunti dal corso di lezioni di «Filosofia del diritto»*, al cuidado de S. Lenghi, ciclostil, 1966 (ahora en *Il diritto come pretesa*, al cuidado de Antonio Masala, Macerata, Liberilibri, 2004, pp. 139-221).

[5] También es cierto, en todo caso, que Leoni utilizó con frecuencia los apuntes como base para sus artículos, que a lo largo de los años publicó en diversas revistas.

[6] A este respecto, debo especial gratitud al profesor Lorenzo Infantino, que no sólo me ha dado innumerables y preciosos consejos, sino que también ha compartido conmigo las fatiga de la «revisión» del texto.

[7] Como observa Mauro Barberis («Diritto e legislazione. Rileggendo Leoni», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 2, abril-junio 1996, pp. 234-237), no debe verse en todo esto una conspiración, sino a lo sumo el signo de que las tesis libertarias y la propia cultura política del liberalismo clásico no encontraron una acogida significativa en la Italia de la segunda parte del siglo XX.

[8] La expresión es de Mauro Stoppino. Véase M. Stoppino, «L'individualismo integrale di Bruno Leoni», introducción a: *Bruno Leoni, Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Giuffrè, Milán, 1980, pp. VII-XLIX.

[9] Para una visión de conjunto véase Karen I Vaughn, *Austrian Economics in America: The Migration of a Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994.

[10] Sobre el papel de Leoni en la Mont Pélérin Society véase la *Prefazione* de Ricossa en Bruno Leoni, *La sovranità del consumatore*, Ideazione, Roma, 1997, pp. 7-20.

[11] Bastaría esta simple consideración para comprender la urgencia de traducir al inglés aquellas obras que, hasta hoy, están a disposición únicamente de los lectores de lengua italiana: a partir ciertamente de estas *Lezioni di filosofia del diritto*.

[12] Los principales escritos de Raimondo Cubeddu en que se examina el pensamiento de Bruno Leoni son: «Friedrich A. von Hayek e Bruno Leoni», *Il Politico*, LVII, n. 3, 1992, pp. 393-420; «Il liberalismo di Bruno Leoni», Introducción a *La libertà y la legge*, cit., pp. IX-XXXV; «Friedrich A. von Hayek and Bruno Leoni», en *Journal des Economistes et des Études Humaines*, vol. IX, nn. 2-3, junio-septiembre de 1999, pp. 343-369.

[13] Una de las últimas y más significativas expresiones del interés actual por Leoni es la publicación de la biografía intelectual de nuestro autor: Antonio Masala, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003,

[14] En este sentido es de gran interés una conversación entre Danilo Zolo y Norberto Bobbio (véase «Kelsen e il diritto cosmopolitico. Dialogo tra Danilo Zolo e Norberto Bobbio», en *Reset*, diciembre de 1997, n. 43, pp. 19-33; el texto ha sido publicado también en Danilo Zolo, *I signori della guerra. Una critica del globalismo giuridico*, Carocci, Roma, 1998, pp. 85-106. En este diálogo Bobbio afirma que «tal vez deberían considerarse con más atención las tesis de Bruno Leoni [sobre las relaciones entre tradición jurídica anglosajona y tradición continental], que yo en el pasado critiqué un poco alegremente». En estas mismas páginas también Danilo Zolo comenta: «Esta idea de Leoni y de Hayek (que sobre este punto es deudor de Leoni) también a mí me parece que debería reconsiderarse atentamente» (*op. cit.*, p. 95).

[15] Aunque a partir de los años cuarenta se trasladó a América, donde transcurrió una parte importante de su vida (escribiendo muchos textos en inglés), dentro del universo cultural estadounidense Kelsen no conoció nunca aquel éxito y aquella hegemonía que conquistó en las universidades de la Europa continental.

[16] Además de en estas *Lecciones*, Leoni examina y refuta el pensamiento de Kelsen en muchos artículos. Entre los más importantes están: «Oscurità e incongruenze della dottrina kelseniana del diritto» (1960), en *Scritti di scienza politica e di teoria del diritto*, cit., pp. 187-202; «Il concetto di Stato nella dottrina kelseniana» (1961), en *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, al cuidado de Mario Stoppino, Società Aperta, Milán, 1997, pp. 27-35; «Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella teoria generale e nella filosofia del diritto» (1962), en *Scritti di scienza politica e di teoria del diritto*, cit., pp. 221-242.

[17] Bruno Leoni, *Appunti dal corso di lezioni di «Filosofia del diritto»*, cit., p. 9.

[18] Leoni presenta en términos sintéticos esta su teoría en el siguiente artículo: Bruno Leoni, «The Law as Claim of the Individual», *Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, 1964, pp. 45-58 (traducción italiana: «Il diritto como pretesa individuale», en *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, cit., pp. 119-133).

[19] *Infra*, p. 85.

[20] Raimondo Cubeddu, «Friedrich A. von Hayek and Bruno Leoni», cit., p. 355.

[21] Bruno Leoni, *Appunti dal corso di lezioni di «Filosofia del diritto»*, cit., p. 9.

[22] En el gran tratado de Mises de 1949 el tema del equilibrio general y de los precios estáticos (o de equilibrio) se interpreta sobre todo gracias al modelo de una economía de giro uniforme (*evenly rotating economy*) introducido precisamente para demostrar la distancia que separa el mundo real de los intercambios y todo esquema descriptivo abstracto, de un modo u otro ligado a la hipótesis de un «equilibrio general». Véase Ludwig von Mises, *Human Action*, Yale University Press, New Haven, 1949 (trad. it.: *L'azione umana*, Utet, Turín, 1959, especialmente pp. 239-250) [trad. esp.: *La acción humana*, Unión Editorial, 8ª ed., 2007].

[23] Leoni escribió también un texto, a cuatro manos con Eugenio Frola, sobre la imposibilidad del empleo de la matemática en la teoría económica: Eugenio Frola - Bruno Leoni, «Possibilità dell'applicazione delle matematiche alle discipline economiche», en *Il Politico*, n. 2, 1955, pp. 190-210 (una versión inglesa se publicó algunos años después: «On Mathematical Thinking in Economics», *Journal of Libertarian Studies*, I, n. 2, 1977, pp. 101-109).

[24] Bruno Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 85 [tra.d. esp.: *La libertad y la ley*, cit., p. 94].

[25] *Op. cit.*, pp. 83 y 85 [trad. esp., pp. 92 y 94].

[26] *Infra*, p. 55.

[27] *Ibidem*.

[28] *Infra*, p. 56.

[29] *Infra*, p. 54. En 1967, en los *Appunti dal corso di lezioni di «Filosofia del diritto»*, afirma que la filosofía del derecho no parte de la pregunta —eminentemente práctica— «quid iuris?», sino más bien del interrogante teórico «quid ius?» (Bruno Leoni, *op. cit.*, p. 141).

[30] Como ha demostrado Infantino, para Mises «la “privación” es la condición humana; y los precios monetarios son sólo el instrumento a través del cual podemos hacer más precisas nuestras valoraciones» (Lorenzo

Infantino, *L'ordine senza piano*, Armando, Roma, 1998, p. 174) [trad. esp.: *El orden sin plan*, Unión Editorial, 2000, p. 235].

[31] En efecto, en opinión de Leoni el punto de vista weberiano debe apreciarse precisamente porque «en la *teoría sociológica del derecho* debemos siempre remontarnos a los individuos y por tanto el derecho es impensable en el momento en que se prescinde de sus opciones y decisiones» (*infra*, p. 290).

[32] Hay aquí un problema teórico muy serio. El intercambio *económico* (la negociación de bienes y recursos) supone siempre un marco jurídico, que es la condición misma del contrato. Además de esto, implica una radical subjetividad de las preferencias y por tanto es óptimamente interpretado por la teoría «austriaca» del valor, referido a las preferencias singulares de los actores.

Al contrario, por definición, el intercambio *jurídico* (la negociación de reclamaciones) se produce en un contexto que aún carece de ese orden legal capaz de asegurar comportamientos correctos. Además, la subjetividad de las preferencias no opera del mismo modo cuando se deja la economía por el derecho, puesto que en el segundo caso se da siempre la posibilidad de que un observador «tercero» juzgue como injusta una eventual «negociación» entre un dominador y un dominado, en la que el segundo puede ser, al

menos en parte, forzado a aceptar una solución sólo porque está amenazado por un sujeto más fuerte. Una «negociación» de este tipo, que se produzca en un marco jurídico aún no definido o en todo caso caracterizado por la arbitrariedad y la prepotencia, permitiría a algunos hombres explotar a otros y aseguraría a la víctima, en la mejor de las hipótesis, sólo una modesta tutela.

No hay duda de que Leoni tiene razón, *en el plano de los hechos*, cuando reconduce el derecho a este origen histórico y a ese tipo de contratación social. Permanece, sin embargo, el problema, *en el plano de la legitimidad*, de saber si existe un derecho superior que juzga normas, leyes e instituciones.

[33] *Infra*, p. 134.

[34] Es significativo a este respecto que, a juicio de Jesús Huerta de Soto, Leoni fue el primer científico social que comprendió la necesidad de sacar todas las consecuencias de la reflexión teórica de Mises sobre la imposibilidad del cálculo económico en una sociedad socialista (Jesús Huerta de Soto, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión Editorial, 3.ª ed., 2005, p. 159n).

[35] Bruno Leoni, «A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico» (1966), en *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, cit., p. 147.

[36] *Ibidem*.

[37] *Infra*, p. 244.

[38] Para una valoración global en sentido positivo de los economistas que, a partir de los años setenta del siglo XIX, modificaron radicalmente el curso de la ciencia económica, véase: Bruno Leoni, «Il Capitale di Carlo Marx, cent'anni dopo», en AA.VV., *1867-1967. Un secolo di marxismo*, Vallecchi, Florencia, 1967, pp. 7-57.

[39] *Infra*, p. 207. Es importante subrayar cómo Leoni leyó siempre en paralelo los temas del derecho y de la economía, y cómo también en este caso adopta una posición sobre la polémica Schmoller y Menger precisamente después de examinar las tesis historicistas de Carl von Savigny en el ámbito de la reflexión sobre el derecho.

[40] Bruno Leoni, «Scienza politica e azione politica», en *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, cit., pp. 16-17.

[41] Carl Menger, *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften, und der politischen Ökonomie insbesondere*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1883; trad. it.: *Sul metodo delle scienze sociali*, al cuidado de Raimondo Cubeddu, Liberilibri, Macerata, 1996, p. 151 [trad. esp.: *El método de las ciencias sociales*, Unión Editorial, 2006].

[42] Bruno Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 53 [trad. esp.: *La libertad y la ley*, cit., p. 64].

[43] Bruno Leoni, «Scienza politica e azione politica» (1949), en *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, cit., p. 9.

[44] Bruno Leoni, «Scienza politica e azione politica», cit., p. 8.

[45] Bruno Leoni, «Scienza politica e azione politica», cit., p. 10.

[46] Bruno Leoni, «Scienza politica e azione politica», cit., p. 16.

[47] Ludwig von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 29 [trad. esp., cit., p. 37].

[48] Ludwig von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 29n y p. 30 [trad. esp., cit., p. 37n. y p. 38].

[49] Ludwig von Mises, *L'azione umana*, cit., p. 34 [trad. esp., cit., p. 43].

[50] Sobre la relación entre Leoni y la tradición del realismo jurídico (americano y escandinavo), es de gran interés: Silvia Menocci, *L'antiformalismo di Bruno Leoni nei suoi rapporti con le correnti del realismo giuridico*, DiGips, Siena, 2003.

[51] Bruno Leoni, «Riflessioni sul significato relativistico della “Wertfreiheit” nello studio dell’uomo» (1961), en *Le pretese e i poteri...* cit, p. 227.

[52] También es importante observar cómo el propio Weber, aunque en tantos aspectos próximo a Schmoller y al *Verein für Sozialpolitik*, recibió una fuerte influencia de los primeros representantes de la Escuela austriaca. Sobre el tema: Lorenzo Infantino, *L’ordine senza piano*, cit., p. 177 [trad. esp.: *El orden sin plan*, cit., p. 239].

[53] *Infra*, p. 61.

[54] *Ibidem*.

[55] *Infra*, p. 204.

[56] *Infra*, p. 58.

[57] *Infra*, p. 243.

[58] *Infra*, p. 244. Incluso cuando rechaza el holismo del mundo precristiano, Leoni afirma que el individualismo metodológico responde a un planteamiento coherentemente *empirista*, capaz de corresponder a nuestras *experiencias*: «si queremos adoptar una actitud empírica, debemos evidentemente rechazar este concepto de sociedad, entendida como una mente superior o como un hombre en grande, porque no corresponde a ninguna experiencia nuestra» (*Infra*, p. 97).

[59] Presentando el proyecto editorial del *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, Max Weber habla de la revista como de una institución cultural que actúa en el interior de «una ciencia empírica»; Max Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Mohr, Tübinga, 1922; trad. italiana: *Il metodo nelle scienze storico-sociali*, introducción y traducción de Pietro Rossi, Einaudi, Turín, 1958, p. 58.

[60] *Infra*, p. 82.

[61] El mismo individualismo metodológico, a juicio de Leoni, se asocia por su propia naturaleza al empirismo. Leoni escribe: «si centramos el estudio sobre los individuos y no ya sobre las estructuras normativas de una determinada sociedad, resulta evidente *la aportación de los individuos*, tanto en el ámbito de estas estructuras (o contra ellas), como, antes o después, el advenimiento de tales instituciones. El interés por tal aportación se está concretando en los estudios recientes también por efecto de una filosofía más empirista y, como tal, más individualista» (*infra*, p. 87).

[62] Bruno Leoni, Recensión de John Wild (*Plato’s Modern Enemies and the Theory of Natural Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1953), *Il Politico*, 1954, n.1, p. 131.

[63] Sobre este tema me permito remitir a mi monografía: Carlo Lottieri, *Le ragioni del diritto. Libertà individuale e ordine giuridico nel pensiero di Bruno Leoni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006, pp. 51-173.

[64] A este respecto, en las últimas páginas que dedicó a la teoría de la reclamación (se trata en realidad de los apuntes tomados de las lecciones en la Universidad de Pavía en 1966), Leoni introdujo un concepto interesante al hablar de las *reclamaciones ajurídicas*, que «no son aún reclamaciones jurídicas, aunque pueden serlo en el futuro o pueden haberlo sido en el pasado; y no son tampoco reclamaciones antijurídicas, aunque pueden serlo en el futuro o haberlo sido en el pasado» (Bruno Leoni, *Appunti dal corso di lezioni di «Filosofia del diritto»*, cit., p. 200).

[65] Carl Menger, *Lineamenti di una classificazione delle scienze economiche*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1998, (1889), p. 71 [en español, en Carl Menger, *El método de las ciencias sociales*, cit., p. 402].

[66] Carl Menger, *Lineamenti...*, cit., p. 74n [trad. esp.: cit., p. 405n].

[67] *Infra*, p. 208.

[68] Bruno Leoni, «Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto», cit., p. 202.

[69] Leoni no deja de notar cómo Kelsen acusó «a los sociólogos del derecho de ser iusnaturalistas enmascarados» (*infra*, p. 242) y en otro pasaje de las *Lecciones* añade que el iusnaturalismo en algunas de sus manifestaciones puede «concebirse como una especie de sociología del derecho y en particular como una teoría empírica de las convicciones jurídicas (*ius gentium*) de las personas en general» (*infra*, p. 264)

[70] A propósito de la teoría sociológica del derecho conviene tener presente que Leoni, repetidamente, insiste en decir que la misma no debe confundirse con la sociología del derecho: «la teoría sociológica del derecho no se identifica con la sociología del derecho (o sea con el intento de elaborar esquemas de normas partiendo del estudio de las normas concretas existentes en la mente de los individuos), sino que constituye una reelaboración de la propia sociología del derecho, es decir constituye una reelaboración de la jurisprudencia dogmática» (*infra*, pp. 299-300). Un concepto análogo se expone en otra parte del volumen (*infra*, p. 266, n. 3)

[71] *Infra*, p. 180.

[72] Es cierto, desde diversos puntos de vista, que en todo auténtico liberal se oculta el defensor de una lectura individualista del derecho natural. Aun cuando rechazan en abstracto la tradición iusnaturalista, quienes pertenecen a la tradición del liberalismo clásico tienden a considerar inviolables los derechos de los individuos y, por tanto, a atribuirles una dignidad que va más allá de todo orden jurídico positivo.

[73] Bruno Leoni, *La libertà e la legge*, cit., p. 145 (trad. esp., cit., p. 151). En un ámbito problemático semejante, bajo varios aspectos, se encontrará Rothbard, que como Leoni tomará de Mises la fundamental distinción praxeológica entre *medios* (racionales) y *finés* (subjetivos), pero luego se orientará hacia una filosofía política construida en torno a la idea de derechos naturales individuales. Si como economista Rothbard sigue defendiendo la autonomía de la ciencia económica (como reflexión sobre los medios que, en cuanto tal, puede prescindir de toda consideración sobre los fines), en el momento en que asume la función de filósofo político subraya que la *Wertfreiheit* no implica en modo alguno la renuncia a la posibilidad de reflexionar filosóficamente sobre los objetivos. Para Rothbard, en una palabra, la racionalidad puede ampliar su propio radio de acción también a las opciones morales, y por tal motivo en el ámbito de la ética y del derecho no hay razón para defender la idea de la neutralidad axiológica.

[74] Antonio Masala, *Il liberalismo di Bruno Leoni*, cit., p. 194.

[75] Para Leoni, el propio iusnaturalismo surgió como reacción frente a la pretendida identificación entre derecho y voluntad política: «el problema del llamado derecho natural (ya planteado por los griegos cuando hablaban de lo “justo por naturaleza”) surge de una actitud que se podría llamar espontánea de las personas, que en un determinado momento histórico se hallan de pronto frente a un tirano que pretende que cambien los esquemas de previsión de su conducta» (*infra*, pp. 180-181)

[76] *Infra*, p. 242.

[77] *Infra*, p. 243 (la cursiva es mía). Hablando de tales exigencias, empíricamente muy compartidas, Leoni pone el ejemplo de la voluntad de mantener la paz, que «en el ámbito de las distintas comunidades históricas es una exigencia muy general, válida también en el interior de las sociedades de guerreros. Éstos combatirán a los demás, pero evidentemente no podrán combatir entre ellos, a no ser dentro de ciertos límites, si no quieren destruir su sociedad». A propósito del estatuto de semejantes exigencias (definidas *muy generales*, pero no *absolutas*), es interesante observar cómo Leoni piensa que cuando «el economista observa que la economía es la ciencia de la elección en régimen de escasez, no por ello tiene la pretensión de enunciar un principio absoluto» (*infra*, p. 243).

[78] Sobre el tema véase sobre todo: Bruno Leoni, *Lezioni di filosofia del diritto: vol. I, Il pensiero antico*, cit.

[79] *Infra*, p. 53.

[80] En este sentido, la tesis de Leoni es que «un proceso espontáneo de elaboración del derecho es preferible a la legislación porque el derecho que ha sido descubierto gracias a ese proceso habrá demostrado tal valor en la competencia con otras prácticas y tradiciones» (Leonardo P. Liggio - Tom Palmer, «*Freedom and the Law*»: A Comment on Professor Aranson's Article, «*Harvard Journal of Law & Public Policy* », vol. 11, n. 3, 1988, p. 724).

[81] *Infra*, p. 106.

[82] Véase en particular: Bruno Leoni, *Lezioni di dottrina dello Stato*, cit.

[83] La oposición entre la lógica pacífica de los mercaderes y la agresiva de los guerreros, entre la civilización del orden liberal y la conflictividad permanente de los sistemas dominados por el estatismo, es fundamental en todo el liberalismo. Véase en particular la tercera parte de: Herbert Spencer, *The Principles of Sociology*, tres volúmenes, Londres, William & Norgate, 1876-1896.

2. La reclamación

[1] Véase a este respecto mi artículo «Norma, previsione e speranza nel mondo storico», en *Il Politico*, 1957, n.4, pp. 636-658. En él examino el concepto de probabilidad en relación con el concepto de norma y analizo las relaciones entre estos conceptos, y en particular el concepto de previsión con el de esperanza, que ha tenido un significado preciso en la teoría de la probabilidad (= *espérans*: esperanza definida con números). En el artículo mencionado este concepto se ve en relación con las previsiones que se pueden considerar contenidas en la norma y con las esperanzas que en este sentido técnico se pueden considerar contenidas en la misma [El artículo es uno de los primeros escritos de Leoni y en realidad se publicó originariamente en 1943 en *Temì Emiliana*. N. d. E.].

[2] John M. Keynes, *A Treatise on Probability*, Macmillan, Londres, 1921.

[3] Émile Borel, *Traité du calcul des probabilités et de ses applications*, Gautier-Villars, París, 1924.

3. La reclamación y el poder

[1] Bertrand de Jouvenel, *De la souveraineté à la recherche du bien poli-tique*, Genin, París, 1955.

[2] Dorothy M. Emmet, *Function, Purpose and Power. Some Concepts in the Study of Individuals and Society*, Macmillan, Londres, 1958.

[3] Roger Henry Soltau, *Economic Functions of State*, Pitman & Sons, Londres - Nueva York, 1931.

4. La reclamación y la sociedad

[1] Convendrá ante todo explicar algunos conceptos que adopta esta autora. Poder no es sólo la posibilidad de determinar comportamientos, sino también la posibilidad en el campo de la creación artística: por ejemplo, el poder creativo de un pintor. El poder así entendido lo estudia Emmet sobre todo en el campo de las relaciones con los individuos: el poder de un creador de órdenes religiosas, de un profeta, de una persona que promueve iniciativas. Según esta autora, un personaje particularmente dotado de poder es la famosa Florence Nightingale, que dio origen a la institución de las enfermeras voluntarias. La Nightingale fue la primera persona que concibió la función de la enfermera de hospital como una vocación, como una

función de orden muy elevado. Para Emmet éste es uno de los personajes más dotados de *poder*. El poder en este caso se concibe de un modo algo diferente. Es el poder como actitud para crear una organización. Naturalmente este poder se manifiesta también en gran medida como poder de determinar comportamientos, porque no se puede crear una organización semejante sin determinar comportamientos en los demás. Sabemos perfectamente que la Nightingale tenía un poder enorme, y a veces despiadado, para determinar comportamientos, pues de los que la seguían a veces exigía prestaciones heroicas.

Junto al concepto de *poder* Emmet desarrolla el concepto de *purpose* (objetivo), que es uno de los conceptos clave en la interpretación de la sociedad.

La autora trata luego del concepto de *funcion*, tan apreciado sobre todo por los sociólogos, y extremadamente problemático porque implica analogías, no siempre lícitas, con la idea de organismo y mecanismo. Se podría decir, *grosso modo*, que la idea de *función* surge en el estudio de la sociedad en general tal como lo realizan los sociólogos, mientras que la idea de *objetivo* surge en el estudio de aquellas sociedades o asociaciones particulares que pertenecen al terreno político-jurídico. Finalmente la idea de *poder* entraría, según esta clasificación que Emmet propone (aunque sin aceptarla completamente), en el campo de las actividades puramente morales y religiosas, y por tanto iría ligada al concepto de vocación. En todo caso, la autora reconoce justamente que en todas las sociedades que consideramos, ya sea bajo el perfil político o jurídico, ya sea bajo el perfil religioso o artístico, o bien bajo el perfil social en general, existe la posibilidad de un uso cumulativo de estos conceptos; en otros términos, todos estos conceptos son siempre útiles para interpretar cualquier tipo de sociedad o de asociación que consideremos, si bien algunos lo son más en la interpretación de ciertas sociedades y otros en la interpretación de otras.

[2] Siegfried F. Nadel, *The Theory of a Social Structure*, Free Press, Glencoe (Ill.), 1957.

[3] Las caravanas que pasan por el desierto a cierta distancia una de otra, sin encontrarse, *no* forman una sociedad, porque no tienen nada en común, aparte el hecho de pasar cerca.

[4] Pensemos, para dar una idea de la relación entre individuos lejanos, en el proceso de formación de los precios, que depende de las influencias recíprocas de personas que jamás se conocerán. Puede producirse por ejemplo una subida inesperada del precio de los neumáticos de los automóviles en Italia, porque en Singapur ha aumentado el salario de la mano de obra malaya, etc. Todo esto implica una repercusión que va más allá de las *face-to-face relations*.

[5] Véase Bruno Leoni: *Lezioni di filosofia del diritto. Il pensiero antico*, Viscontea, Pavía, 1949.

[6] Talcott Parsons, *The Social System*, Free Press, Glencoe (Ill.), 1951.

5. La interpretación de la conducta humana según el concepto de *fin*

[1] Por ejemplo, la competencia comercial implica una serie de conductas competitivas, que por lo demás se desarrollan según reglas por las que es posible, al menos en ciertos límites, prever en qué modos y en qué direcciones se manifestará la competencia.

6. La interpretación de la conducta humana según el concepto de *función*

[1] Sobre la cuestión véase: Bruno Leoni - Eugenio Frola, «Possibilità di applicazione della matematica alle scienze sociali, con particolare riguardo all'economia», en *Il Politico*, 1955, n. 2, pp. 190-210.

[2] Vilfredo Pareto, *Traité de sociologie générale*, Payot, Lausana-París, 1917-19.

7. Los diversos aspectos de la sociedad, con particular consideración del aspecto jurídico

[1] Por ejemplo, una teoría imperativista de la norma que acentuase el hecho de que la norma es un mandato entendido como hecho psicológico sería reconducible a la teoría sociológica. Por el contrario, una teoría imperativista de la norma que prescindiera de los aspectos psicológicos del mandato, por ejemplo, para subrayar los aspectos lógico-formales de la proposición imperativa (en el sentido en que Kelsen habla de «mandatos despsicologizados»), pertenecería al ámbito de las teorías normativistas.

[2] Veremos un intento en este sentido en la polémica del representante más conocido de las teorías normativistas contemporáneas, Hans Kelsen, contra las teorías sociológicas y en particular contra las de Max Weber.

[3] Traducción italiana: Max Weber, *Il metodo nelle scienze storico-sociali*, introducción y traducción de Pietro Rossi, Einaudi, Turín, 1958 (1922). [En el texto Leoni emplea esta edición para sus citas, aunque en un par de casos critica la traducción. N.d.E.].

8. Análisis de las teorías normativistas, con especial referencia a la teoría de Hans Kelsen

[1] Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (mass.), 1949 (segunda edición); trad. it.: *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Milán, 1952.

[2] Carl Bergbohm, *Jurisprudenz uns Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Duncker und Humblot, Leipzig, 1892.

[3] El derecho es como el lenguaje —pensaba en esencia von Savigny—, es algo que va de suyo. Es inútil que haya un gobierno que diga: «Debéis hablar así.» La gente habla naturalmente de un cierto modo y el derecho se desarrolla del mismo modo. Por tanto codificar el derecho es como hacer una gramática de Estado con castigos para quienes cometen errores.

[4] Se explica así la componente anti-ideológica de las nuevas teorías (formales) del derecho: el iusnaturalismo se considera una ideología, y como tal un conjunto de teorías relativas, en cuanto se apoya en contenidos caducos. Naturalmente se ha producido una *reacción* a esta revolución cultural: todos los defensores del viejo iusnaturalismo han seguido defendiendo el punto de vista del contenido. Pero las nuevas ideas han tenido un agarre enorme sobre la cultura de los siglos XIX y XX.

[5] Rudolf Stammler, *Theorie des Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Waisenhauses, Halle, a. d.S., 1911.

[6] Hans Kelsen, *Teoría generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 29.

[7] *Ibidem*.

[8] Pero en realidad es claro que en estos casos, si se aplica, la norma tiene eficacia.

[9] Hans Kelsen, *Teoría generale...*, cit., p. 39.

[10] *Ibidem*.

[11] *Ibidem*.

[12] Hans Kelsen, *Teoría generale...*, cit., pp. 39-40.

[13] Hans Kelsen, *Teoría generale...*, cit., p. 120.

[14] *Ibidem*.

[15] *Ibidem*.

[16] [Leoni se refiere a Pasquale Simonetti, llamado Pascalone e' Nola, conocido criminal campano de los años cincuenta que se casó con Pupetta Maresca y murió a manos de Totunno e' Pumigliano. N.d.E.].

[17] Hans Kelsen, *Teoria generale...*, cit., p. 112.

[18] *Op. cit.*, pp. 112-13.

[19] *Op. cit.*, p. 116.

[20] *Op. cit.*, pp. 181-82.

9. Análisis de las teorías sociológicas del derecho, con particular referencia a Max Weber

[1] Tanto Ehrlich como Weber fueron recientemente traducidos al inglés.

[2] [Leoni se refiere a *Die juristische Logik*, un texto de 1918. [N. d. E.].

[3] La diferencia entre la enunciación general de una teoría sociológica del derecho o de una metodología de la sociología del derecho y una determinada investigación de sociología del derecho es la siguiente. Quien desea hacer una determinada investigación de sociología del derecho estudiará un cierto periodo histórico, y dirá qué conceptos inspiraban a las personas que se comportaban de un determinado modo, y luego comparará por ejemplo este periodo histórico con otros, creará categorías, tratará de llegar a determinar constantes del comportamiento de las personas que le permitan (como hace Weber en *Wirtschaft und Gesellschaft*) considerar los comportamientos jurídicos según algunos esquemas bastante estables. Viceversa quien trate de establecer cuáles son los conceptos generales de los que partir para llevar a cabo estas investigaciones hará una teoría de la sociología jurídica o bien enunciará una teoría sociológica del derecho. Los ensayos de Weber de que hablamos enuncian una teoría sociológica del derecho o de otros aspectos de la sociedad humana.

[4] A John Stuart Mill se remonta la denominación *moral sciences* para distinguirlas de las *ciencias físicas*, naturales. *Moral* no significa cualquier cosa que hace referencia a la moral, sino que deriva de *mores*, lo que es consuetudinario, habitual, etc. Por tanto las ciencias morales se distinguen de las ciencias naturales, según Mill, en que se trata de ciencias cuyo *iter* podemos recorrer. Si calentamos una barra de hierro, podemos constatar cierta dilatación, podemos medir la dilatación, podemos tener el coeficiente de dilatación del hierro a una determinada temperatura, pero no sabemos exactamente la razón por la que esto sucede. Si en cambio estudiamos una institución, podemos reproducir de algún modo la razón de esta institución recorriendo el *iter* mental que han recorrido nuestros padres, nuestros antepasados, etc. Tal es la idea fundamental de Mill, que encontramos también en otros autores del siglo XIX y sobre todo en la segunda mitad de ese siglo en los sociólogos alemanes.

[5] Max Weber, *Il metodo delle science storico-sociali*, cit., p. 241.

[6] Aquí podemos incluir también las normas como proposiciones lingüísticas, a la manera del propio Kelsen.

[7] Max Weber, *op. cit.*, p. 254.

[8] Max Weber, *op. cit.*, p. 256.

[9] *Op. cit.*, p. 257.

[10] A propósito de previsiones y reclamaciones, cuando se hace una previsión del comportamiento típico que se debe por tanto en cierto ámbito, este comportamiento es el que se considera más probable. Weber sostiene aquí algo parecido a lo que ya dijimos.

[11] Max Weber, *op. cit.*, p. 257.

[12] *Op. cit.*, pp. 257-58.

[13] *Op. cit.*, p. 258.

[14] *Ibidem.*

[15] *Op. cit.*, p. 259.

[16] *Ibidem.*

[17] *Ibidem.*

[18] Ciertamente existe un sentido por el que los dos ejércitos enemigos constituyen una sociedad, porque existen reglas comunes con las que estos ejércitos hacen la guerra. En cuanto existen estas reglas comunes, como ya dijimos, se puede afirmar que estos ejércitos constituyen una sociedad; pero en cuanto ambos ejércitos se combaten, no constituyen una sociedad en nuestro sentido.

[19] Max Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., p. 259.

[20] *Ibidem.*

[21] *Ibidem.*

[22] *Ibidem.*

[23] *Op. cit.*, pp. 259-60.

[24] *Op. cit.*, p. 260.

[25] *Ibidem.*

[26] *Op. cit.*, p. 261.

[27] *Op. cit.*, pp. 256-57.

[28] *Op. cit.*, p. 257.

[29] *Op. cit.*, p. 262.

[30] Aquí Weber tiende a distinguir el ordenamiento en sentido empírico del de los juristas dogmáticos.

[31] Este concepto de petición corresponde grosso modo a nuestro concepto de reclamación; mejor dicho, el ordenamiento en sentido empírico, según Weber, puede entenderse como el conjunto de las reclamaciones, porque una sola reclamación no forma ordenamiento lo mismo que una golondrina no hace primavera.

[32] El término original es *Erklärung*.

[33] Max Weber, *Il metodo...*, cit., p. 262.

[34] *Ibidem.*

[35] *Op. cit.*, pp. 262-63.

[36] *Op. cit.*, p. 263.

[37] Que aquí hay que entender, en el lenguaje de la filosofía del derecho, como eficacia.

[38] *Op. cit.*, p. 263.

[39] Conviene ver todo el ensayo, que incluye estos siete capítulos (en la traducción italiana, pp. 241-300).

Table of Contents

[ISBN: 978-84-7209-506-9 \(ebook\)](#)

[ISBN: 978-84-7209-460-4 \(página libro\)](#)

[Prefacio*](#)

- [1. La actualidad de Bruno Leoni y de las Lecciones de 1959](#)
- [2. La crítica del normativismo kelseniano](#)
- [3. La teoría de la reclamación individual](#)
- [4. Praxeología, derecho natural y sociología](#)
- [5. Un pensamiento íntegramente liberal](#)

[1. Introducción](#)

- [1. Positivismo jurídico y filosofía del derecho](#)
- [2. Método científico y filosofía del derecho](#)
- [3. El «significado» de la conducta humana](#)

[2. La reclamación](#)

- [1. Los comportamientos jurídicos implican las reclamaciones, y éstas las previsiones](#)
- [2. La previsión en la ciencia y en el derecho](#)
- [3. Los comportamientos jurídicos como comportamientos probables](#)
- [4. La «probabilidad» relativa a los casos únicos](#)
- [5. Reclamación incierta, legítima e ilegítima](#)

[3. La reclamación y el poder](#)

- [1. Poder difuso, poder concentrado y reclamación](#)
- [2. Posibilidad y poder](#)
- [3. El poder como parte residual de la reclamación más allá de la previsión](#)
- [4. Obligación y reclamación](#)
- [5. Norma y reclamación](#)

[4. La reclamación y la sociedad](#)

- [1. La sociedad y el Estado](#)
- [2. Crítica de la sociedad como un sujeto en grande](#)
- [3. Los distintos niveles de abstracción](#)
- [4. El problema de la definición de la sociedad](#)
- [5. El agregado social](#)
- [6. El concepto de expectativa](#)
- [7. La compatibilidad de las expectativas](#)

- [8. Importancia histórica del concepto de sociedad](#)
 - [9. La estructura social y el sistema social](#)
 - [10. El campo social](#)
- [5. La interpretación de la conducta humana según el concepto de fin](#)
 - [1. Objetivo y función](#)
 - [2. La verificación de los fines de las acciones](#)
 - [3. El fin como explicación de la acción](#)
 - [4. Causa y efecto, medio y fin](#)
 - [5. La cuestión de la previsión](#)
 - [6. Límites de la interpretación teleológica](#)
 - [7. La extensión de la interpretación teleológica a los grupos](#)
 - [8. Interpretación teleológica e instituciones jurídicas](#)
 - [9. Las personas jurídicas](#)
- [6. La interpretación de la conducta humana según el concepto de función](#)
 - [1. Concepto matemático y concepto biológico de función](#)
 - [2. Crítica del uso del concepto matemático de función](#)
 - [3. Desarrollo del concepto biológico de función](#)
 - [4. Aspectos problemáticos del concepto biológico de función y de sus aplicaciones políticas y jurídicas](#)
 - [5. El concepto de equilibrio](#)
 - [6. Dificultad del concepto de equilibrio](#)
 - [7. Conclusiones críticas sobre el empleo de los esquemas teleológicos y de los esquemas funcionales](#)
- [7. Los diversos aspectos de la sociedad, con particular consideración del aspecto jurídico](#)
 - [1. Compatibilidad y complementariedad de las reclamaciones \(aspecto social puro y aspecto económico\)](#)
 - [2. Aspecto jurídico](#)
 - [3. El aspecto político](#)
 - [4. La norma como esquema previsorio](#)
 - [5. Teorías normativistas y teorías sociológicas del derecho](#)
 - [6. Los criterios de elección de los conceptos fundamentales del derecho](#)
 - [7. El qué y el cómo de la definición del derecho](#)
 - [8. El lenguaje común y el concepto del derecho en el normativismo y en el sociologismo](#)
 - [9. El análisis del lenguaje y el concepto de derecho](#)

8. Análisis de las teorías normativistas, con especial referencia a la teoría de Hans Kelsen

1. La teoría general del derecho
2. La codificación
3. Significado histórico de la teoría de Kelsen
4. El fundamento de la teoría kelseniana
5. Sein y Sollen en Kant y en el neokantismo
6. Crítica de la distinción entre Sein y Sollen
7. La norma como mandato des-psicologizado
8. Dificultad de los contenidos de sanción y coerción
9. Validez y eficacia
10. Dificultad del concepto de validez
11. Dificultad del concepto de eficacia
12. La norma básica depende de su eficacia
13. Los conceptos de legitimidad y de Estado
14. Derecho natural y sociología
15. Validez exclusiva del orden legal
16. El concepto de positividad
17. El procedimiento del juez
18. Derecho positivo y derecho natural
19. Dificultad del concepto de derecho positivo
20. El fundamento contradictorio de la teoría de Kelsen

9. Análisis de las teorías sociológicas del derecho, con particular referencia a Max Weber

1. La sociología comprensiva de Weber
2. El Verstehen como interpretación teleológica
3. La repetición de los esquemas de conducta
4. La posición sociológica de Weber
5. Distinción weberiana entre jurisprudencia y sociología del derecho
6. Teoría weberiana de las representaciones de validez de las normas
7. Distinción entre «validez» empírica en sentido weberiano (eficacia) y «validez» en sentido kelseniano
8. Teoría weberiana del Estado. Relaciones entre la terminología sociológica y la del jurista
9. La acción en comunidad
10. La teoría weberiana de las expectativas
11. El individualismo metodológico de la «sociología comprensiva».

Su diferencia con la jurisprudencia

12. El concepto de ordenamiento en la teoría weberiana

13. Concepto subjetivo y concepto objetivo del ordenamiento en Weber. Casos particulares de «aceptación» del ordenamiento: el tramposo, el ladrón y el homicida

14. La norma en la teoría sociológica

Notas