

ALF ROSS

TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

(Una contribución a la teoría del derecho
positivo sobre la base de investigaciones
histórico-dogmáticas)

Traducción del alemán, notas y estudio preliminar de

JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA SIMÓN,

AURELIO DE PRADA GARCÍA Y

PABLO LÓPEZ PIETSCH

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Madrid 2007

Primera edición, 1999
Primera reimpresión, 2007

Catálogo general de publicaciones oficiales
<http://publicaciones.administracion.es>

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
NIPO: 005-07-023-9
ISBN: 978-84-259-1357-0
DEPÓSITO LEGAL: M-16.000-2007
REALIZACIÓN: D. G. GALLEGU Y ASOCIADOS

al Profesor Dr. Iuris
HANS KELSEN
con gratitud

Capítulo XI

EL DERECHO COMO SISTEMA DE NORMAS QUE EXPRESA UNA TOTALIDAD DE ACCIONES SOCIALES (*SOZIALE HANDLUNGSTOTALITÄT*)

1. EL CONCEPTO DE NORMA
2. EL CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA
3. NORMA Y REALIDAD
4. DETERMINACIÓN DE LA POSITIVIDAD DEL DERECHO
5. CONCLUSIÓN

1. ¿Qué significado tiene la afirmación «debes hacer esto y lo otro»? En cuanto imperativo categórico, en cuanto afirmación absoluta fundada en sí misma, sin presupuestos ni relaciones, carece, como hemos visto, de todo significado; pues «significado» equivale precisamente al hecho de estar en relación con algo. Tampoco creemos que se pueda dotar de validez y significado a dicha afirmación por la vía de insertarla dentro de una específica secuencia normativa de validez; porque no existen «sensaciones» normativas (*normative «Empfindungen»*) originarias. Por ello, no tenemos otro medio de conferir algún sentido a esa afirmación que ponerla, de algún modo, en relación con el conocimiento no-normativo de la realidad. Ahora bien, si queremos establecer una conexión entre la norma «*A debe ser*» y nuestro conocimiento de la realidad, entonces parece indudable que esa conexión tendrá que ir ligada, de algún modo, a la existencia de «*A*». Dar a la afirmación «*A debe ser*» el mismo significado que el que

otorgamos a «*A es*» sería, evidentemente, una duplicación carente de sentido. La única posibilidad que resta entonces es que la norma «*A debe ser*» exprese una función de la existencia o no existencia de «*A*». De acuerdo con ello, la norma «*debes hacer esto y lo otro*» sólo cobraría sentido a partir de la respuesta a la pregunta «*¿y qué pasa si no?*». Se trata de saber qué diferencia hay entre que «*A*» sea y que no sea, entre que la norma se cumpla o se incumpla. Resulta abiertamente contradictorio con esto el hecho de que la conciencia moral, en sus formas más desarrolladas, se autoatribuya un carácter *categorico*: esto es, cuando postula que se debe «*lo que es bueno*», sin atención a clase alguna de sanción, recompensa o castigo, cielo o infierno. Lo que sucede es que el verdadero significado de este postulado estriba únicamente en que las normas morales son independientes de cualquier sanción *externa*, en que poseen un carácter puramente autónomo y subjetivo y en que, por ello, la única sanción que su infracción puede acarrear son los «*remordimientos*», esto es, la no satisfacción de un peculiar conjunto de apetencias de la voluntad.

Que la norma «*A debe ser*» exprese una función del ser o del no ser de *A*, puede explicarse también afirmando que dicha norma supone en realidad una peculiar fórmula sintética para expresar dos enunciados del tipo: «*si no A, entonces S*»; y «*si A, entonces no S*». En ello estriba el significado de la norma: sólo si es *A*, entonces no es *S*. Las dos funciones que la norma expresa no son en sí mismas normativas, sino que han de pertenecer a alguna de las clases de funciones «*teóricas*» ya conocidas. Sin embargo, con ello no está ya dicho que sean de tipo *científico-natural*. Hay otras funciones teóricas, además de las científico-naturales.

Si la doble función consiste en una ley científico-natural, entonces calificaremos a la norma como *norma en sentido impropio* (*unechte Norm*). Esta denominación pretende indicar que, en este caso, la norma no es sino una expresión sintética para referirse a una ley científico-natural, y no trasciende de ninguna manera al método puramente científico-natural. Las disciplinas que pueden fundarse en tales normas en sentido impropio son puramente científico-naturales y sólo generaría confusión querer calificarlas específicamente como normativas. Las tecnologías o disciplinas prácticas consisten en un conjunto de normas en sentido impropio y, por tanto, de leyes naturales normativamente formuladas; concretamente, se trata de *aquellas* que se seleccionan, entre el conjunto de las leyes naturales, por dar cuenta de las condiciones de existencia o de realización de un determinado hecho. Así por ejemplo, la disciplina de la construcción de puentes explica lo que «*se debe hacer*» para construir un puente, esto es, encierra en una formulación normativa (en sentido impropio) una selección de leyes naturales: a saber, las que dan cuenta de las condiciones de realiza-

ción y existencia de los puentes. Del mismo modo, la tecnología jurídica proporciona información sobre qué acciones creadoras de derecho «deben» emprenderse para conseguir determinados cambios sociales¹.

Por razones análogas, calificaremos también como normas en sentido impropio a las que expresen una relación de dependencia de tipo matemático o lógico.

Las normas en sentido propio se basan en la posibilidad de una clase de conocimiento de la realidad diferente del conocimiento generalizador de tipo científico-natural. Explicar en detalle cómo es posible semejante conocimiento, rebasaría los límites de este trabajo; habremos de dejarlo para otra ocasión, y contentarnos con señalar aquí que se trata de un *conocimiento individualizador cuyo objeto es una totalidad (individualisierende Totalitätserkenntnis)*.

Como autores que defienden la posibilidad de un conocimiento tal, debemos mencionar sobre todo a Heinrich Rickert y Harald Höfding², si bien en modo alguno estamos de acuerdo con forma en que el primero de ellos trata de identificar conocimiento individualizador con ciencia cultural orientada a valores (*wertbezogene Kulturwissenschaft*). El conocimiento normativo contempla la voluntad humana como una totalidad psíquica. Con ello no pretende negarse en modo alguno que tal voluntad, entendida como fenómeno psíquico-real, esté sujeta a la ley de la causalidad y determinada por leyes naturales. Lo que queremos decir cuando calificamos a la voluntad humana como una totalidad es únicamente lo siguiente. Creemos, con Rickert, que el rasgo distintivo de la ciencia natural es su método generalizador, que intenta aprehender racionalmente la realidad irracional por la vía de establecer límites y puntos de referencia dentro del continuo heterogéneo que forma, y convertirla así en un discreto que resulte accesible a una determinación conceptual. Pero esto sólo es posible a costa de lo

1 El concepto de norma en sentido impropio nos permite entender mejor ese otro concepto, tantas veces malinterpretado, de «disciplina práctica». En rigor, este concepto encierra una *contradictio in adjecto*. Toda disciplina científica es, en cuanto tal ciencia, teoría. Sólo tiene carácter práctico la conducta, la *praxis*. Una disciplina «práctica» supone la *selección* de una teoría desde cierto punto de vista cuyo interés práctico se presupone. Pero, como es natural, la selección realizada no cambia el carácter teórico de lo elegido, del mismo modo que la pólvora no deja de ser pólvora porque sea sometida a un análisis químico. De ahí lo erróneo de la extendida idea conforme a la cual las disciplinas prácticas —como por ejemplo la Jurisprudencia, a la que a menudo se concibe como tal— poseen un carácter «creador», «productivo». Cfr. *supra*, cap. III, 5 *in fine*.

2 Rickert, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*; Höfding, *Totalität als Kategorie*. Versión alemana con el título: «*Der Totalitätsbegriff. Eine erkenntnistheoretische Untersuchung.*» Leipzig, 1917.

individual; la ciencia natural sólo es posible en la medida en que quepa subsumir las cosas bajo grupos, por abstracción de lo individual; por utilizar una imagen jurídica, su posibilidad depende de que las cosas se consideren como fungibles. Por el contrario, allí donde no es posible sustituir una cosa por otra, donde el interés investigador se fija precisamente en la singularidad de la cosa individual, el método generalizador resulta inadecuado. El conocimiento científico sólo resulta posible en la medida en que consigue sustituir las cualidades no fungibles inmediatamente dadas por cantidades fungibles. Tras estas observaciones, se comprenderá que la voluntad humana ciertamente puede ser objeto de estudio mediante un método generalizador de carácter científico-natural; pero, al igual que sucede con todo objeto de estudio de la ciencia natural, sólo en sus propiedades generales, y no en aquellas que lo diferencian de todos los demás; y además, sólo en la medida en que sea posible sustituir cualidades psíquicas por cantidades. Es forzoso reconocer que, en comparación con los objetos de estudio del mundo exterior, en el caso del mundo psíquico ello sólo se ha logrado en muy escasa medida. De ahí que —al menos en el presente estadio del conocimiento— lo psíquico se presente aún *en buena medida como individualidad* que no ha sido posible disolver y determinar por medio de un proceso generalizador. Sin embargo, no todas las individualidades son del mismo carácter. Mientras, por ejemplo, la luna no ofrece motivo alguno para una *comprensión* más profunda de su individualidad, sino sólo para una *descripción* arbitraria, no sujeta a principios, y nunca exhaustiva de sus propiedades, hay otras individualidades en las que resulta posible un conocimiento más profundo. Conocimiento quiere decir determinación de un elemento como eslabón dentro de una cadena, como insertado dentro de un sistema. Tales individualidades reciben el nombre de *organismos, totalidades*. El sistema de relaciones al que aquí nos estamos refiriendo es de un tipo completamente distinto al científico-natural. El conocimiento científico-natural busca conexiones funcionales que estén exclusivamente determinadas por características generales; es decir, busca propiedades que no sean precisamente peculiares de un único *specimen*. Por ello, su ideal es la comprensión de la naturaleza en forma de funciones espacio-temporales que se establecen entre unidades indistintas, los átomos (electrones). En cambio, el sistema de relaciones orgánico tiende a agrupar las propiedades individuales en torno a un principio válido exclusivamente para esa determinada totalidad, de modo tal que todas esas propiedades se presentan como una aplicación de dicho principio específico, como determinadas por él. En contraposición al sistema de relaciones científico-natural, no se trata de una sucesión espacio-temporal sino de una coordinación recíproca respecto del mismo sistema, de una

orientación uniforme hacia un mismo punto individual. En este sentido el sistema puede ser calificado como teleológico, siempre y cuando se evite asociar a este *telos* toda idea de una «causalidad invertida».

Ahora bien, la experiencia muestra que en la realidad existen totalidades individuales semejantes. Siempre que hablamos de vida orgánica, a lo que hacemos referencia es precisamente a la existencia de un sistema de totalidad de carácter individualizador (*individualisierendes Totalitätssystem*) como el descrito. No existe otro criterio para contraponer lo orgánico a lo inorgánico. Entre tales organismos se encuentra también la psique humana y, en especial, la voluntad humana. El conocimiento que nos proporciona la generalización científico-natural a efectos de su determinación es mínimo: en lo esencial, sólo es contemplada como individualidad concreta. En este sentido, pues, se justifica calificar a la voluntad como libre —al margen de cualquier significado metafísico o ético— si con ello lo único que queremos decir es que, en la práctica, no resulta posible calcular con antelación, a partir de una regularidad general, la orientación de una determinada voluntad. Lo que no significa que la voluntad, considerada en su realidad concreta e individual, sea algo absolutamente arbitrario. Toda política —individual o colectiva— se basa precisamente en una previsión de las tendencias de comportamiento de nuestros semejantes; pero este cálculo no se realiza basándose en una psicología científica. Si estoy convencido de que el amigo que se sienta a mi lado no va a clavarme de pronto un puñal, tal conocimiento no se basa en una conclusión científico-natural obtenida a partir de las circunstancias concurrentes, ni en una regularidad general extraída de los rasgos que los elementos psíquicos de este individuo tienen en común con los de los demás individuos. Probablemente, el material que permitiría llegar a una conclusión semejante me sea completamente desconocido (predisposición a la deficiencia mental y cosas por el estilo). Mi convicción reposa, más bien, en un conocimiento del individuo en cuestión, en una hipótesis acerca de su *carácter*, su *principio organizador*. El hombre de Estado debe ser «un buen psicólogo», pero esto no quiere decir que haya de ser un buen científico natural, sino un buen *conocedor de los hombres*. Lo que se precisa no es tanto comprender la conexión funcional entre los elementos de la vida espiritual humana, en lo que tienen de común a todos los hombres, cuanto aprehender el *principio organizador* específico de cada individualidad (ya se trate de una individualidad psicológicamente singular o compuesta, esto es, de una individualidad social). Pero puesto que esto no se alcanza por medio de la abstracción a partir de un conjunto de capacidades, consideradas en sus rasgos comunes, sino más bien reuniendo los elementos de la totalidad en su singularidad concreto-individual, se comprende que aquí nos estamos

refiriendo a un proceso lógico y psicológico enteramente distinto y a un tipo de talento completamente diferente al que necesita el científico natural. Imaginemos —lo que, naturalmente, es un ideal imposible— que el investigador haya comprendido todas las características de un individuo dado; en tal caso, tendría que sentirse idéntico a esa existencia concreta, llegar a ser uno con esa vida. Por eso se habla —a menudo con algo de misticismo— de que el investigador de lo individual-concreto ha de familiarizarse, ha de identificarse con su objeto.

Sólo si partimos de este tipo de conocimiento de la totalidad conseguiremos comprender el significado del conocimiento normativo. Una norma en sentido propio (*A debe ser*) existe cuando la doble función que expresa (*si no A, entonces S, y si A, entonces no S*) se basa en el conocimiento de un complejo de voluntad humana entendido como totalidad individualizadora (*individualisierende Totalitätserkenntnis eines menschlichen Willenskomplexes*).

2. Tras haber determinado así lo que entendemos en general por norma, se plantea inmediatamente la siguiente pregunta: ¿qué es lo que distingue específicamente a las normas *jurídicas*? También en este caso habremos de limitarnos a un breve apunte sobre este importante y difícil problema. La cuestión sólo puede contestarse a partir de un análisis de en cuál de los principales grupos naturales han de incluirse tales normas, de acuerdo con sus propiedades elementales, para decidir a continuación cuál de éstas resulta apropiada para fundamentar el sustrato de hecho de la ciencia jurídica.

En lo referente a la forma básica general de la norma (*allgemeine Grundform der Norm*), los tipos básicos pueden determinarse a partir de dos circunstancias: por una parte, la clase de totalidad que está en la base del conocimiento de la norma; por otra parte, la relación en la que se encuentra S (la sanción) con respecto a dicha totalidad. En lo tocante a este último aspecto, puede pensarse, o bien que S está dada inmediatamente con el propio complejo de voluntad, en tanto que S significa la no-realización de la voluntad, con la insatisfacción, decepción y malestar consiguientes; o bien que S está dada sólo mediatamente* con el complejo de voluntad, en tanto que la voluntad se dirige a realizar S a modo de hecho externo a la propia voluntad, en caso de que no se realice A. Esta diferencia ha de implicar un cambio decisivo en la correspondiente forma de conocimien-

* N. del T.: literalmente dice *sólo inmediatamente* («*nur unmittelbar*»), pero parece que se trata de un error involuntario, puesto que precisamente está contraponiendo esta posibilidad a que S esté dada de manera *inmediata* con el complejo de voluntad.

to normativo. En el primer caso, su objeto es tan solo la voluntad entendida como una existencia puramente psíquica; por el contrario, en el segundo caso su objeto es la actualización de la voluntad en forma de *acciones*.

Por lo que se refiere a la división básica mencionada en primer lugar, se establece en función de hasta qué punto la totalidad normadora (*normsetzende Totalität*) es psicológicamente singular, y en este sentido individual, o bien es psicológicamente compuesta, esto es, tiene carácter social-colectivo. Combinando las dos distinciones básicas se obtienen los siguientes cuatro tipos básicos:

a) *Las normas psíquico-individuales (individuell-psychische Normen)*. Comprenden las normas morales, las estéticas y las demás que presupongan una valoración subjetiva autónoma. La totalidad de voluntad (*Willens-totalität*) aquí implicada no coincide con la voluntad individual personal como tal; pues, en caso contrario, no existiría ninguna diferencia entre la voluntad normadora y la voluntad objeto de las normas y cualquier conocimiento normativo resultaría imposible. En este caso, la totalidad objeto de las normas supone un complejo de voluntad más reducido, dentro de la globalidad individual de la persona, que está determinado de una manera específica. Las normas morales, por ejemplo, se determinan por relación a un complejo de voluntad de carácter específicamente moral (*spezifisch moralischer Willenskomplex*), cuya peculiar naturaleza no nos corresponde aquí detallar. Así, Kelsen, en concordancia con Simmel, ha visto correctamente que el deber ser moral se corresponde siempre con una voluntad real, o con una inclinación de la voluntad (posiblemente superada por otras inclinaciones de la voluntad). Pero así como la positividad de tales normas morales tenía que resultar enigmática desde el punto de vista lógico-normativo de Kelsen, se deduce en cambio como consecuencia inmediata de nuestra teoría: la posibilidad del conocimiento normativo moral estriba en que la voluntad moral no constituya una serie caótica de diferencias, sino una totalidad. Se evidencia que es posible coordinar las diversas manifestaciones de voluntad concretas e individuales en torno a puntos de vista más generales. En la misma medida en que el individuo intenta identificarlos y fijarlos, repercuten a su vez de manera determinante y organizadora sobre los fenómenos individuales. El conocimiento moral adopta así un carácter tanto «inductivo» como «deductivo»³. La comprensión moral sólo es posible en la medida en que se consiga ordenar los fenómenos individuales bajo una misma totalidad.

3 Como es obvio, las palabras «inducción» y «deducción» poseen aquí un significado específico, distinto del que tienen en la lógica y en las ciencias naturales.

Esto nos permite comprender también la conexión, tan frecuentemente asumida, entre conocimiento normativo, por una parte, y conocimiento inmediato y subjetivo de una norma, esto es, valoración subjetiva, por otra. Todo conocimiento normativo se basa en una voluntad, una «valoración». Sólo que se ha pasado por alto que ese conocimiento está referido a una totalidad entendida como *algo real* (*Wirklichkeitserkenntnis einer Totalität*), que se trata de un conocimiento consistente en la coordinación de ciertos elementos dados bajo una totalidad. Se ha fijado excesivamente la atención en que el conocimiento normativo presupone un principio supremo —que o bien es conocido metafísicamente de modo inmediato, o bien es presupuesto arbitrariamente— a partir del cual cabe deducir las normas. Con ello, se pasa por alto que tal punto de partida no puede determinarse arbitrariamente, sin tener en cuenta los elementos de la voluntad moral reales, de carácter concreto-individual. Las normas morales tienen, como todas las demás, su propia positividad, y son tan poco susceptibles de ser deducidas a partir de cualquier norma originaria arbitrariamente establecida como las jurídicas. El supremo principio de deducción no puede obtenerse sino por medio de una previa inducción. (Al igual que en las ciencias naturales, tampoco aquí deducción e inducción son algo opuesto). Por ello, tan imposible es situar el punto de partida *in facta* como en dicho principio. El proceso sólo puede consistir en su relativa y recíproca coordinación.

b) *Las normas físico-individuales* (*individuell-physische Normen*). Como la coerción física no puede emplearse en contra de la propia voluntad, estas normas presuponen necesariamente una diferencia psicológica entre la voluntad normadora y la voluntad en cuyo ámbito se inscribe el acto exigido por la norma. Se trata de normas fundadas en relaciones de voluntad interindividuales. En estas relaciones ha de resultar muy difícil el conocimiento de la totalidad, lo que hace que este grupo no ofrezca mayor interés.

c) *Las normas psíquico-colectivas* (*kollektiv-psychische Normen*). Al hablar aquí de una totalidad de voluntad *colectiva* (*kollektive Willenstotalität*), hemos de deshacer de antemano cualquier sospecha de estar practicando metafísica. No nos referimos aquí a una «voluntad común» místico-sustancial, a una «voluntad del pueblo» ni a nada parecido, como expresión de una psique supraindividual que posea existencia real. Estamos también muy lejos de querer hipostasiar (como hace la moderna sociología francesa) la colectividad como una nueva fuerza «eficiente», insertando erróneamente la totalidad en la perspectiva causal de tipo científico-natural y generalizador. Por otra parte, hemos de afirmar que el rechazo dogmático de las expresiones «espíritu colectivo» o «voluntad

colectiva», cuando hacen simplemente referencia a una cierta conexión funcional, se basa en una concepción de la voluntad tan metafísica como la que presume la existencia de una psique comunitaria sustantiva⁴. La afirmación de que «en la realidad» sólo hay voluntades individuales, que no existe una mente colectiva ni nada que se le parezca, se basa evidentemente en una concepción sustancialista de la voluntad individual. La voluntad individual no es sino una forma de expresar que los actos individuales de voluntad que parten de una persona psico-física no pueden determinarse exhaustivamente por medio de un método generalizador, científico-natural, sino que aparecen como una totalidad concreto-individual, en la que los elementos individuales pueden ser coordinados en un todo. Pero exactamente lo mismo puede ocurrir con la suma de actos de voluntad procedentes de un cierto círculo de individuos. Y en este sentido sí está justificado hablar de una totalidad social o colectiva, de una voluntad social o colectiva.

Normas psíquico-colectivas son aquellas normas colectivas cuya sanción se origina por el incumplimiento de la voluntad social y consiste en el enojo, la desaprobación y el distanciamiento psíquico-colectivos subsiguientes. Entre tales normas cabe mencionar las costumbres, las reglas convencionales, la moda y similares.

d) *Las normas físico-colectivas*. Por tales entendemos las normas que se basan en el conocimiento de una totalidad colectiva y cuya sanción presupone que la voluntad colectiva se convierta en acción. Éstas son las normas jurídicas.

3. Antes de proseguir, queremos responder a una serie de objeciones que, partiendo de la relación entre norma y realidad, cabría aducir contra esta caracterización de las normas jurídicas. Tal y como hemos definido el conocimiento normativo, éste no es sino una forma de *conocimiento de la realidad*. La norma es expresión de una función de la realidad, que se determina, si no por el camino de la ciencia natural generalizadora, sí a través del conocimiento individualizador de una totalidad.

Como signo evidente de que el conocimiento normativo expresa algo esencialmente diferente a la determinación teórica de la realidad, podría alegarse que la expresión normativa «*A debe ser*» significa algo esencialmente distinto del juicio «*A es*» y que su validez es independiente de la de éste. Naturalmente, esto es completamente correcto y está en consonancia con nuestra teoría. El juicio «*A debe ser*» no dice nada sobre la existencia de A y es válido con independencia de ésta. Se limita a establecer una relación entre A y S. La contraposición antes aludida es ciertamente correc-

4 Por ejemplo, Duguit, en numerosos pasajes.

ta, siempre que se tome como símbolo de que el sistema de validez normativa es de naturaleza completamente distinta al científico-natural. En esta medida, podríamos suscribir la teoría de que el derecho consiste en un deber ser, en contraposición a un ser, si con ello nos limitamos a expresar que el sistema jurídico es diferente del científico-natural. Por el contrario, tendríamos que protestar ante la identificación de «ser» con toda la realidad, poniendo así el conocimiento normativo en contraposición a todo conocimiento de la realidad. Con ello, se pasa por alto que hay otra realidad distinta de la que se determina por medio de la ciencia natural generalizadora. O, mejor dicho, se olvida que la realidad ciertamente es sólo una, pero que el método científico-natural sólo la capta en un determinado aspecto.

Sostener que el hecho de que no se produzca la sanción no es óbice para que la norma tenga validez como tal, constituiría ya una objeción de mayor peso contra nuestra teoría. La norma jurídica conforme a la cual uno debe pagar sus deudas puede ser válida con independencia de que haya hombres que de hecho no las paguen y no se les imponga la sanción prevista en la norma. Parece así que la validez de la norma es independiente de que se realice la función en ella expresada, en forma de violación de la norma y sanción. De aquí se sigue que la esencia de la norma no puede consistir en expresar esta función como algo real. Al respecto ha de observarse que, bien mirado, la referida norma jurídica presupone varias condiciones para que tenga lugar la sanción, además de la condición material, que es en la que primero se repara: el impago de la deuda. La puesta en práctica de la ejecución (sanción) también requiere que se interponga una denuncia, que tenga lugar un fallo judicial, que se solicite la ejecución, etcétera. Sólo cuando se dan todas las condiciones y sin embargo no se realiza la ejecución, puede decirse que existe una disparidad entre la realidad y lo que se desprende de la norma. No obstante, en la mayoría de los casos en los que se habla del no cumplimiento de una norma se suele estar haciendo referencia a que, de forma ilegal, se ha incumplido alguna de las condiciones mencionadas, es decir, la demanda, la sentencia o similares; y ello, porque la autoridad correspondiente autoridad ha infringido una norma coordinada con la primera, que ordena, supuesta la validez de la primera norma, que se presente denuncia, que se dicte sentencia, etcétera. Cuando esto ocurre, parece que estamos ante una disparidad entre norma y realidad. Ahora bien, con frecuencia carecerá de sentido afirmar en tales casos que la norma que no se ve respaldada en la realidad es, sin embargo, válida. Si aun así se puede dar este hecho, ello se debe a una toma de consideración del sistema en el que la norma concreta encuentra su lugar. Esta circunstancia habrá de ser examinada más adelante (nº 4 y 5). Aquí nos limitaremos a señalar que la objeción se ha mostrado justificada, en la medida en que nos vemos obligados a corregir la defini-

ción que hemos dado de la validez de una norma. Pero lo decisivo es que ello no implica ninguna diferencia entre norma (sistema) y realidad, en tanto que, también en estos casos, al conocimiento normativo continúa subyaciendo un conocimiento de la realidad. Con ello queda firmemente establecido que el conocimiento normativo es una clase específica de conocimiento de la realidad.

4. Estamos ya en condiciones de señalar qué es lo que ha de entenderse por positividad del derecho. Derecho positivo significa lo mismo que derecho válido, «real», verdadero, existente. Desde un punto de vista formal, el problema de la validez del derecho (de las normas) es idéntico al problema de la validez de los juicios generales acerca del ser. En ambos casos se pregunta por el *sistema* dentro del cual los juicios en cuestión encuentran la coordinación recíproca en la que consiste todo conocimiento. Los juicios sistematizados se diferencian así de los restantes juicios, meramente arbitrarios o carentes de sentido. De esta forma, la realidad se separa del sueño y de la fantasía y el derecho positivo del derecho meramente pensado o construido. Desde un punto de vista material, el problema se resuelve indicando cuál es el carácter del sistema. De todo lo antedicho se desprende que las afirmaciones acerca del derecho encuentran su sistema de validez (*Geltungssystem*) en el conocimiento de una totalidad colectiva de voluntad y acción entendida como realidad (*Wirklichkeitserkenntnis einer kollektiven Willens-und Handlungstotalität*). No resta sino examinar más de cerca cómo es posible el conocimiento de una totalidad semejante.

La experiencia muestra que es posible contemplar una serie de acciones humanas, entre las cuales algunas tienen carácter coercitivo, como mutuamente coordinadas y recíprocamente infraordenadas y supraordenadas, de modo tal que las que están infraordenadas, sin estar al mismo tiempo supraordenadas respecto de otras, son acciones físicamente coercitivas (*physische Zwangshandlungen*). Contempladas desde el plano colectivo (esto es, en relación con las acciones de otros individuos), las acciones de las personas no forman un caos, sino una totalidad organizada. En este sentido es lícito hablar de una voluntad colectiva (*kollektiver Wille*), o de acciones voluntarias colectivas (*kollektive Willenshandlungen*). El conocimiento jurídico resulta posible hasta donde alcanza una coordinación semejante. La vigencia del sistema de normas jurídicas infra y supraordenadas se basa en el correspondiente sistema de acciones sociales voluntarias infra y supraordenadas. De este hecho se deriva una serie de importantes consecuencias:

a) Al igual que sucede con las normas morales, también las normas jurídicas se corresponden con una voluntad real. En ambos casos, la positividad de las normas se basa en la realidad de esta voluntad: de la voluntad indivi-

dual y de la social. Si se admite, con Kelsen, que la norma moral se corresponde siempre con una voluntad real, o con una inclinación de la voluntad, entonces no hay razón alguna para no conceder lo mismo respecto de las normas jurídicas en su relación con la totalidad social.

b) Las normas jurídicas y morales son, en igual medida, «autónomas» y «heterónomas». Las normas morales son autónomas desde el punto de vista de la específica voluntad moral, pero heterónomas desde el punto de vista de la voluntad individual sometida a la norma (cfr. *supra* cap. X, nota 73). Y también las normas jurídicas son autónomas desde el punto de vista de la voluntad social, pero heterónomas desde el punto de vista de la voluntad individual sometida a la norma. Por tanto, la distinción que Kelsen intenta establecer en este sentido resulta insostenible.

c) El conocimiento jurídico es posible hasta donde resulta posible coordinar los elementos sociales y jurídicos de la voluntad (*soziale, rechtliche Willenselemente*). De aquí se sigue que el conocimiento del derecho puede alcanzarse tanto de forma inductiva como deductiva. El ideal al que tiende el conocimiento normativo es un sistema completo, interrelacionado, en el que todos los elementos se derivan de una norma superior: la norma fundamental. El sistema de Kelsen constituye la mejor expresión de este idea. Sin embargo, Kelsen ha enfatizado unilateralmente el modo de producción normativa deductivo, a partir de una norma fundamental presupuesta, cuando resulta que, como ya pudimos comprobar, partiendo de tal perspectiva no es posible determinar qué norma fundamental debe situarse en la base de la deducción. Ésta sólo puede determinarse por medio de una previa inducción; sólo de este modo puede llegar a comprender la positividad del derecho. No es ninguna contradicción que el modo de producción sea a la vez inductivo y deductivo, pues, como ya hemos señalado reiteradamente, no se trata de procesos diferentes y contrapuestos, sino de un único proceso de coordinación, visto desde lados opuestos. Por ello, calificar el sistema jurídico exclusivamente como un proceso de progresiva *concreción* escalonada, a partir de la norma fundamental, entraña un punto de vista unilateral. Con la misma razón se podría afirmar que se trata de un proceso progresivo de *abstracción* escalonada, a partir de las individuales y concretas acciones coercitivas. Ambas formas de expresión son unilaterales y erróneas, puesto que no hay un punto de partida absoluto ni arriba ni abajo. La norma fundamental, en cuanto tal, sólo es comprensible contemplándola como abstracción a partir de las acciones coercitivas reales; y viceversa, éstas sólo pueden entenderse como jurídicas en la medida en que quepa contemplarlas como concreción (escalonada) a partir de una norma fundamental presupuesta. La realidad del derecho reside en la *correlación continuada* (*durchgehende Korrelation*).

De aquí se deriva la importante consecuencia de que si una norma relativamente infraordenada no puede entenderse como derivada de una norma superior a ella, no por ello debe necesariamente negarse el carácter jurídico de tal norma infraordenada, en cuanto resulta deductivamente contraria al sistema. Porque, dado que la propia norma supraordenada* extrae su validez de su adecuación inductiva a la norma individual-relativa, en principio cabría concluir de igual modo que la norma supraordenada, en cuanto inductivamente contraria al sistema, no puede seguir siendo considerada como derecho. El criterio decisivo para que pueda afirmarse su validez jurídica es exclusivamente la correlación y no la deducción, ni tampoco la inducción, por sí solas. No cabe establecer de antemano cuál de ambas conclusiones es la correcta, sino que ello dependerá de cuál de las dos posibilidades exprese una mayor correlación. El punto de vista exclusivamente deductivo, al negar carácter jurídico a todo cuanto sea deductivamente contrario al sistema —como por ejemplo, las leyes aprobadas de manera inconstitucional, las decisiones judiciales *sine lege* o *contra legem*—, ha de conducir a resultados que están en flagrante contradicción con la realidad del derecho. Por otra parte, cuando esta teoría capitula ante los hechos, pero al mismo tiempo considera jurídicamente inconcebible la correspondiente forma de creación de derecho —así por ejemplo, la transformación de reglas convencionales en reglas jurídicas—, no viene sino a declarar su propio fracaso. Pues, desde estos presupuestos, resulta imposible indicar en qué se basa el conocimiento de que determinadas reglas convencionales *han adquirido* carácter jurídico. Kelsen consigue hasta cierto punto eludir este problema, al presuponer que la norma fundamental incluye una delegación en blanco para la creación de derecho que comprende también el derecho extrasistemático. Pero, en la misma medida, la perspectiva sistemático-deductiva se anula a sí misma. Porque, en primer lugar, no se ve cómo, si no es desde una perspectiva inductiva, se puede llegar a hacer una presuposición así, y en segundo lugar, con ello la deducción se vuelve puramente tautológica: presupone inductivamente lo que se trata de «deducir». Más consecuente, hasta el absurdo, se muestra Merkl en su desarrollo de la perspectiva sistemático-deductiva, al exigir el expreso respaldo de una norma supraordenada para atribuir carácter jurídico a un derecho surgido fuera del sistema (cfr. *supra* cap. X, nota 74).

En directa contraposición a la jurisprudencia dogmática se encuentran las corrientes del derecho libre, cuya acertada idea básica estriba, precisa-

* N. del T.: literalmente dice *la propia norma infraordenada*, pero parece tratarse de un error de transcripción, porque la frase carece entonces de sentido.

mente, en su oposición a la lógica de sistema (*Systemlogik*). En efecto, el movimiento del derecho libre está en lo cierto cuando considera que la aplicación del derecho no puede ser entendida como una mera aplicación deductiva de la ley. Pero yerra, en cambio, cuando pretende inferir de este hecho la existencia, junto a la ley, de una serie de fuentes de derecho no positivas. Lo que consigue por esta vía es romper la unidad del concepto de derecho y encubrir el hecho, de gran trascendencia, de que el juez crea derecho⁵. En este sentido, el movimiento del derecho libre conserva aún un método deductivo.

Sólo si partimos de una concepción de la positividad del derecho como la aquí defendida podremos comprender teóricamente el hecho ante el que hasta ahora se han cerrado los ojos y que ha sido negado por la teoría francesa y alemana⁶, cuando la teoría inglesa hace ya tiempo que lo ha acepta-

5 Aunque los teóricos del derecho libre a menudo subrayan que la función del juez va más allá de la aplicación silogística de la ley, están demasiado ligados a la doctrina constitucional de la función meramente aplicadora del derecho del juez como para llegar a una correcta comprensión del *judge-made-law*.

A) La mayor parte de ellos asume, siguiendo a Gény, la existencia de otras fuentes del derecho no positivas, de carácter iusnaturalista o sociológico. Así: Gnaeus Flavius [98] (nuevo derecho natural); Spiegel [305] 18, 39, 60-61 (derecho de creación popular); Danz [67b] 219 (regla social); Reichel [254] 108, 110 (naturaleza de la cosa; justicia); en parte Jung [161a] 478-479, 512 (el sentimiento jurídico (*Rechtsgefühl*), pero no como regla abstracta); Huber [147] 351, 355.

B) Otros autores, que no quieren compartir tales extravíos iusnaturalistas o sociologistas, intentan considerar de algún modo el derecho de creación judicial como contenido ya, *en forma latente*, en la ley. Así, Zitelmann [351a] 25 (derecho existente, pero desconocido que el juez descubre); Gmür [114] 77-78 («estas proposiciones jurídicas especiales están ya, *en sustancia*, contenidas en las leyes, si bien *aún no han cobrado forma*. (78). c) Quien más lejos ha llevado este planteamiento ha sido Kiß, que sin embargo intenta incorporar el derecho de creación judicial a la ley recurriendo a una supuesta delegación en blanco [171b] 470, 471, (contenido indirecto de la ley, delegación) y especialmente [171c] 287, (*aequum et bonum* como principio inherente a la ley). Sobre Kiß, vid., más en profundidad, *supra* cap. IV, 8 y excursus B, *in fine*.

Bülow [46b] 330 y ss. apoya su razonamiento en una teoría correcta, basada en consideraciones teórico-jurídicas. Finalmente, una correcta percepción del papel autónomo desempeñado por la aplicación del derecho constituye el núcleo de verdad contenido en la crítica de Sanders contra la lógica de sistema aplicada por la doctrina dominante.

6 Sobre la teoría francesa, vid. *supra* cap. III, 4; para las excepciones, vid. cap. III, nota 43. Sobre las excepciones en la literatura alemana, vid. la nota precedente. La concepción continental se ha ido configurando, probablemente, bajo la influencia de las *grandes codificaciones*. En los países escandinavos, que, al igual que Inglaterra, viven bajo un derecho no codificado, la doctrina de la actividad creadora de derecho del juez encontrará menos resistencia: vid. por ejemplo, Reuterskiöld, *Rechtsauslegung*, 53, 55. Quien con mayor claridad ha percibido la actividad creadora de derecho del juez ha sido Bentzon, «Noter til C. Goos», *Forelæsninger over den alm. Retlære*, Copenhagen, 1899, p. 45, 61; *Skön og Regel*, Copenhagen, 1914, p. 65 y 67.

do⁷. La actividad del juez es creadora de derecho; creadora de derecho no sólo en tanto que delimita y concreta el margen discrecional de una norma supraordenada, relativamente abstracta, sino también de manera independiente, *sine lege y contra legem*; no sólo determinando el derecho concreto para un caso individual dado, sino también estableciendo el derecho en abstracto, a través de la práctica consolidada. Esta idea, que se deduce con carácter de necesidad teórica de la forma en que hemos determinado la realidad del derecho, esto es, como correlación respectiva de una serie de acciones sociales, es al mismo tiempo la única interpretación natural y no forzada de la realidad social existente. Mucho hay que cerrar los ojos ante la realidad para no darse cuenta de que la actividad del juez es creadora de derecho, en el pleno sentido del término. En Inglaterra, el *common law* y la *equity* surgieron de la práctica judicial desarrollada en las *Kings Courts of Law* y en la *Court of Chancery*. Pero incluso en épocas más recientes, hay importantes sectores del derecho que surgen y se desarrollan por esta vía (así por ejemplo, las disposiciones sobre la *undue influence*). En Dinamarca, tres cuartas partes de las normas del derecho de cosas y buena parte del derecho restante han sido establecidas exclusivamente a través de la práctica. Si en tales sistemas jurídicos se exigiera, con Merkl, un respaldo normativo expreso para atribuir carácter jurídico a este derecho surgido extrasistemáticamente, entonces ello conduciría sencillamente a eliminar de la ciencia jurídica los correspondientes sectores del derecho positivo. Un resultado que para Merkl sería en teoría posible, por cuanto defiende la autoridad soberana de la ciencia jurídica para decidir qué es derecho; pero que en cambio ha de parecer un doctrinarismo absurdo al modo de pensar inglés y danés. Ya anteriormente (*supra* cap. IV, Excursus B) hemos mostrado que no se trata de una institución específica del derecho positivo inglés o danés. El que la teoría francesa y alemana se hayan resistido, con sorprendente consecuencia, a reconocer este hecho se debe a que hay determinados motivos para negar esta realidad, que se manifiestan aquí con especial intensidad. Como igualmente nos hemos referido a ellos con anterioridad, nos limitaremos a recordar que consisten básicamente en el temor a debilitar la autoridad del juez como árbitro imparcial que se ajusta a lo establecido como derecho y en el temor de la doctrina constitucional a reconocer que el poder judicial participa de la potestad creadora de derecho, de la potestad legislativa.

Por otro lado, tampoco puede concluirse sin más que la norma infraordenada sea derecho y que, en consecuencia, se deba modificar la

7 Con posterioridad a Austin. Vid. al respecto *supra*, cap. IV, 6.

norma supraordenada para adecuarla a la infraordenada. Si esto fuera el caso, entonces no cabría ya distinguir entre el derecho y el ejercicio arbitrario del poder. El criterio para saber por cuál de las dos alternativas debemos optar estriba en la mayor correlación posible de las acciones dentro de un sistema. Especial importancia revisten en este sentido las normas de competencia personal. Si una determinada autoridad establece una norma violando su competencia objetiva, pero no hay acción jurídica para anularla, por regla general lo que sucederá es que el sistema «reconocerá» e incorporará la norma deductivamente contraria a dicho sistema. Ello se manifestará en el establecimiento de una serie de normas infraordenadas respecto de la norma competencialmente extralimitada. La unidad del sistema exige considerar la norma supraordenada como válida. Por otra parte, nada se opone, obviamente, a que la violación sea de tal naturaleza que el sistema reaccione contra ella considerándola como ajena al sistema, como nula.

d) La «voluntad social» no supone una realidad independiente que exista con carácter previo, yuxtapuesto o supraordenado respecto de las acciones sociales en las que se manifiesta. Sólo en la medida en que éstas se correlacionan cabe hablar de dicha voluntad como de una totalidad. En cambio, sería erróneo considerar al derecho como una voluntad independiente que posteriormente, «al imponerse», demuestra su positividad —lo cual, sin embargo, es lo que suele quererse decir cuando se describe al derecho como una voluntad—. De hecho, ésta es la idea que subyace a la doctrina de Stammler de la positividad del derecho como expresión de la capacidad de «imposición» de la voluntad jurídica; voluntad que, en sí misma, puede ser determinada por otra vía. Y se manifiesta con mayor claridad aún en las teorías de Radbruch, Binder, Salomon y otros, conforme a las cuales la «realidad» del derecho, su «validez jurídica» (Radbruch), su «fenomenalidad» (Binder), puede considerarse como la voluntad real del Estado, de la comunidad o de algo semejante, que adquiere «vigencia sociológica» (Radbruch) o «vigencia fáctica» (Binder) al imponerse y encontrar observancia. Esta idea es incorrecta, aunque sólo fuese porque no se entiende a qué se pretende aludir con esa «voluntad». «El Estado» o «la comunidad» no están en condiciones de expresar una voluntad formal. Al respecto, suele pensarse en la ley, lo que supone obviamente un razonamiento circular, pues la respuesta a la pregunta acerca de qué es la ley o quién el legislador presupone una regulación jurídica, esto es, ese derecho que debía ser determinado por la voluntad. El planteamiento no consigue escapar al positivismo ingenuo, puesto que presupone el derecho positivo como algo dado de forma inmediata. El núcleo válido de esta idea es la consideración del derecho como una función de la voluntad social, tal y

como ésta se manifiesta en la respectiva correlación de un determinado conjunto de acciones sociales que forman una totalidad individual.

e) Constituiría un malentendido afirmar que el derecho es una voluntad o el objeto de una voluntad (*supra cap. VIII, 6b*). El derecho consta de normas y las normas son expresión de una específica conexión funcional (*Funktionszusammenhang*), establecida a partir del conocimiento de una cierta totalidad de voluntad (*Willenstotalität*). Por eso, lo único que nos está dado decir es que el derecho es función de una totalidad de voluntad. De donde se sigue que la realidad que subyace al derecho encuentra su peculiar expresión en la formulación normativa. La correlación de las acciones sociales se corresponde con la interconexión lógico-sistemática de las normas (*systemlogischer Zusammenhang der Normen*). La lógica de sistema formal (*formale Systemlogik*) con la que toda ciencia normativa debe operar, y que se deriva de la estructura lógica de las normas, puede ser desarrollada hasta configurar una teoría formal de las normas (*formale Normlehre*). Ésta es a las ciencias normativas lo que las matemáticas a las ciencias naturales: un repertorio de formas posibles. Como sucede también en el caso de las matemáticas, no todas las formas desarrolladas han de encontrar necesariamente aplicación de hecho en el conocimiento de la realidad. Pero, a la inversa, sí puede decirse que todo conocimiento de la realidad —ya sea normativo o científico— ha de estar revestido de una forma suministrada por la teoría formal de las normas o por las matemáticas⁸.

f) Hemos mencionado anteriormente que tenemos que corregir en alguna medida el concepto de validez. Se desprende de lo hasta aquí tratado que no es posible el conocimiento de una norma singular, aislada; sino, en todo caso, de un *sistema de normas* basado en una totalidad de voluntad. De donde se deriva que lo decisivo es que el *sistema de normas* se corresponda con una *totalidad* de voluntad, entendida como algo real. Frente a ello, podría pensarse que se da una cierta falta de concordancia entre una norma aislada y la realidad en ella expresada, en la medida en que esta norma está infraordenada respecto de otra que la unidad del sistema exige mantener, a pesar de su disparidad con la realidad que subyace a la norma infraordenada. Expresado correctamente, la positividad de una norma estriba, por tanto, en su pertenencia a un sistema que es función de la correspondiente totalidad de voluntad entendida como realidad.

g) Por último, de nuestro punto de partida se deduce también una serie de consecuencias en relación a los *límites del conocimiento jurídico*.

⁸ Cfr. Schreier, *Grundformen und Grundbegriffe*, p. 5.; cfr. pp. 45, 80, 85 y ss.

Una presentación de tan importante problema, apenas abordado por la literatura, daría para escribir un tratado independiente. Por ello, habremos de limitarnos a señalar aquí que dichos límites estriban en la imposibilidad de encontrar dentro del sistema del derecho un único punto fijo desde el cual el conocimiento jurídico pueda encontrar un camino seguro. La realidad jurídica consiste exclusivamente en la continua correlación recíproca. Pero el sistema jurídico, como organismo individual concreto, cambia a cada instante. Se da aquí una analogía con el organismo animal. Considerado en su realidad concreta-individual, un organismo tal consiste en un equilibrio permanentemente inestable en relación con su entorno. Se comporta como un equilibrista que se balancea sobre una cuerda. Cualquier variación concreta de las circunstancias exteriores, cualquier cambio de las condiciones de existencia, provoca la correspondiente compensación del organismo. «*Vivre, c'est s'habituer*». La introducción de una toxina, por ejemplo, genera una antitoxina, y en adelante el organismo reacciona frente a esa toxina de un modo diferente, esto es, ya no vuelve a ser el mismo. Hay sólo una diferencia de grado entre la ingestión de un veneno y, por ejemplo, la de alimento. El organismo está en perpetua mutación. Pero, precisamente porque la variación es continua, somos capaces de concebir el organismo, sometido a incesante fluctuación, como un mismo organismo⁹. Lo propio ocurre con el sistema jurídico. Como organismo, como totalidad individual, no es nunca igual a sí mismo.

La imposibilidad de hallar un punto de partida absoluto para el conocimiento jurídico ha encontrado su expresión lógico-formal en la doctrina de Kelsen sobre la norma fundamental como de índole meramente presunta. Sin embargo, Kelsen se equivoca cuando cree que es posible expresar la identidad de un determinado sistema jurídico a lo largo del tiempo acudiendo a la permanencia de la norma fundamental. Kelsen supone

9 Vid. al respecto F. le Dantec, en «*De la méthode dans les sciences*», primera serie, Paris 1920: «*tout ensemble de facteurs ambiants qui intéresse la vie d'un organisme détermine chez celui-ci une réaction, un fonctionnement dont le résultat est une modification, souvent très complexe, de la structure de l'individu. La vie tout entière peut donc se décomposer en une série de vies successives, dont chacune peut et doit s'appeler le fonctionnement individuel à chaque instant*» (210). «*Chez tous, animaux ou végétaux, l'emploi d'un réactif quelconque détermine l'accoutumance quand il ne produit pas la mort. - Vivre, c'est s'habituer*» (211). «*Il n'y a d'ailleurs qu'une différence de degré entre les troubles appelés maladies et les modifications apportées a l'animal par l'introduction dans son intérieur d'une substance alimentaire (...) pathologie et physiologie deviendront synonymes, puisque, en réalité, l'organisme vivant varie sans cesse depuis sa naissance jusqu'à sa mort*» (234-235). «*Tout être qui fonctionne subit un changement qui résulte de son fonctionnement et est dirigé par lui. On ne peut pas faire deux fois de suite la même chose à un même animal, car ce n'est plus le même mécanisme*» (247).

que los límites de la identidad del sistema están en la revolución, que se caracteriza precisamente por eliminar la norma fundamental precedente, dinamitando con ello la identidad del sistema. Frente a ello, hemos de afirmar que no hay diferencia básica alguna entre la revolución y el surgimiento diario del derecho extrasistemático (vid., más detenidamente, *infra*, caps. XII, 8 y XIV, 6). Ambos son igualmente ajenos al sistema, ambos presuponen por ello un cambio en la norma fundamental. Cualquier formación extrasistemática de derecho equivale a una variación en las condiciones de existencia del organismo animal. El sistema jurídico tiene que reaccionar frente a ello y en ningún caso podrá mantenerse intacto. Pero, al igual que el organismo, el sistema jurídico presenta una relativa continuidad dentro de su permanente mutación. Por ello, la ciencia jurídica no puede proporcionar, en rigor, sino una imagen instantánea. Ello no obstante, en la medida en que se basa en la relativa continuidad, adquiere también un valor que trasciende a lo instantáneo.

Otro importante límite del conocimiento jurídico estriba en que no hay razón alguna para considerar únicamente como derecho aquello que existe en forma escrita, o en cualquier otra forma lógico-gramatical. También es derecho lo meramente presupuesto, o lo que tiene que presuponerse necesariamente en consideración a una correlación continuada. Es más, el derecho escrito y lógicamente formulado ha de considerarse incluso como secundario. Los párrafos, los documentos jurídicos, únicamente poseen significado en la medida en que tras las palabras existe una voluntad social presta a materializarse en acciones. La voluntad social ni siquiera necesita servirse de las palabras o de la escritura, sino que puede expresarse directamente a través de acciones y ser conocida como presupuesto de una serie de acciones sociales dada. Cuanto más abstracto sea el nivel en el que se determina lo que es derecho, menos relevancia cabrá otorgar al derecho fijado en fórmulas. Por ello, a partir de un cierto grado de abstracción, las cuestiones jurídicas no pueden ya solucionarse acudiendo a la ley y al derecho escrito, sino solamente a través de la observación de la voluntad jurídica inmediata de una determinada comunidad. He aquí uno de los límites del conocimiento jurídico: se produce una transición casi imperceptible de la voluntad jurídica clara y consciente hacia tendencias más o menos difusas, representaciones acerca de cómo debería ser el derecho y meras aceptaciones convencionales de lo fáctico. *En esta medida, hay algo de cierto* en la afirmación de que el derecho «encuentra su fundamento» en la conciencia jurídica, la voluntad jurídica o similares. En el plano más abstracto, el derecho se disuelve y pasa a ser únicamente visible en forma de sus componentes sociológicos: lo fáctico-convencional, lo deseado o querido como derecho (*infra cap. XIV, 5*).

5. A modo de resumen de los resultados obtenidos, podemos señalar lo siguiente. En esta primera parte (caps. VIII a XI) nos hemos propuesto determinar en qué consiste la «esencia» del derecho, su realidad, lo que el derecho realmente «es». Hemos visto que esta pregunta no puede tener otro significado que el de interrogarse por cómo es posible el conocimiento jurídico. Para responder a esta pregunta, todas las teorías relevantes han partido hasta hoy de una absoluta contraposición categorial entre ser y deber ser. Sin embargo, un análisis crítico demuestra que resulta imposible fundamentar una ciencia jurídica partiendo de este supuesto. Si se define el derecho como un ser, entonces resulta imposible hacerlo partícipe en modo alguno del deber ser; esto es, su carácter normativo ha de resultar forzosamente incomprensible. Y a la inversa: si se define el derecho como un puro deber ser, entonces ha de resultar imposible de aprehender la realidad del derecho, su positividad. Una síntesis de ambos puntos de vista, como la que intentan formular las teorías del ser-cultural, está condenada al fracaso, debido a la absoluta disparidad de ambas categorías. No queda entonces otro vía que suponer que el deber ser no constituye una categoría independiente, en absoluta contraposición al ser. Y en este sentido hemos intentado determinar el deber ser a modo de específica formulación de un tipo de conocimiento cuyo objeto es una totalidad concreto-individual, entendida como realidad (*eigentümliche Formulierung einer Wirklichkeitserkenntnis einer konkret-individuellen Willenstotalität*), fundamentando así la posibilidad del conocimiento jurídico. En términos lógico-trascendentales, la prueba del acierto de nuestra teoría reside en que sólo partiendo de esta base cabe captar, al mismo tiempo, la positividad del derecho (esto es, el carácter empírico del conocimiento jurídico-científico y [de] la normatividad del derecho)* y la diferencia que, sin embargo, existe entre el conocimiento científico-jurídico y el científico-natural. Con ello, poseemos ya una noción suficiente acerca de la naturaleza del conocimiento jurídico como para poder entender plenamente el significado del problema de las fuentes del derecho.

* N. del T.: literalmente, el paréntesis contiene las siguientes palabras: «el carácter empírico del conocimiento jurídico-científico y su normatividad (*den empirischen Charakter der rechtswissenschaftlichen Erkenntnis und seine Normativität*)», con lo cual no queda claro si el carácter empírico se extiende también a la normatividad del derecho (en cuyo caso debería haber utilizado el genitivo *und seiner Normativität*, que puede haberse perdido por simple error tipográfico) o si esta normatividad es un segundo elemento, autónomo, dentro de la oración; de ahí el *de* que hemos colocado entre corchetes.