




---



---

**ARTICULOS**


---



---

# PARA UNA ONTOLOGIA DE LA NORMA JURIDICA

MANUEL ATIENZA  
Madrid



1. Hablar de «ontología de la norma jurídica» no resulta algo inusitado cuando se hace desde concepciones jurídicas de cuño metafísico, que irían desde el iusnaturalismo tradicional hasta filosofías del derecho de inspiración fenomenológica o existencial. Frente a estas posturas es bastante conocida (y, en parte, explicable) la actitud de los iusfilósofos analíticos (partidarios de la lógica formal o del análisis del lenguaje ordinario) de rechazo total hacia cualquier tipo de aproximación ontológica o metafísica (generalmente no se suele hacer diferencias entre estos dos términos) en el campo jurídico. Es decir, que por el momento ontología y análisis, en la teoría del derecho y de la norma jurídica, son términos irreconciliables.

Por lo que se refiere a las concepciones materialistas del derecho, la situación con respecto a la ontología (tal como ocurre en el nivel general de la filosofía marxista) es ambigua, ya la aceptación o no de una ontología jurídica depende de la «lectura» de Marx elegida, de la filosofía que se considere compatible con el marxismo, etc. No conozco, sin embargo, ningún planteamiento ontológico importante hecho en la teoría del derecho desde presupuestos materialistas, y tampoco creo que pueda hablarse de una teoría jurídica materialista rigurosa. Tales insuficiencias es posible que tengan que ver con la infravaloración del elemento jurídico-normativo en la tradición marxista.

Me parece, por lo tanto, que puede significar una cierta novedad intentar un análisis ontológico de la norma jurídica (análisis, por supuesto, más bien aproximativo y casi diría «de tanteo») a partir de una ontología materialista, es decir a partir de una ontología que no quepa confundir con la metafísica tradicional), ni tam-

poco pueda descartarse como un discurso sin sentido. Para decirlo con mayor precisión, el objetivo de este trabajo es el de mostrar la relevancia que pueda tener la ontología materialista de Gustavo Bueno trasladada al campo de la norma jurídica. Esta relevancia se manifiesta en mi opinión, tanto en un sentido crítico, negativo, como en un sentido explicativo, positivo (pero no menos crítico). Así, desde el primer punto de vista, pienso que este tipo de análisis permite mostrar que el rechazo hacia cualquier planteamiento ontológico en este terreno (el caso, por ejemplo, de los analíticos) también implica una toma de posición de carácter ontológico (en el sentido, por ejemplo, de que estas concepciones de la norma jurídica son explicables —reducibles— a partir de categorías ontológicas); o incluso señalar las «insuficiencias» ontológicas de concepciones de la norma que se autocalifican de ontológicas o metafísicas. Y, desde el segundo punto de vista, me parece que es posible esbozar, a partir de estos planteamientos, una interesante clasificación de las teorías de la norma, así como aclarar (o, al menos, plantear correctamente) algunas cuestiones teóricas de indudable relevancia.

1.2. No se trata de efectuar en estas páginas una síntesis de la concepción materialista de la ontología de Gustavo Bueno (1), pero aún dándola por conocida haré alguna que otra referencia a la misma con objeto de que resulte más comprensible la exposición.

La ontología es entendida por Gustavo Bueno como una disciplina filosófica que se articula en dos planos distintos: el de la ontología general, y el de la ontología especial. En el plano de la ontología general (del «ser en

(1) Para ello he tenido en cuenta: Gustavo Bueno. *Ensayos materialistas*, Turus, Madrid, 1972; y Vidal Peña, voz «Ontología» en el *Diccionario de filosofía contemporánea*, dirigido por M.A. Quintanilla, Sígueme, Salamanca, 1976.



general» en terminología tradicional) el materialismo significa, ante todo, la crítica a la tesis (metafísica) de la unicidad del ser. La idea de materia ontológica general (M) significa que la realidad no es armoniosa ni está nunca clausurada. La materia ontológica general no es la última y definitiva realidad ante la cual las diversas formas de lo real (de la ontología especial) se convierten en apariencias, ni cabe tampoco la reducción de M a alguno (o a la reunión) de los géneros de materialidad. Se trata más bien de un concepto negativo y crítico por lo que no se puede hablar de «la» materia en general como de «algo positivo y determinado (...) Hablar de la «realidad en general» consistiría en decir que «no hay tal cosa como la realidad en general»: la idea de «realidad en general» sería metafísica». Resumiendo: «la idea ontológica general es (...) la crítica de todo intento de substancialización del mundo» (2).

Ahora bien, el planteamiento ontológico de la norma jurídica que se va a ensayar aquí está hecho, sobre todo, desde el plano de la ontología especial. Es decir, lo que se va a intentar, fundamentalmente, es mostrar como se entiende, que es lo que significa, la norma jurídica desde cada uno de los géneros de materialidad (o regiones del ser). Por lo demás, ontología general y ontología especial son dos planos distintos pero conexiónados entre sí, lo que significa que la manera de entender la norma en el plano de la ontología especial puede depender de (y condicionar) la concepción que se tenga de la ontología general.

Los tres géneros de materialidad (M<sub>1</sub>, M<sub>2</sub> y M<sub>3</sub>) o los tres niveles en que se estructura el mundo (aproximadamente se corresponden con los «tres mundos» popperianos, aparte de otras conexiones con diversos sistemas filosóficos, como por ejemplo, con el de N. Hartmann) (3) son inconmensurables entre sí. Es decir: no pueden reducirse los unos a los otros. Por eso, Gustavo Bueno considera que en el plano ontológico especial el materialismo se opone a las tesis que reducen algún(os) género(s) a otro(s). Se habla en este sentido de reduccionismo o formalismo, en cuanto que «la reducción de al-

gún género o géneros a otro u otro significa que se anula la significación material que poseen, para verlos como «formas» (4).

2.1. «Primer Género de Materialidad (M<sub>1</sub>) es una expresión que intenta cubrir la dimensión ontológica en que se configuran aquellas entidades (cosas, sucesos, relaciones entre cosas...) que se nos ofrecen como constitutivos del mundo físico exterior (...) En el Primer Género de Materialidad se disponen, en conjunto, todas las realidades exteriores a nuestra conciencia, o si se prefiere, todas las cosas que se aparecen en la exterioridad de nuestro mundo, sin que eso signifique afirmar que se agoten en esa exterioridad» (5).

La dimensión M<sub>1</sub> permite dar cuenta, me parece, de ciertos aspectos de las normas jurídicas (precisamente de sus aspectos *externos*) que usualmente se considera constituyen algo así como el soporte material de la norma propiamente dicha. Esta dimensión es, por ejemplo, la que se está considerando cuando se habla de la promulgación como de uno de los elementos esenciales de la norma jurídica; es decir: una norma sólo existe cuando se exterioriza a través de algún lenguaje, bien sea escrito, oral, etc.

En la definición tradicional de costumbre jurídica aparece con claridad la existencia de un elemento «material», que sería el uso o la repetición de conductas, pertenecientes al primer género de materialidad. Pero además, como es bien sabido, para que exista una costumbre jurídica se exige también la presencia de un elemento «espiritual», la *opinio* o el *animus*, de naturaleza psicológica y que, como luego veremos, pertenecería al segundo género de materialidad, a M<sub>2</sub> (6).

(4) Vidal Peña, obra citada, p. 356. Emplearé, sin embargo, la expresión reduccionismo, pues hablar de «formalismo» en el sentido del texto puede resultar confuso teniendo en cuenta la utilización de este término en contextos jurídicos, en los que «formalismo» vendría a significar una posible reducción del derecho (y de la norma) a lo que luego se llamará M<sub>3</sub>.

(5) Gustavo Bueno, obra citada, pp. 292 y 293.

(6) Cuando se critica esta caracterización de la costumbre jurídica por considerar que «estos resortes psicológicos (...) resultan insuficientes para una clara diferenciación entre uso social y costumbre jurídica» creo que se está apuntando a la necesidad de considerar también un sentido de objetividad en las costumbres jurídicas, es decir, su significación en M (véase Elias Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971, p. 34).

Este sentido de objetividad, es decir, de entidades que de alguna manera se imponen a los hombres que están por encima de sus conciencias sin tratarse, meramente de objetos «exter-

(2) Vidal Peña, obra citada, pp. 353 y 360.

(3) Cfr. Gustavo Bueno, obra citada, pp. 435 y ss.

Por otra parte, M<sub>1</sub> también cubre el momento de la realización (que implica también el de la infracción) de las normas jurídicas, así como el objeto al que se refieren las normas: las conductas. Sin embargo, el objeto, lo regulado por las normas, no se agota en el primer género de materialidad, en la medida en que una norma puede interesarse también (aunque no exclusivamente) por determinados aspectos subjetivos, interiores al individuo y que pertenecerían más bien a M<sub>2</sub>.

En la teoría del derecho, la corriente del llamado realismo jurídico conductista supone la tendencia a contemplar el derecho en el momento de su realización y por lo tanto a reducir el derecho (y la norma) a M<sub>1</sub>. Por ejemplo, para el norteamericano J.Ch. Gray, el derecho representa «el sistema total de normas aplicadas por los tribunales y no el agregado de los mandatos de un superior» (7). Nada de extraño tiene pues que por el camino de ver en las normas única o preferentemente el momento de su realización se haya llegado (en las versiones más extremas del realismo) a negar carácter normativo al derecho. Tal es el caso de J. Frank para el cual «el derecho no consiste en absoluto en reglas, sino únicamente en la suma total de las decisiones individuales» (8).

También existe una tendencia a reducir el derecho a M<sub>1</sub> y a negar, o en todo caso a infravalorar, el elemento normativo, en muchos autores marxistas que han practicado un reduccionismo sociologista o economicista (el derecho no sería sino el reflejo, en el nivel superestructural, de determinadas estructuras socio-económicas). Sin embargo, en el pensamiento jurídico marxista lo más frecuente ha sido la reducción del derecho conjuntamente a M<sub>1</sub> y M<sub>2</sub> de manera que la anterior definición se suele compaginar con la consideración del derecho (o de la norma jurídica) como «voluntad de la clase dominante». Hay que decir también que la consideración de las normas jurídicas (aunque no exclusivamente, claro) como

nos», está señalado aunque un tanto obscuramente por Ortega en su determinación de lo que es un uso (para Ortega, el derecho y el Estado son supuestos de usos sociales fuertes y «kidos»: «El uso, pues, se me aparece como la amenaza presente en mi espíritu de una eventual violencia, coacción o sanción que los demás van a ejecutar contra mí. Pero lo curioso del caso es que lo mismo les pasa a ellos, porque también cada uno de ellos encuentra ante sí el uso como una amenaza de los demás (...). He aquí, pues, otro atributo del hecho social: la violencia o amenaza de violencia que no procede de ningún sujeto determinado, que, antes bien, todo sujeto determinado encuentra ante sí, bajo el aspecto de violencia, actual o presumible, de los demás hacia él (...). Y ese poder, que se manifiesta generalmente con los eufemismos de coacciones y de presiones morales, de causarnos daños morales, pero que siempre —a la postre— amenaza con la eventualidad de una violencia física; ese poder, por tanto, físico, brutal, que —como veremos— funciona también brutalmente, ese poder que no es de nadie, que no es humano, que, en este sentido, es algo así como un poder elemental de la naturaleza, como el rayo y el vendaval, como la borrasca o el terremoto, como la gravedad que empuja en su vuelo la masa exánime del astro, ese poder es el «poder social». Y «el poder social» funciona en la coacción que es «el uso» (J. Ortega y Gasset, *El hombre y la gente*, tomo 2, Revista de Occidente, Madrid 7ª ed. 1972, pp. 83 y 84).

Desde planteamientos en parte orteguianos, Recasens Siches ha definido a la norma jurídica como «vida humana objetivada»: «Una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada. Sea cual fuere su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial, etc.), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan, que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado (...).

(...) Ahora bien, esas significaciones que fueron construidas, fabricadas, por unos hombres, una vez que han sido producidas, esto es, una vez que se han objetivado en preceptos legislativos o en costumbres jurídicas, han adquirido una consistencia propia y autónoma parecida a la de los objetos ideales (...). Todo pensamiento cristalizado, objetivado, tomado aparte del acto mental en que se fabricó, participa de la dimensión del ser ideal: es inespacial, es intemporal, es idéntico a sí mismo, es decir, constituye una entidad autónoma, aparte, objetiva» (L. Recasens Siches, *Tratado general de filosofía del derecho*, Porrúa, México, 1975, pp. 108).

(7) Tomado de John Finch, *Introducción a la teoría del derecho* (trad. de F. Laporta), Labor, Barcelona, 1977 p. (el subrayado es mío).

La conocida expresión de Homes de que «... las profecías sobre lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más preterenciosa, es lo que yo designo con el término derecho» (cf. por ejemplo, J. Finch, obra citada, p. 224) presenta entre otros problemas, el que no parece estar definiendo el derecho, sino más bien la «ciencia» del derecho.

(8) Tomado de A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de G. Carrió), Eudeba, Buenos Aires, 3ª ed. 1974, p. 72, nota.

entidades objetivas, como entidades pertenecientes a M<sub>3</sub> no es en absoluto ajena a la obra de Marx. Pero sobre todo esto se volverá más adelante.

Entre los autores iusnaturalistas tampoco faltan ejemplos de caracterización del derecho (y de la norma) como entidad M<sub>1</sub>. Me parece que este es el caso de los autores partidarios de la «naturaleza de la cosa» como concepto que permitiría identificar lo jurídico, siempre y cuando la «naturaleza» se interprete en un sentido empírico y no en sentido finalista o, en general, metafísico (9). Sin ir más lejos, creo que esta concepción puede encontrarse en el Marx pre-juvenil, para el cual la «verdadera ley» no puede ser un producto arbitrario, sino que es expresión de la «naturaleza de la cosa» entendido este término, como aclara el propio Marx, no en sentido idealista, sino en sentido naturalista. Y de ahí que, por ejemplo, Marx admita en alguno de estos escritos la posibilidad de *verificación* de las normas jurídicas (10).

Y siguiendo con el iusnaturalismo, la crítica que tantas veces se ha hecho a estos autores (a partir de Hume) acusándoseles de incurrir en la famosísima «falacia naturalista» tiene, en mi opinión, un sentido ontológico muy claro. Es decir, cuando se afirma la imposibilidad de derivar enunciados normativos a partir de enunciados fácticos es porque se contemplan como irreductibles el mundo de los hechos (M<sub>1</sub>) y el de las normas (M<sub>2</sub> o M<sub>3</sub>).

Es imposible agotar todas las teorías que tienden a reducir el derecho (y/o la norma) a M<sub>1</sub>. Como afirmación muy general (y por lo tanto imprecisa) puede decirse que esta tendencia nos la encontramos en todas las concepciones sociologistas que se caracterizan por reducir el derecho (y la norma) al plano de la *eficacia*. Sin embargo, es preciso señalar que las posturas sociologistas aparecen muchas veces impregnadas de psicologismo (cabría hablar en este sentido de reducción del derecho a M<sub>1</sub> y M<sub>2</sub>). Y, por otra parte, es claro que existen considerables dosis de metafísica y ambigüedad en el empleo por parte de los juristas de términos como «realidad», «vida», «concreto», etc. Valga como ejemplo (entre muchos otros) el caso de C. Schmitt, defensor en el ámbito jurídico de un «pensamiento de orden concreto» que puede interpretarse en sentido metafísico o en sentido fáctico; en esta segunda interpretación, cabría hablar de una reducción del derecho a M<sub>1</sub> (11).

(9) Entre los autores (predominantemente alemanes) de esta tendencia, lo usual es, sin embargo, la interpretación de la «naturaleza» en sentido metafísico. Cfr. E. Garzón Valdés, *Derecho y naturaleza de las cosas». Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, 2 tomos, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1971.

Sin embargo, una concepción metafísica de la norma jurídica (en el plano de la ontología general) es compatible con una postura reduccionista en el ámbito de la ontología especial).

(10) En uno de los escritos de esta época, Marx consideraba que la apropiación de leña caída de los árboles no podía ser un supuesto de hurto pues (a diferencia de lo que ocurriría, por ejemplo, con la leña cortada) la cosa apropiada no formaba ya parte del árbol (es decir, de su esencia). Por eso, una ley que tipificaba tales conductas como delito, pensaba Marx, no podía ser derecho, sino simple arbitrio (cfr. Karl Marx, *Escritos políticos juveniles* (a cura de L. Firpo), Einaudi, Torino, 1950, reimpresión 1975, pp. 177 y ss.).

Esta interpretación es aplicable no sólo a los escritos de Marx a propósito de los debates sobre la ley contra los hurtos de leña, sino en general a toda la producción de Marx de esta época (1842-43). Véase, Ricardo Guastini, *Marx. Dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Il Mulino, Bologna, 1974.

(11) Según Schmitt, el pensamiento de orden concreto «ve en el derecho, sobre todo, el orden de la vida que se realiza en el ser, que se renueva continuamente en la ejecución viva». Además de esta concepción, Schmitt distingue un pensamiento *normativista* que ve en el derecho, sobre todo, la regla o norma impersonal y abstracto general (reducción por lo tanto a M<sub>3</sub>); y un pensamiento *decisionista* que ve en el derecho, sobre todo, el acto de voluntad o mandato del legislador (reducción a M<sub>2</sub>). Véase, K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. de E. Gimbernat), Ariel, Barcelona, 1966, p. 15, nota 55.



2.2. «Segundo Género de Materialidad (M<sub>2</sub>): recoge a todos los procesos reales dados en el mundo como «interioridad», es decir, las vivencias de la experiencia interna en su dimensión, precisamente, interna» (12). «A M<sub>2</sub> pertenecerían también los contenidos que, no siendo de la experiencia propia, son mencionados como interioridades *ajenas*» (13).

Son muy numerosas las teorías de la norma jurídica que, total o preferentemente, entienden a la misma como entidad M<sub>2</sub>, e incluso puede encontrarse algún ejemplo de teoría que reduce todo el derecho a M<sub>2</sub>.

Entre estas últimas, puede destacarse la de Petrazhitzky. Según este autor, «la naturaleza específica de los fenómenos del derecho, de la moral y de la estética y sus diferencias mutuas (...) radican no ya en la esfera intelectual, sino en la esfera emocional, impulsiva». El derecho como «clase específica de fenómenos reales» comprende «aquellos sentimientos éticos cuyas emociones tienen carácter atributivo». Y una de las consecuencias a la que llega Petrazhitzky es la de negar, en cierto modo, carácter normativo al derecho: «los hombres atribuyen de hecho, en todo momento, a sí o a otros obligaciones de tipo jurídico y cumplen obligaciones y ejercitan tales derechos no ya porque esté así escrito en el código civil, etc., sino porque los empuja a ello su *conciencia jurídica intuitiva*» (14).

La concepción del derecho de Petrazhitzky tuvo una gran influencia en algunos de los juristas soviéticos de la primera época y, especialmente, en Reisner. Este autor, intentando armonizar psicologismo y marxismo niega el carácter normativo del derecho y reduce el mismo a la conjunción de M<sub>1</sub> (el derecho como «resultado de las relaciones económicas y en particular de las relaciones de producción») y M<sub>2</sub> (el derecho como *ideología* que se

«apoya, dentro de nuestra conciencia, fundamentalmente sobre el concepto de verdad, justicia e igualdad en la distribución y en la igualación de los hombres y de las cosas») (15).

Algo parecido ocurre con Stucka quien, aún concibiendo el derecho como una forma de la relación económica (M<sub>1</sub>) se ve en ocasiones forzado a admitir el elemento jurídico normativo entendiéndolo como un *acto de voluntad* del Estado y por lo tanto como una creación consciente de la clase dominante, como una entidad M<sub>2</sub> (16).

El caso de Pasukanis es ciertamente más complejo. Por una parte polemiza con los autores anteriores a los que acusa de psicologismo o sociologismo, y trata, frente a ellos, de efectuar un cambio en la concepción marxista del derecho que le lleva a «desarrollar una investigación más formal y lógica que histórica» (17), es decir una investigación que se sitúa, sobre todo, en el tercer género de materialidad (M<sub>3</sub>). Sin embargo, por otra parte, Pasukanis considera como «célula primaria del tejido jurídico» no a la norma, sino a la «relación jurídica» (18), y sigue concibiendo al Estado como un «instrumento construido voluntariamente por la clase dominante» y a la norma como un «mandato» que garantiza la institución de la propiedad (es decir, como entidad M<sub>2</sub>).

(15) U. Cerroni, *obra citada*, pp. 61 y 62. (el subrayado es mío). La crítica fundamental de Cerroni a este autor consiste en que «al reducir el derecho a mero fenómeno ideal, no logra explicar su conexión con las diferentes relaciones de producción y, al mismo tiempo, tiene que reducirlo a derecho intuitivo, es decir, a fenómeno sobre el que la ciencia tiene muy poco que decir: es una forma de la psicología irracional antes que una forma de la realidad histórico-positiva» (*obra citada*, p. 64).

Según Cerroni, la concepción del derecho de Reisner abre el camino «a una resurrección del derecho natural» (p. 60).

(16) «En definitiva, el concepto clave de la normación coactiva como rasgo distintivo del derecho sabe ser unas veces admitido y otras negado: y caso de ser admitido, debe ser reducido a fenómeno de conciencia». (U. Cerroni, *obra citada*, p. 70). Sobre Stucka puede verse también J.R. Capella, *Introducción a «La función revolucionaria del derecho y el Estado»* de P.I. Stucka, Edicions 61, Barcelona, 1969, reproducido en *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona, 1976.

(17) U. Cerroni, *obra citada*, p. 79. «En ésta línea Pasukanis llega a afirmar que en la sociedad burguesa moderna «la máquina estatal opera efectivamente como impersonal «voluntad general», como «autoridad de derecho», etc. (...) Estas —y análogas— afirmaciones desmontan estrepitosamente el análisis de Stuchka, anclado en la concepción del Estado (y de la norma) como mero instrumento querido e «inventado» por la clase dominante, concepción claramente impotente frente al Estado de derecho y al Estado que recaba su soberanía del sufragio universal» (U. Cerroni, *obra citada*, pp. 84 y 85). Sobre Pasukanis puede verse también, la de V. Zapatero a E.B. Pasukanis, *Teoría general del derecho y marxismo*, Labor, Barcelona, 1976.

(18) Según Pasukanis, «la relación jurídica entre los sujetos es sólo la otra cara de la relación que se establece entre los productos del trabajo convertidos en mercancías». Y el «derecho como conjunto de normas» no es «más que una abstracción falta de vida» (U. Cerroni, *obra citada*, p. 86, nota 53).

(12) G. Bueno, *obra citada*, p. 293.

(13) V. Peña, *obra citada*, p. 357.

(14) Véase U. Cerroni, *El pensamiento jurídico soviético* (trad. de V. Zapatero y M. de la Rocha), Cuadernos para el diálogo, Madrid, 1977, p. 55 (los subrayados son míos). Es claro el aspecto metafísico de esta concepción, que llega a admitir, por ejemplo, la existencia de un derecho «para con Dios».

Es interesante señalar que Petrazhitzky interpreta la palabra «interés» empleada por los sucesores de Ihering (es decir por la jurisprudencia de intereses) como «deseo de una cierta ventaja», como «algo interior, psicológico» (cf. U. Cerroni, *obra citada*, p. 58). Por lo demás, el concepto de interés puede interpretarse no sólo en este sentido (como entidad M<sub>2</sub>) sino también como factor causal, es decir, como entidad fáctica perteneciente a M<sub>1</sub>, o como «intereses ideales» como ideas generales y abstractas (pertenecientes a M<sub>3</sub>). Véase, al respecto, K. Larez, *obra citada*, pp. 64 y ss.

Finalmente (y para acabar con este pequeño excurso sobre juristas soviéticos) Vysinskij, aún siguiendo una línea más normativista que la de los autores anteriores (19), sin embargo concibe también a la norma jurídica como una entidad M<sub>2</sub>, es decir como «un acto de voluntad del Estado entendido como fuerza subjetiva» cuyo contenido, por otra parte, vendría determinado por determinadas condiciones económicas (20).

Creo que también puede interpretarse como concepción que considera preferentemente a la norma (y, en cierto modo, al derecho) como entidad M<sub>2</sub>, el positivismo jurídico de Bentham y Austin, cuyos precedentes más claros podrían encontrarse en Hobbes y, más atrás, en el voluntarismo medieval.

Concretamente, para Austin, en el derecho existen tres elementos fundamentales: mandato, deber y sanción, que están inseparablemente conectados entre sí y que implican en realidad la misma idea, por lo que el derecho puede considerarse como un agregado de normas o mandatos. Pues bien —afirma Austin— «con cada una de estas expresiones se da a entender directa o indirectamente un deseo concebido por alguien al que se une un daño que será infligido o aplicado en el caso de que el deseo no sea cumplido» (21). Resumiendo, la norma se entiende fundamentalmente como una entidad M<sub>2</sub> a la que está conectada un elemento M<sub>1</sub> (la aplicación de la sanción).

Algo parecido cabría decir de las teorías psicológicas del derecho de Bierling o de la escuela del derecho libre. Así, Bierling considera que «derecho, en sentido jurídico, es todo lo que los hombres que conviven en una comunidad cualquiera reconocen mutuamente como norma y regla de esta vida en común», mientras que la norma la define como «expresión de un querer que espera de otros su realización» (22).

El subjetivismo es aún más acusado en el movimiento del derecho libre cuyos representantes (influidos por filosofías como la de Schopenhauer, Nietzsche o Bergson) consideran al derecho como un producto de la voluntad y tienden a privilegiar, ante todo, el momento de la decisión judicial. Así, para uno de sus representantes, H. Isay, la decisión judicial, en oposición a la norma ge-

neral, es un «querer» que «como tendencia se funda en un sentimiento valorativo» (23).

Hay también una reducción a M<sub>2</sub> en las obras de los autores del realismo psicológico como K. Illum o K. Olivecrona según los cuales, una norma es vigente cuando resulta aceptada por la «conciencia jurídica popular» (24).

Concretamente, Olivecrona critica la concepción de autores como Austin que consideran a las normas jurídicas como mandatos u órdenes procedentes del soberano (del Estado). Para Olivecrona, pensar esto es puro misticismo, puesto que «el Estado no imparte órdenes (...)». Solamente el Estado en un sentido metafísico, como un verdadero Dios sobre la tierra, puede ser concebido como ordenando o expresando su voluntad a través de las normas jurídicas». Las normas jurídicas son más bien, en su opinión, *imperativos independientes*. Son declaraciones imperativas, pero «no se las puede definir como órdenes de nadie. Quienes las proyectaron o quienes actuaron como legisladores formales no han obrado en la manera en que lo hace una persona que ordena. Los legisladores son, por lo común, totalmente desconocidos para la mayoría de quienes deben aceptar las leyes; éstos sólo tienen ante sí declaraciones imperativas desvinculadas de los legisladores, que pueden haber muerto cien años atrás» (25). Sin embargo, a pesar de su crítica al voluntarismo, Olivecrona sigue definiendo la norma en términos de M<sub>2</sub>, es decir, como entidad predominantemente psicológica, subjetiva. Ello le lleva, entre otras cosas, a negar a las normas un sentido de permanencia, lo que hace a su concepción claramente insuficiente para explicar determinados aspectos del derecho (26).

En «Sobre el derecho y la justicia», Ross intenta, precisamente, una síntesis del realismo psicológico y del realismo conductista, pero hay motivos para pensar que Ross sigue en este escrito siendo *psicologista*, en cuanto que liga el concepto de derecho vigente a determinados

(23) Cfr. K. Larenz, *obra citada*, p. 77. En el movimiento del derecho libre se incluyen autores como Bülo, Ehrlich y Kantorowicz.

(24) Según Ross, estos autores encuentran «La realidad del derecho en hechos psicológicos. Una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica popular. El hecho de que tal regla sea también aplicada por los tribunales (es decir, su consideración como entidad M<sub>1</sub>) es, de acuerdo con este punto de vista, derivado y secundario; es una consecuencia normal de la conciencia jurídica popular que determina también las reacciones del juez. El criterio efectivo no es la aplicación como tal, sino el factor determinante que está detrás de ella» (A. Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 69 —los paréntesis son míos—). Y añade Ross «La objeción principal al realismo psicológico es que la conciencia jurídica es un concepto que pertenece a la psicología individual. Al ligar el derecho vigente a la conciencia jurídica individual, esta rama del realismo hace del derecho un fenómeno individual que se halla en el mismo plano que la moral» (*obra citada*, p. 70).

Ross considera también como antecedente de esta concepción a la escuela histórico-romántica de Savigny y Puchta. Sin embargo, esto quizás no sea del todo acertado, pues para Savigny la ley no es producto de una voluntad entendida en términos psicológicos, sino más bien producto de un «pensar racional». En este sentido, me parece que tiene razón Larenz cuando, en contra de ciertas interpretaciones, rechaza la posibilidad de incluir a Savigny entre los partidarios de una teoría subjetiva de la interpretación, que busca, sobre todo, descubrir la voluntad psicológica del legislador (cfr. K. Larenz, *obra citada*, p. 30 nota).

(25) K. Olivecrona, *El derecho como hecho*, Depalma, Buenos Aires, 1959, pp. 31 y 29.

(26) «Una norma solamente existe como el contenido de una noción de un ser humano. Ninguna noción de esta índole está presente en forma permanente en la mente de nadie. El imperativo sólo aparece en la mente en forma intermitente, y por cierto la situación no varía por el hecho de que las palabras imperativas se expresen en forma escrita. El texto escrito —en sí mismo simples rasgos en el papel— tiene la función de provocar ciertas nociones en la mente del lector, y eso es todo» (K. Olivecrona, *obra citada*, p. 32).

Me parece interesante señalar que el no poder explicar la permanencia de las normas jurídicas es uno de los puntos críticos que Hart dirige la concepción de Austin (cfr. H. Hart, *El concepto de derecho*, citado, cap. IV).

La concepción de la norma de Olivecrona es, claramente, una consecuencia de la ontología de Hägerström y su crítica a la metafísica. Este y otros muchos puntos contenidos en este trabajo en relación con los autores realistas son producto de la lectura de la tesis doctoral de L. Hierro sobre el realismo jurídico.

(19) Vysinskij define el derecho como «un conjunto de reglas de la conducta humana establecidas por el poder estatal en cuanto poder de la clase que domina la sociedad, así como de las costumbres y de las reglas de convivencia sancionadas por el poder del Estado y aplicadas coercitivamente con la ayuda del aparato estatal, con el fin de tutelar, consolidar y desarrollar las relaciones y el ordenamiento ventajosos y favorables a la clase dominante» (U. Cerroni, *obra citada*, p. 93).

(20) U. Cerroni, *obra citada*, p. 96. Según Vysinskij, «el error de los normativistas consiste (...) en que, al definir el derecho como conjunto de normas, se limitan a este elemento, concibiendo a la misma norma como algo cerrado, en sí y de por sí explicable (...). No ven en el derecho la expresión de la voluntad de la clase dominante en la sociedad (...) no ven que la ley y el derecho agotan su contenido en condiciones económicas de producción determinadas, que dominan en la sociedad» (U. Cerroni, *obra citada*, pp. 95 y 96).

(21) Cfr. J. Finch, *Introducción a la teoría del derecho* (citada) p. 104 (los subrayados son míos).

Las críticas de Hart al modelo imperativista de Austin están hechas, en mi opinión, precisamente desde el tercer género de materialidad (M<sub>1</sub>). Así, Hart considera que el enunciado de que una norma existe «alude a algo más que a la mera relación de causa-efecto entre un acontecimiento y otro (nivel M<sub>1</sub>). Hart exige además, para que pueda afirmarse que una norma existe la aceptación interna de la misma, pero este «aspecto interno de las normas» no debe —en su opinión— confundirse con un problema de sentimientos (no es algo reducible a M<sub>2</sub>). No hay, según Hart, contradicción «en decir que la gente acepta ciertas normas pero no experimenta sentimientos de compulsión». Véase, H. Hart, *El concepto de derecho* (trad. de G. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; las citas están tomadas de J. Finch, *obra citada*, pp. 127, 128 y 129.

(22) Cfr. K. Larenz, *obra citada*, p. 54 (el subrayado es mío).

hechos psicológicos, concretamente, al sentimiento de obligatoriedad de los jueces (27).

Sin embargo, en «Lógica de las normas» Ross da una definición de norma jurídica que hace pensar en la misma como en una entidad  $M_3$ . Según Ross, las normas jurídicas deben distinguirse de los directivos personales (por ejemplo, de los mandatos) pues estos últimos están ligados «a la específica situación de contacto personal entre el que habla y el que escucha». Por el contrario, cuando se trata de directivos jurídicos (directivos impersonales o cuasi mandatos), de *normas* propiamente dichas, el directivo se concibe «no como un acontecimiento en la vida de un individuo, sino como un estado de cosas que existe *independientemente de la reacción del individuo que está sujeto al directivo*, esto es, independientemente de la efectividad del directivo en relación con él (...) necesitamos el concepto de «norma» para expresar el hecho social, independientemente de cómo reaccione cualquier individuo, de que el directivo es *generalmente* efectivo entre los miembros de un grupo social. Aparte de que un directivo jurídico o convencional sea efectivo con respecto a los individuos A, B o C, puede ocurrir que sea efectivo en conjunto con respecto a los miembros de la sociedad. En tal caso, el directivo *le parecerá a un individuo algo dado y que existe independientemente de su reacción a él*» (28).

Con ello pasamos a considerar a la norma jurídica como entidad  $M_3$ .

2.3. «Tercer Género de Materialidad ( $M_3$ ). Denotamos con esta expresión a objetos abstractos —es decir, no exteriores (pertenecientes a la exterioridad del mundo), pero tampoco, de ningún modo, interiores—, tales como el espacio proyectivo reglado, las rectas paralelas (...). Pero también pertenecen al Tercer Género entidades no esenciales, sino individuales y concretas, empíricas, aunque ya irrevocables, como son todas las realidades dadas en la medida en que su ser actual ya no pertenece al Primer Género (César no es una parte del mundo físico actual) ni del Segundo (César se distingue de los pensamientos psicológicos sobre César)» (29).

« $M_3$ » alude a una dimensión no «exterior» ni «interior»: el mundo de los *objetos abstractos*, el mundo de los conceptos como «objetividades ideales» que son, sin embargo, tan materiales como las realidades aludidas por los otros dos géneros. Eminentemente, el mundo de la lógica y la matemática, pero también de otras abstracciones reguladoras del conocimiento, como pueden serlo desde la *langue* de Saussure hasta la idea de «imperativo categórico» como reguladora de relaciones morales (...). La entidad de tales objetos no es física, desde luego, pero tampoco «mental» o «interior». Si los conceptos son «productos de la mente», son en todo caso, unos productos a los que es esencial el ser pensados, precisamente, como independientes de su producción (la idea de su «validez objetiva» eso significa). Pensar contenidos

« $M_3$ », es pensarlos como no necesitando ser pensados por nadie» (30).

Inmediatamente nos surgen supuestos (aparte de algunos ya insinuados) de teorías que consideran a la norma jurídica (total o parcialmente) como una entidad  $M_3$ . A estas concepciones del derecho (generalmente normativistas) se las suele denominar «formalistas» pues se entiende que al reducir el derecho (la norma) a entidad abstracta, ideal se están olvidando de la «materia». Las críticas del «segundo» Ihering a la jurisprudencia conceptualista a la que reprocha el vivir en el «cielo de los conceptos» tiene precisamente este sentido. Y algo parecido ocurre con muchas de las críticas dirigidas al «formalismo» kelseniano. Pero el formalismo kelseniano (y sus críticos) merecen quizás un pequeño comentario.

En mi opinión, aunque su postura en este punto no sea del todo clara (31), Kelsen concibe a la norma como un acto de voluntad, como un mandato (es decir, como una entidad predominantemente  $M_2$ ), mientras que lo que define en término de  $M_3$  es propiamente la regla de derecho o proposición jurídica. Lo que Kelsen concibe como entidad  $M_3$ , no es tanto el derecho (la norma) como la ciencia del derecho, el discurso sobre el derecho. «La regla de derecho —afirma Kelsen— es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad» (32).

Si se despoja de su sentido metafísico, la idea de ley de Santo Tomás como producto de la «razón» parece aludir a este tercer género de la realidad, es decir que la norma se considera como una entidad eminentemente objetiva (objetiva en el sentido de que existe con independencia de que haya sido pensada por alguien, sin ser tampoco meramente, una entidad  $M_1$ ): este, creo, es el sentido de la afirmación de los intelectualistas medievales (entre ellos Santo Tomás) de que «una cosa es buena y por eso Dios la quiere». Por el contrario, los voluntaristas medievales (no menos metafísicos que los anteriores) representan una línea más subjetivista, tendente a configurar a la norma como entidad  $M_2$ , y de ahí que antepongan la voluntad a la razón en su explicación de la ley natural: «Dios quiere una cosa y por eso es buena» (es ley). En realidad, estas dos concepciones de la ley,

(30) V. Peña, *obra citada*, p. 357.

(31) Me refiero, como en seguida se verá, a la distinción entre norma jurídica y proposición jurídica. Una crítica sobre el uso de esta distinción en Kelsen puede verse, entre otros, en: Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 10. C. Nino, *Notas de Introducción al derecho*. 1. La definición de «derecho» y de «norma jurídica». Astva, Buenos Aires 1973, pp. 76 y 77 y E. Bulyngin, *Sobre la estructura lógica de las proposiciones en la ciencia del derecho*. «Revista jurídica de Buenos Aires», IV, 1961. En este último trabajo, Bulyngin considera que la razón de que Kelsen atribuya a las proposiciones carácter normativo (este es uno de los motivos de crítica) es la necesidad de distinguir las ciencias normativas de las ciencias sociales.

(32) H. Kelsen, *La teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1965, p. 47.

La teoría egológica del derecho de C. Cossio, para la cual el derecho es «conducta en interferencia intersubjetiva» entiende a la norma jurídica como un «concepto apto para menar la conducta». Es decir, que Cossio entiende por norma jurídica lo que Kelsen denomina proposición jurídica (Cfr. C. Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires).

Según Calsamiglia, «Kelsen distingue entre norma y proposición jurídica con el objeto de dotar de objetividad a la proposición jurídica. Kelsen no pretende la neutralidad del derecho y su posible objetividad. Lo único que pretende es señalar que la ciencia jurídica es objetiva y neutral y que las proposiciones jurídicas describen objetivamente las normas jurídicas» (A. Calsamiglia, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1977, p. 74).

(27) Esta es la interpretación de E. Bulyngin, *en el concepto de vigencia de Alf Ross*, «Revista del colegio de abogados de La Plata», 1963. Textualmente, afirma Ross «De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque este las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece» (A. Ross, *obra citada*, p. 34).

(28) A. Ross, *Lógica de las normas* (trad. de J. Hierro), Tecnos, Madrid, 1971, p. 96. (Los subrayados son míos).

(29) G. Bueno, *obra citada*, p. 302.



del derecho, tienen una amplia tradición: El «racionalismo» de Santo Tomás tiene sus precedentes en la concepción de la ley de Aristóteles o de los estoicos y su continuación en la mayoría de los autores de la escuela española, en Grocio (donde el concepto de razón se seculariza) y en Leibniz. Y la concepción de la ley como voluntad (como entidad predominantemente  $M_2$ ) se remonta quizás a los sofistas y a los epicureos, y después pasa, a través de los voluntaristas medievales (fundamentalmente, Duns Scoto y Ockam), a Hobbes (donde la ley se convierte en voluntad del *soberano*, a Rousseau (33) y al positivismo jurídico (Bentham, Austin, etc.) (34).

Más recientemente, la contraposición existente en el problema de la interpretación de las normas jurídicas entre la *teoría subjetiva* y la *teoría objetiva*, creo que obedece también a estas dos diferentes concepciones de la norma: como entidad  $M_2$  (teoría subjetiva), o como entidad  $M_3$  (teoría objetiva). Así, para los primeros (Windscheid o Bierling) interpretar una norma consiste en averiguar la voluntad psicológica del legislador, mientras que para los segundos (Binding, Wach o Kholer) interpretar una norma quiere decir averiguar la voluntad «razonable» del legislador, es decir, la *razón jurídica* contenida en la ley (35).

Evidentemente, también se sitúan preferentemente en el nivel  $M_3$  las concepciones logicistas de la norma

(33) Pero el concepto de «voluntad general» de Rousseau (la ley se entiende con expresión de la voluntad general) podría, en cierto modo, considerarse como una entidad  $M_3$ . La voluntad general, no es sólo voluntad de los individuos asociados o de la mayoría, sino que tiene también un sentido objetivo: es la voluntad que tiene por finalidad el bien de todos. No es de extrañar, pues, que se haya considerado a la «voluntad general» como el principal antecedente del «imperativo categórico» kantiano que, evidentemente, es una entidad  $M_1$ .

(34) Estas dos concepciones del derecho natural (de la ley) han sido puestas de manifiesto, entre otros, por H. Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. F. González Vicen), Aguilar, 2ª ed., 1974.

El sentido metafísico de ambas tendencias, incluyendo a los autores positivistas (recuérdese la crítica de Olivecrona) no ofrece dudas. Hay, sin embargo, una diferencia importante entre los intelectualistas y los voluntaristas medievales puesta de manifiesto por Welzel: los primeros admiten la existencia de una ley eterna, mientras que, para los segundos, lo único que es eterno es el legislador (Cfr. H. Welzel, *obra citada*, p. 75).

(35) Cfr. K. Larenz, *obra citada*, pp. 30 (nota 4) y 47: «la teoría» «objetiva» de la interpretación no dice solamente que la ley, una vez promulgada, puede adoptar para otros, como cualquier palabra hablada o escrita, un significado en el que no había pensado su autor —eso sería una perogrullada—, sino que dice, además, que lo *jurídicamente decisivo* no es la significación dada por el autor, sino una significación «objetiva» que hay que determinar independientemente de aquella, y que es inmanente a la ley» (*Ibidem*, p. 47).

jurídica (36). Una de las definiciones más claras y acertadas de la norma desde el punto de vista lógico, es, en mi opinión, la dada por Alchourron y Bulygin. Para estos autores, normas son los «enunciados que correlacionan casos con soluciones», siendo las soluciones elementos que constan de una acción (contenido normativo) a la que se antepone un carácter normativo u operador deóntico, mientras que los casos pueden ser: individuales (es decir, situaciones o acontecimientos localizables espacio-temporalmente), o genéricos (abstracciones o «clases» que pueden incluir un número ilimitado de casos individuales). Resumiendo, la norma se define como una entidad  $M_3$ , aunque los elementos de la norma caigan —o puedan caer— en el ámbito de  $M_1$  (37)

Pero no hace falta ser partidario de la lógica formal para definir a la norma jurídica como entidad  $M_3$ . También entre los defensores de una iusfilosofía analítica pero que arranca de la consideración de los lenguajes ordinarios nos encontramos con caracterizaciones de la norma jurídica que ponen de manifiesto una concepción ontológica semejante. Tal es el caso, por ejemplo, de C. Nino quien considera que una norma jurídica «no es una cosa o un hecho observable en principio», sino que las normas deben considerarse como términos «teóricos» (del mismo modo que «electrón», «campo magnético», «inconsciente», etc.), «porque si bien no hacen referencia a datos observables, se usan, de acuerdo con determinadas reglas de correspondencia, cuando aparecen ciertos datos empíricos» (38).

(36) No es éste, sin embargo, el caso de von Wright que al tener que distinguir las normas jurídicas de las leyes de la lógica (entidades  $M_3$ ), considera a las primeras (a las «leyes del Estado», como él las llama) como prescripciones, como entidades predominantemente  $M_2$ . «Las leyes de la lógica no pretenden hacer que la gente piense correctamente como puede decirse de las leyes del Estado que pretenden hacer a la gente proceder de una manera determinada. Las leyes de la lógica suministran un patrón por el que juzgan si la gente piensa correctamente o no (...).

\* A un segundo tipo importante de normas, distintas de las reglas, llamaré *prescripciones o regulaciones*. Ya nos hemos encontrado con un subtipo de dichas normas: las leyes del Estado.

(...) las prescripciones son *dadas o dictadas* por alguien. «Dimanan» o tienen su «origen» en la voluntad de un dador de normas o, como también diremos, una autoridad normativa. Van, además, destinadas o dirigidas a algún agente o agentes, a quien llamaremos sujeto(s) normativo(s). Puede decirse normalmente que la autoridad que da la norma quiere que el sujeto(s) adopte una cierta conducta. La emisión de la norma puede entonces decirse que manifiesta la voluntad de la autoridad de hacer que el sujeto(s) se comporte de una manera determinada» (G.H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica* (trad. de P. García Ferrero), Tecnos, Madrid, 1970, pp. 24, 26 y 27).

(37) C. Alchourron y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astra, Buenos Aires, 1974.

(38) C. Nino, *Notas de Introducción al derecho*, t. 1 (*cit.*), pp. 84 y 85.

Me parece interesante resaltar el sentido ontológico bastante preciso de estas dos últimas concepciones que, por otra parte, se califican explícitamente como no-ontológicas. Así, Alchourron y Bulygin pretenden romper con una larga tradición en la filosofía jurídica que concibe a las normas como entidades ideales (sentidos o significados) y consideran que su tratamiento de la norma «en un nivel puramente sintáctico (...) no significa necesariamente un prejujuicio acerca de su status ontológico» (39). Mientras que, para Nino, el que las normas jurídicas sean inobservables no debe implicar considerarlas «como objetos pertenecientes a presuntos reinos ontológicos que están más allá de la experiencia de los sentidos» (40).

Pero también en textos como «La ideología alemana» es posible encontrar una explicación del derecho, de la norma jurídica, como algo que, en cierto modo, es independiente de la voluntad de los hombres, es decir, como una entidad  $M_3$ . El fragmento que reproduzco a continuación creo que servirá para mostrar que una interpretación materialista de la norma jurídica no debe contemplar a ésta, únicamente, como entidad perteneciente al primer o al segundo género de materialidad, sino que en las normas jurídicas (en el derecho) es posible descubrir también un sentido de objetividad, es decir, su materialidad alcanza también al tercer género. Por otra parte, me parece que este texto puede servir como crítica de muchas concepciones «marxistas» del derecho, y de muchos críticos de Marx:

«La vida material de los individuos, que en modo alguno depende de su simple «voluntad», su modo de producción y la forma de intercambio, que se condicionan mutuamente, constituyen la base real del Estado y se mantienen como tales en todas las fases en que siguen siendo necesarias la división del trabajo y la propiedad privada, con absoluta independencia de la voluntad de los individuos. Y estas relaciones reales, lejos de ser creadas por el poder del Estado, son, por el contrario, el poder creador de él. Los individuos que dominan bajo estas relaciones tienen, independientemente de que su poder deba constituirse como *Estado*, que dar necesariamente a su voluntad, condicionada por dichas determinadas relaciones, una expresión general como voluntad del Estado, como ley, expresión cuyo contenido está dado siempre por las relaciones de esta clase como con la mayor claridad demuestran el derecho privado y el derecho penal. Así como no depende de su voluntad idealista o de su capricho el que sus cuerpos sean pesados, no depende tampoco de ellos el que hagan valer su propia voluntad en forma de ley, colocándola al mismo tiempo por encima del capricho personal de cada uno de ellos (...). La expresión de esta voluntad condicionada por sus intereses comunes es la ley (...). Y lo mismo ocurre con las clases dominadas, de cuya voluntad no depende tampoco la existencia de la ley y del Estado. Por ejemplo, mientras las fuerzas productivas no se hallen todavía lo suficientemente desarrolladas para hacer supérflua la competencia y tengan, por tanto, que provocar constantemente ésta, las clases dominadas se propondrían lo

imposible si tuvieran la «voluntad» de abolir la competencia, y con ella el Estado y la ley» (41).

La consideración del derecho (de las normas jurídicas) como entidades  $M_3$  nos la encontramos también en «El Capital», lo que muestra que es algo consubstancial al marxismo. Concretamente en el libro I de esta obra, Marx explica que, en un determinado momento de desarrollo del capitalismo, la ley que limita la duración de la jornada de trabajo tiene un carácter necesario, es decir, se impone incluso contra los intereses y la espontaneidad de los propios capitalistas (42)

3. Uno de los puntos fundamentales de una ontología materialista de la norma consiste, precisamente, en reconocer un sentido de objetividad a la norma, pero sin caer por ello en una concepción metafísica. Es decir, el que una norma jurídica pueda contemplarse como una entidad  $M_3$  no tiene nada que ver con la postulación de un «ser permanente», de un «ser último y constitutivo de las norma», o cosas por el estilo. Frente a estas concepciones ontológicas (y más exactamente metafísicas) las críticas de los iusfilósofos analíticos resultan enteramente pertinentes, aunque, por otra parte, se hayan excedido en su rechazo a cualquier tipo de ontología.

La substancialización de la norma, del derecho, bien sea bajo la forma de una ley eterna, de un legislador universal o sencillamente a partir del reconocimiento de unas bases en sí mismas objetivas y permanentes es, según creo, lo que permite calificar de metafísica a una determinada concepción. Se trata, por lo tanto, de una caracterización que se mueve, fundamentalmente, en el plano de la ontología general: por eso los autores metafísicos propenden a admitir la existencia de una realidad última de las cosas (de las normas) ante la cual las diversas formas de lo real (las normas existentes) se convierten en simples apariencias o, en todo caso, a considerar que estas reciben su validez de aquella. En consecuencia, una concepción metafísica de la norma jurídica puede o no ser reduccionista en el nivel de la ontología especial (43).

Parece también necesario (antes de dar por concluido este trabajo) hacer alguna referencia sobre la pertinencia o no de una concepción del derecho de carácter normativista, es decir, de una concepción que considere a la norma como el componente fundamental del derecho. En mi opinión, resulta muy claro que la teoría del derecho ha alcanzado sus mayores desarrollos precisamente en su dirección normativista, pero lo cierto es que casi nunca han faltado críticos a esta concepción de los jurídicos, ni le faltan tampoco en el momento presente.

(41) Marx-Engels, *La ideología alemana*, Coedición Pueblos Unidos (Montevideo) y Grijalbo (Barcelona) 5ª ed., 1974, pp. 386 y 387.

(42) C. Marx, *El Capital*, libro I, cap. 8, parr. 5, 6 y 7, tomado de R. Guastini, *Alcune tappe del pensiero di Marx sullo Stato*, «Problemi del socialismo», n° 16/17, 1973. He aquí la exposición de Guastini: «La primera fase del capitalismo, el capitalismo naciente, está caracterizada por la producción de plusvalía absoluta mediante la prolongación de la jornada laboral. Este método de explotación lleva, sin embargo, al agotamiento y a la extinción precoz de la fuerza de trabajo, comportando altos costes para el capital: El capital es inducido, más bien, por su propio interés, a una jornada laboral normal. Es el Estado quien, encarnando este interés objetivo y general de toda la clase capitalista, incluso contra el interés y la espontaneidad del capitalista individual, interviene para regular la jornada laboral, mediante leyes coercitivas para la limitación del tiempo de trabajo. La limitación legal de la jornada laboral constituye un impulso enorme para el capital para pasar de la producción de plusvalía absoluta a la producción de plusvalía relativa» (obra citada, p. 493).

(39) C. Alchourron, y E. Bulygin, obra citada, p.24.

(40) C. Nino, obra citada, p. 85.

Un ejemplo reciente de esta actitud, y que se apoya en planteamientos estructuralistas nos lo ofrece Hernández Gil. En su opinión, existen tres concepciones fundamentales del derecho: la iusnaturalista, la histórica-sociológica y la normativista. La primera se basa en la postulación de un derecho natural que está antes y por encima de los derechos positivos (es decir, se trata de una concepción claramente metafísica) (44); la segunda consiste en la reducción del derecho a entidad  $M_1$  y en ocasiones también a  $M_2$  (45); y la tercera (que es la que aquí nos interesa especialmente) significa «en su manifestación más acabada» la reducción del derecho a lógica, a forma de la que se abstrae su contenido, es decir a  $M_3$  (46).

Como alternativa a estas tres concepciones e intentando establecer, al mismo tiempo, las correspondencias en el derecho de la *lengua* y el *habla* (en sentido estructuralista), Hernández Gil toma partido por una concepción que relega la norma a un segundo plano y erige en su lugar a la *relación* como elemento primigenio de lo jurídico. En su opinión, las normas «corresponden más bien a la zona del habla; son versiones de algo previo constituido por las relaciones jurídicas; en estas y no en las normas aparece el correlato de la lengua (...). Las normas son mensajes o discursos referidas al Derecho; consisten en un hablar del Derecho» (47).

Resulta claro que Hernández Gil intenta buscar la «especificidad del derecho» en el nivel  $M_3$  (este es el significado ontológico de la *langue*), pero al establecer una correspondencia de la *langue* con las *relaciones*, no resulta ya claro cual es el sentido que atribuye a las normas a las que quizás siga entendiendo (en parte) como entidades  $M_3$ , pero entidades cuya «objetividad» es menor que la de las relaciones jurídicas de las cuales «dependen». Por otra parte, y sin considerar otros

muchos problemas que plantea esta teoría (entre otros el de que se presenta como algo «sin desarrollar»), creo que la principal objeción con la que se tropieza es que resulta difícil pensar que puede determinarse una realidad (por ejemplo, una relación) como jurídica sin referencia a alguna norma. Hernández Gil pone como ejemplo de elementos *jurídicos* que preceden a las normas: la «voluntad», el «consentimiento» o «el consentimiento de comprar y vender», pero me parece que estos (y otros) elementos sólo tienen sentido jurídico por su conexión con alguna(s) norma(s). Son las normas las que dan sentido jurídico a estas entidades (lo que las convierte en «objetos» jurídicos), más bien que al contrario.

En mi opinión, una concepción, según la cual el derecho consiste fundamentalmente, pero no exclusivamente, en normas, una concepción que tiende a contemplar en el derecho no a las normas aisladas, sino a conjuntos coordinados de normas, y que pretende dar cuenta de la variedad de normas existentes en los ordenamientos jurídicos modernos, así como la diversidad de funciones que, por lo tanto, pueden cumplir tales normas, puede muy bien seguir llamándose *normativista* sin necesidad de ser reduccionista (en el plano de la ontología especial) ni metafísica (en el plano de la ontología general).

En efecto, en el plano de la ontología especial, la norma jurídica puede contemplarse como una entidad externa, como una entidad  $M_1$ , no sólo en cuanto que una norma exige ser expresada (exteriorizada) en algún lenguaje, sino también en cuanto que la «vocación» de las normas es la de traducirse en conductas (de los ciudadanos o de una clase específica de estos: los jueces). Igualmente, resulta evidente que las normas jurídicas tienen, generalmente, su origen en un acto psicológico, volitivo de uno o varios individuos y provocan determinados sentimientos de aprobación, desaprobación, etc. (son, en definitiva, entidades  $M_2$ ). Pero las normas jurídicas también son, y en diversos sentidos, entidades objetivas, entidades que, de un modo u otro están por encima de lo que puedan pensar o querer sus emisores o sus destinatarios, y que tampoco pueden reducirse a objetos  $M_1$  (es decir, son entidades  $M_3$ ): Resulta claro, por ejemplo, que la forma lógica de una norma (el que pueda representarse como una correlación entre un caso y una solución) no dependen de la voluntad ni de los deseos de nadie; e incluso tienen carácter necesario (son independientes de las intenciones de los hombres) determinados contenidos normativos, si bien (es preciso insistir en ello) no se trata de una necesidad en abstracto, de una necesidad atemporal y aespacial, sino de una necesidad en relación con determinadas estructuras, con determinados modos de producción, etc.

Y finalmente, en el plano de la ontología general, se puede también ser normativista, y reconocer — como queda dicho — una dimensión de objetividad en las normas; sin necesidad de substancializar las normas existentes, de postular su continuidad o su aceptación incondicionada. Precisamente, podemos decir que el plano de la ontología especial no agota la realidad de las normas, porque las normas podrían ser otras y diferentes de como son y porque, en definitiva, las normas podrían (sin duda en un mundo muy diferente del que nosotros conocemos) dejar de existir.

(43) Como ejemplo de concepción que admite (más bien confusamente) estos tres niveles ontológicos, pero desde planteamientos claramente metafísicos, puede citarse la de López Caela, en *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Editora Nacional, Madrid, 1969.

El sentido político y filosófico conservador de esta concepción no ofrece dudas... la obediencia al ser implica conocimiento de la naturaleza de las cosas, pero no bajo el prisma elemental e insuficiente del conocimiento científico o empírico, sino bajo la perspectiva de una metafísica trascendental y realista (...). Cuando se constata (...) la injusticia, la inquietud y los males de la humanidad, se puede descubrir y concluir que el fallo de esta crisis no está sino en la ausencia de este sentido realista-ontológico en la estructuración de las normas, que se hacen simplemente como un producto de unas técnicas sociales (...). Esta desconexión con el ser mismo, con la naturaleza trascendente, es ya el presupuesto más dramático de la actual crisis del derecho (...). La cuestión de la obediencia al ser e implícitamente el problema del conocimiento metafísico, del ser no aparential de las cosas, es tema que preocupa en el ámbito doctrinal. Porque, en definitiva, cada vez es más amplia la conciencia de que el mundo jurídico necesita unas bases objetivas y permanentes sobre las que estructurarse (...). Cuando la naturaleza de las cosas no se respeta, el mismo orden social aparece inseguro y la opinión pública o los brotes revolucionarios se presentan en seguida y con facilidades» (*obra citada*, pp. 135, 136 y 137).

(44) No comparto la afirmación de Hernández Gil de que esta concepción «en términos amplios puede llamarse filosófica», que supone (partiendo de un cierto cientificismo) la identificación de metafísica y filosofía (A. Hernández Gil, *Problema epistemológico de la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1976, p. 135).

(45) Tampoco me parece acertado incluir aquí, sin ninguna puntualización, la concepción del materialismo histórico y del neomarxismo.

(46) Estas tres concepciones se corresponden, aproximadamente, con las grandes tendencias (ideológicas) de la cultura jurídica, analizadas por Elías Díaz en *Legalidad-Legitimidad en el socialismo democrático* (cap. VII), Civitas, Madrid, 1977. Según E. Díaz, podrían reducirse a las siguientes: el iusnaturalismo, que consiste en la sustitución ilegítima de lo histórico por lo natural; el historicismo y el sociologismo que consisten, respectivamente, en tomar la apariencia por la realidad y lo particular por lo general; y el formalismo que consiste en tomar el concepto por la cosa, por la realidad.

(47) A. Hernández Gil, *obra citada*, pp. 150 y 152.