

## ACERCA DE LAS FRONTERAS ENTRE EL MÉTODO JURÍDICO Y EL SOCIOLÓGICO \*

Hans Kelsen

### I

Cuando me permito dirigir su atención a las fronteras entre el método jurídico y el sociológico estoy plenamente consciente de las dificultades e incluso de los inconvenientes que pueden surgir en un cometido de esta índole. Llevar a cabo investigaciones metodológicas como fin en sí mismo, es decir, enfocar especulaciones lógico-formales meramente en el "cómo" del pensamiento científico sin contemplar el "qué", el contenido concreto, puede ser de valor problemático. De todas maneras tales análisis no son muy apreciados ni en el ámbito jurídico ni en el sociológico, y no son, por lo tanto, demasiado frecuentes. Y si el método le es a la ciencia algo así como la técnica al arte, entonces se justificará —y no sin razón— a cualquier investigador especializado que no se preocupe demasiado por la metodología de su disciplina, aduciendo la observación de que tampoco los artistas que ignoren su técnica son los peores. Quizás se puedan obtener resultados realmente correctos, guiándose por un instinto, sin recordar una y otra vez el camino que ha de llevar, él solo y únicamente, a destino; quizás ni siquiera se trate de un sendero único o predeterminado que condiciona la obtención de determinados conocimientos científicos; tal vez la relación entre la meta y el camino que conduce hacia ella sea justa-

\* El presente trabajo constituye la reproducción ampliada de una conferencia que pronuncié en el invierno de 1911 en la *Soziologische Gesellschaft* en Viena. En gran parte está constituido por extracciones de mi libro *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübinga, J. C. B. Mohr (Paul Siebek), 1911. Tómese esta obra —que trata el problema metodológico propuesto en forma detallada— por referencia para completar aquellas partes en las que el discurso, cuyo estilo fue mantenido aquí en principio, solamente pudo esquematizar los razonamientos, debiendo prescindir de la exposición amplia de las vinculaciones complejivas. Esta aclaración vale también especialmente para las indicaciones bibliográficas, con respecto de cuyo pesado aparato no existía ninguna motivación para que fuera incorporado al texto.

mente la inversa: no es el camino el que lleva hacia la meta, sino la meta la que se abre un camino no determinado. O bien puede ser válida aquí la profunda expresión de Hamerling, que resuena en los oídos de la psique quien busca a su Eros perdido preguntando a diestra y siniestra: ¡lo que te lleva hacia Dios no es el camino, es el caminar!<sup>1</sup>

Tanto sé que me encuentro lejos de sobrevalorar la problemática del método en general, como estoy seguro de que ella reviste —en una determinada dirección— la mayor importancia. Me estoy refiriendo a las zonas linderas de aquellas disciplinas que se encuentran en contacto en relación con su sujeto, pero que están separadas en razón de las diferencias en sus modos de abordarlo. En esta región casi no se podrá prescindir de la brújula confiable que constituye un método científico, sin correr el riesgo de abandonar por descuido el ámbito de la propia disciplina e incursionar en el de otra; es decir, tratar de contestar una pregunta con los instrumentos habituales de la ciencia cuyo sostén se ha perdido, pregunta que ya se ha formulado —conforme a la dirección modificada— sin saberlo, en el sentido de una disciplina totalmente diferente, la que a su vez trabaja con sus medios específicos. Es obvio que no pueden corresponderse mutuamente la pregunta y la respuesta, que este sincretismo de los métodos, en relación al cual todavía brindaré algunos ejemplos, no puede conducir a resultados científicamente sostenibles.

En forma muy especial dentro del amplio círculo de las ciencias sociales, existen regiones en las que dos disciplinas se topan, se entrecruzan, sin que haya límites —comparativamente hablando— "naturales", es decir, dados en el objeto mismo, que separen una región de otra. Sólo las barreras "artificiales" que frecuentemente pueden ser percibidas únicamente merced a complicadas investigaciones metodológicas, pueden precaver aquí de extravíos.

Hoy he elegido una región fronteriza de este tipo como objeto de mi conferencia; ella se encuentra entre la ciencia del derecho y la sociología.

Al hacerlo, debí efectuar una restricción de mi tema en varias direcciones. Ante todo, no quiero analizar de ninguna manera todos los límites existentes entre el método jurídico y el sociológico. Deberá elegirse solamente una frontera, si bien —según mi opinión— es una frontera muy importante.

<sup>1</sup> Amor y Psique, canto IV.

Luego, había que tener en cuenta que las investigaciones metodológicas no son apropiadas de ninguna manera, debido a su naturaleza sumamente abstracta, justamente para una conferencia. Debería poseerse una capacidad de representación totalmente fuera de lo común. una imaginación ubérrima en imágenes vivientes y en comparaciones plásticas, para evitar el peligro de agotar antes a los oyentes que el tema. Pienso, por lo tanto, que lo apropiado será desarrollar las cuestiones metodológicas que habremos de analizar, sobre la base de un caso concreto, que me parece ser especialmente idóneo para una ejemplificación. He elegido a tal efecto la *cuestión de la voluntad*. El concepto de voluntad desempeña una función en la construcción jurídica que no es menor que la que posee en la sociología, y aquí, en la psicología social. Es solamente este campo de la sociología el que mantengo entre ojos cuando trazo la línea divisoria con respecto a la jurisprudencia. En especial me refiero a la *voluntad general*, la que es importante en el derecho social, sobre todo en el derecho estatal y que conforma simultáneamente el objeto de las investigaciones sociológicas, es decir, psicosociales. Pero también la voluntad individual constituye un importante elemento constructivo de la jurisprudencia vigente. Asimismo la psicología social, en cuanto debe captar las relaciones espirituales de los diferentes hombres vinculados socialmente, no puede dejar de referirse a esta voluntad individual, o sea, convertirse en psicología individual. Así es que la frontera que estoy buscando habrá de servir también respecto de la psicología individual.

Ruego que aun se me permita destacar en relación con esto, que iniciaré la anunciada *actio finium regundorum* desde el lado *jurídico*. Fundamentalmente me importa liberar la *construcción conceptual jurídica* de determinados elementos que son de carácter sociológico y que fueron introducidos únicamente debido a un planteo erróneo del problema. Es por ello que mis resultados querrán ser positivos únicamente para la jurisprudencia. Espero obtener un rédito para la sociología en la medida en que quedará evidenciado el origen específicamente jurídico de determinados conceptos con los que opera la sociología y que pueden llegar a ser aquí una fuente muy peligrosa de error, justamente debido a su estructura, la que descansa sobre un cuadro completamente distinto de análisis.

La contraposición entre sociología y jurisprudencia, que da lugar a las consideraciones siguientes, es la existente entre ser y debe ser. Tal como puedo afirmar acerca de algo que es, puedo decir también que debe ser, y he manifestado en ambos casos algo completamente

distinto. Ser y debe ser son determinaciones generales del pensar mediante las cuales podemos percibir todos los objetos. Simmel<sup>2</sup> comenta acertadamente: "El debe ser es una categoría, que al sumarse al significado objetivo de la representación, le asigna una función determinada para la praxis, tal como ésta obtiene una función tal para la representación concomitante del ser, del no ser, del ser deseado, etcétera". Tal como el ser, el debe ser es una categoría originaria y, de la misma manera como no puede describirse qué es el ser o el pensar, tampoco hay una definición del debe ser.<sup>3</sup> "El debe ser es un modo del pensar como lo es el futuro y el pretérito o como el subjuntivo y el optativo".<sup>4</sup> La diversidad esencial de ambas concepciones hace aparecer al ser y al deber ser como dos mundos separados. "Del hecho de que esto es, se sigue seguramente, que aquello *fue* o que *habrá de ser*, pero nunca jamás que otra cosa *deberá ser*. Algo puede tener carácter de *deber ser* y sin embargo antes no haber sido, ni ser ahora, ni en el futuro".<sup>5</sup> El deber ser, si bien va hacia un ser (su meta es un ser, algo *debe ser*), sin embargo el debe ser es algo diferente que el ser.

No puede perjudicarse tampoco la independendencia recíproca del debe ser con respecto al ser por el hecho de producirse desde un punto de vista especial, que más adelante caracterizaremos con mayor detalle, determinadas interrelaciones entre ser y debe ser. La oposición de ser y debe ser es lógico-formal y mientras que uno se mantenga dentro del límite de las consideraciones lógico-formales, no habrá camino que conduzca del uno al otro; los dos mundos se encuentran separados por un abismo insalvable. La pregunta por un por qué de un debe ser concreto, puede llevar en la lógica solamente hacia un debe ser, tal como la pregunta por el por qué de un ser obtiene siempre únicamente una respuesta del ser. También aquí puede señalarse la correcta representación que dio Simmel del planteo:

El ser en general no puede ser demostrado, solamente puede ser experimentado y sentido y por ello no puede ser deducido a partir de meros conceptos, sino sólo a partir de tales en los que el ser ya fue incorporado en alguna parte. El deber ser se comporta en forma similar. Que debamos algo siempre puede ser demostrado única-

<sup>2</sup> *Einleitung in die Morawissenschaft (Introducción a la ciencia de la moral)*, Berlín, 1892, p. 8.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>5</sup> Kitz, *Sein und Sollen (Ser y debe ser)*, 1869, p. 74.

mente, si es que ha de ser demostrado lógicamente, por atribución a otro deber ser *presupuesto* como seguro; considerado en sí, se trata de un hecho primigenio que podemos cuestionar quizás en forma *psicológica*, pero ya no en *forma lógica*.<sup>6</sup>

Y de igual manera la supresión de un deber ser puede ser justificada a su vez solamente por un deber ser.

No es una consideración de tipo lógico-formal sino una consideración psicológico-histórico-materialista la que muestra que en forma regular o por lo menos con suma frecuencia, el *contenido* de un deber ser es también el *contenido* de un ser específico; que vale por un deber ser lo que en forma determinada sucede o sucedió efectivamente. Lo que se denomina la "fuerza normativa de lo fáctico",<sup>7</sup> es justamente aquel hecho psicológico-histórico, por el cual al individuo se le aparece como deber, lo que por regla general y desde hace tiempo fue observado por todos o por la mayoría. Y se presenta un hecho analógico cuando un deber concreto se ha borrado de la conciencia de los hombres, cuando un comportamiento determinado ha perdido en la imaginación de los sujetos el carácter de lo debido, cuando no es ejercitado continuamente y por la mayoría. Tal como un ser calificado se vuelve contenido de un deber ser, tal como se forma *psicológicamente* un deber ser por medio de un ser calificado, así se pierde el contenido de un deber ser por un No-Ser calificado, así se destruye psicológicamente un deber ser por un No-Ser calificado. Con todo, siempre se debe ser consciente de que este tipo de análisis, en la medida en que deriva el deber ser del ser, ya no toma el deber ser como lo opuesto al ser en ese sentido lógico-formal. El deber ser se manifiesta aquí, desde el comienzo, efectivamente más bien como *un caso especial del ser*. Pues, ¿a qué cosas da una respuesta este conocimiento de la fuerza normativa de lo fáctico? ¿Qué es lo que se puede *explicar* con él? Procesos fácticos, ya sean de tipo externo o de tipo interno. Se explica por qué se dirigen determinados preceptos a los individuos, aquel proceso fáctico, aquellos actos psíquicos especiales de la voluntad en los que se dirigen determinados órdenes (normas) a los otros; y además: los actos de la voluntad psíquico-reales de aquellos que se someten a estos preceptos, que los toman por hilo conductor de su propio accionar; y finalmente: estas acciones con-

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>7</sup> Jellineck, *Allgemeine Staatslehre (Teoría general del Estado)*, 2a. ed., 1905, pp. 329 y ss.

formés a las normas mismas. Todo este querer y hacer no es sin embargo un deber —en sentido lógico-formal— sino un ser, un acontecer efectivo psicológico o corporal, es el contenido de un deber ser, pero no el deber ser propiamente dicho, que solamente es una forma. Tal como se trata de derivar histórico-psicológicamente el deber ser, de acuerdo a su contenido del ser, así se intenta explicar el ser a partir de un deber ser cuando se hace basar el mundo sobre el mandamiento de constitución de un creador supraterrrenal. Es la misma necesidad psicológica de delimitación que hace comenzar aquí la cadena lógica infinita del ser con un deber ser y que finaliza allí la cadena lógica igualmente infinita del deber ser con un ser. Es muy significativo el hecho de que la pregunta por el comienzo y el fin, por la creación y destrucción del deber ser, pueda ser respondida solamente en tanto se pueda pasar del mundo del deber ser al del ser; que al formular la misma pregunta en relación con el ser se penetre en el mundo del deber ser. Se muestra aquí claramente que la pregunta por la creación y destrucción del ser cae igualmente fuera de la contemplación del ser y de su método gnoseológico explicativo (causal) específico, tal como la pregunta por la creación y la destrucción del deber ser ya no está ubicada en el plano de observación dirigido sólo al deber ser ni dentro del método gnoseológico normativo.

Si se toma el deber ser en un sentido estrictamente lógico, como forma en contraposición total al ser, entonces no debe identificarse con ninguno de sus contenidos, no se deberá dar ningún ser, de cualquier tipo que fuere, por un deber ser. No se deberá hacer valer, sobre todo, el de deber ser por un querer, o sea, hacer valer un proceso psíquico-real, lo que, por cierto, sucede a menudo. El querer forma parte del ser, es un acontecimiento psíquico y por ello algo diferente en esencia del deber ser. El querer no puede ser un deber como tampoco lo es el actuar. Porque el querer puede constituir el contenido de un deber ser, como el actuar, pero nunca puede ser el deber ser mismo. Tal como deber actuar, puedo deber querer. Puedo querer algo sin deberlo. Puedo deber algo sin quererlo. En esto se me puede volver consciente perfectamente la contradicción entre mi querer y mi deber. La conciencia de deber ser debe separarse, por principio, del querer. Y eso aun cuando quiero lo que debo; tanto más, cuando quiero a pesar consciente de que lo contrario es lo debido. Finalmente: puedo *querer* lo debido, pero no puedo *deber* lo debido, lo que resulta ser en lo lógico tan sin sentido como: *querer* querer.

La oposición entre ser y deber ser es decisiva para la distinción de principios de todas las ciencias de las que ya me he valido en lo que precede transitoriamente. Sobre la oposición entre ser y deber ser se basa la división entre disciplinas *explicativas y normativas*, entre ciencias causales y normativas. Puesto que mientras unas disciplinas se dirigen a lo dado efectivamente, al universo del ser, a la *realidad*, las otras lo hacen hacia el universo del deber ser, a la *idealidad*. Mientras que las primeras, las ciencias causales explicativas, tienen como tarea mostrar el comportamiento real de las cosas en su relación causal necesaria por naturaleza, es decir desean dar una *explicación* del acontecer real, el fin de las últimas, las así llamadas ciencias normativas o disciplinas normativas, es el acontecer —no lo que realmente acontece sino lo que *debe* acontecer; construyen reglas que prescriben un comportamiento, que exigen un ser o no-ser, es decir, que fijan un deber ser. Mientras que las disciplinas explicativas o ciencias causales están empeñadas en lograr Leyes de la Naturaleza, según las cuales los procedimientos de la vida real realmente acaecen y *deben* acontecer por la ley natural sin excepción, constituyen meta y objeto de las disciplinas normativas, que de ninguna manera desean *explicar* ningún hecho real, meramente las normas, según las cuales *debe* acontecer algo (hipotéticamente) pero que de ninguna manera debe acontecer (necesariamente), es más, que quizás efectivamente no acontezca.<sup>8</sup>

Forman parte de las ciencias causales o explicativas sobre todo las ciencias naturales, y también las ciencias históricas; entre las disciplinas normativas se cuenta con la ética, la lógica, la gramática.

Creo que prácticamente no encontraré oposición si considero ahora a la sociología, como ciencia natural de la sociedad humana, empeñada en hallar las leyes naturales de la convivencia social, que se esfuerza en explicar el hecho social tal como acontece efectivamente en la realidad; si llamo a esta sociología ciencia causal explicativa. No ocurre lo mismo si califico a la jurisprudencia como disciplina normativa<sup>9</sup> porque puede escurrirse con facilidad una mala interpretación, que quisiera prevenir inmediatamente. Es que podría pensarse que de esta manera le habría asignado a la jurisprudencia como tal una función normativa, normadora, independiente de la función de la ley positiva; y con toda razón debería negársele entonces a la jurisprudencia un carácter normativo en este sentido. Pero esto no es así.

<sup>8</sup> Cf. Wundt, *Ethik*, 3a. ed., Stuttgart 1903, pp. 1 y ss.

<sup>9</sup> Cf., al respecto mis *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Problemas fundamentales de la teoría del derecho y del Estado)*, pp. 6 y ss.

Es cierto que como "normativa" debe valer —en el sentido primitivo de la palabra —la actividad que dicta normas para el comportamiento de un sujeto en forma *autoritaria*; normativa en este sentido originario es meramente la imposición de preceptos y prohibiciones obligatorios por parte de un poder fáctico gobernante. Como se trata en este caso de una función de la *voluntad*, no de una función del pensar, nunca una ciencia en este sentido originario de la palabra puede ser denominada normativa. El legislador moral no es la disciplina teórica denominada "ética" sino la conciencia humana o la voluntad divina o alguna otra autoridad pensada como dotada de voluntad. No es la ciencia de la gramática el poder que imparte las órdenes lingüísticas sino la comunidad social que modula el uso lingüístico. Y así es que tampoco la jurisprudencia es normativa en el sentido de una potencia legisladora. En éste, como en otros casos en los que se habla de disciplinas normativas, el término en cuestión debe ser usado más bien en un significado derivado. Debe caracterizar no una forma especial del querer, sino una forma especial del *pensar*, una forma particular de consideración, que se diferencia de la de otras ciencias por su dirección específica, y que puede ser llamada normativa porque está orientada hacia el mundo del deber ser por ser su meta la captación de normas. Si en especial la jurisprudencia es agrupada junto a las disciplinas normativas, deberá comentarse al respecto, además, que la jurisprudencia, a la que no le compete de ninguna manera explicar cualquier hecho real en forma causal, puede extraer el contenido de las normas o del deber, al cual se dirige su atención, no como lo hacen los teóricos del derecho natural, a partir de la naturaleza de la cosa o de la razón innata, sino sólo exclusivamente a partir de las leyes positivas.

Naturalmente, al hablar de jurisprudencia como de una disciplina normativa no tengo presentes todas las ciencias, que difieren metodológicamente mucho entre ellas, que se conocen por el nombre colectivo de jurisprudencia. La historia del derecho, como disciplina histórica, evidentemente está excluida de esta denominación y debe ser sumada a las disciplinas explicativas. Por jurisprudencia propiamente dicha entiendo aquí solamente la jurisprudencia dogmática, e incluso acudo a ella sólo en la medida en que trata de establecer los principios jurídicos que constituyen dogma jurídico en general.

La frontera importante entre el método jurídico y el sociológico, que resulta de la diversidad de las formas de ser consideradas ambas ciencias, en la medida en que una se dirige a un ser determinado, a saber,

al hecho social, y la otra a un deber ser determinado, a saber, el legal, esta frontera es la que los juristas se sienten tentados a cruzar cuando, más allá del reconocimiento de un deber, más allá de las normas legales, aspiran a dar una *explicación* del hecho efectivo que ha de ser reglamentado por esta norma jurídica. Así como es tan psicológicamente comprensible una tendencia que procura alcanzar la realidad, tendencia en la que por cierto se manifiesta solamente la disposición común del espíritu humano, que se dirige con mayor facilidad y gusto a la realidad que a la idealidad, así como es tan decididamente justificada y necesaria una explicación de los procesos interhumanos reales, así también es tan impropio intentar esta explicación con medios que por su naturaleza no pueden brindarla por estar diseñados como instrumentos de una consideración específicamente normativa, lo cual significa que ellos no están dirigidos hacia una explicación del hecho real sino a la captación de un deber ser.

## II

Un ejemplo de esta amalgama ilícita entre el punto de vista normativo y el explicativo, de este sincretismo equivocado de los métodos, lo brinda el derecho natural. Con el encuadre y la técnica de una disciplina fundamentalmente jurídica se intenta resolver aquí problemas que trata actualmente la sociología, y puede catalogarse francamente como características del derecho natural el que una pregunta formulada en forma sociológica sea respondida con una construcción jurídica. Es así como el problema de la constitución del Estado es solucionado en todas las doctrinas de derecho natural por medio de un *concepto legal*. La pregunta de cómo se formó el Estado, dirigida a los procesos sociológicos reales, se contesta habitualmente con: mediante un acuerdo.

Ahora bien: en los últimos tiempos se ha hecho el intento de defender a uno u otro maestro del derecho natural, de haber mezclado la explicación causal del Estado con su justificación normativa. Y en el caso de Hobbes esta gestión puede haber tenido éxito en cierto modo, a saber, en la medida en que el autor supone, al explicar un método específico analítico-racional, la existencia de un estado racional —la *civitas institutiva*— fuera de los Estados naturales nacidos históricamente a partir de situaciones de poder y sustentadas por ellas; y es este Estado modelo teórico el que explica, no históricamente, sino, de alguna manera, de acuerdo con la idea de un acuerdo funcional de Estado. Debe quedar en tela de juicio si Hobbes —como lo plantea

especialmente Georg Jellinek—<sup>10</sup> efectivamente tiene conciencia de la aguda separación entre puntos de vista explicativos y normativos, entre explicación y justificación del Estado. Con seguridad puede afirmarse que la mayoría de los maestros de derecho natural restantes, Locke por ejemplo, no tenían idea de la distinción entre estos dos métodos y de estos planteos, y que interpretaron el acuerdo de ninguna manera sólo como construcción normativa a los efectos de la justificación, sino efectivamente como explicación histórica de los Estados existentes. Por ello la mayoría de los autores hace pasar al acuerdo fundacional del Estado por un hecho histórico que ha ocurrido a comienzos de cada Estado.

Como una manifestación de este tipo carece totalmente de base empírica, es más, como por varios motivos es probable lo contrario, la teoría del acuerdo constituye una *ficción*. Es decir: es la afirmación de un proceso real, de una realidad, en contradicción consciente con la realidad. Y esta ficción, esta mentira piadosa científica está radicada pues en el sincretismo inadmisibles de los métodos, en la amalgama inaceptable del punto de vista normativo con el punto de vista explicativo.

La jurisprudencia positivista moderna tiene en la superación del derecho natural su mayor mérito. Con todo, no pudo zafarse del error de los juristas del derecho natural que recién expusimos. También la construcción jurídica moderna muestra los razonamientos específicos y los errores del derecho natural, sólo encubiertos por una terminología modificada. Uno de los problemas más trabajados del derecho general es la cuestión de la causa de validez del derecho positivo o del motivo que explique la fuerza obligatoria del orden legal. Queda abierta la pregunta si un plano de este tipo todavía cae en el ámbito de una teoría jurídica o si no es quizás un planteo de naturaleza metajurídica, quizás un problema de la ética. Son los juristas quienes se sienten compelidos efectivamente a darle una solución al problema. Sin embargo, lo que es seguro, es que el planteo del problema solamente puede ser normativo, es decir, que lo que se cuestiona aquí es únicamente: ¿por qué deben ser obedecidas las normas legales? Y no por ejemplo, ¿por qué se las respeta efectivamente o no? La *validez*, cuyo fundamento es el buscado, es una validez del deber ser, no del ser. Porque una validez de ser, es decir la pregunta de por qué ciertas normas de convivencia social se respetan efectivamente, la pregunta por los motivos psíquicos de un comportamiento social es sólo y ex-

<sup>10</sup> *Teoría general del Estado*, 2a. ed., p. 200.

clusivamente objeto de la sociología, de la psicología social, y puede ser contestada únicamente con los medios específicos de las disciplinas explicativas.

¿Qué respuesta dan entonces los juristas a la pregunta que ellos plantean acerca de la causa de validez del derecho positivo? Con una unanimidad que raramente es dable observar entre los juristas, el problema planteado se resuelve mediante una fórmula denominada *teoría del reconocimiento*. Ella indica que las normas legales valen debido a que, y solamente en tanto lo son, *reconocidas* por aquellos a quienes están dirigidas. Creo no extralimitarme si afirmo que esta *teoría del reconocimiento*<sup>11</sup> de nuestra moderna teoría del derecho positivo es casi idéntica a la ridiculizada teoría del derecho natural; que contiene en especial el mismo error metódico y que por lo tanto ella conduce también necesariamente a la misma vituperable ficción. Si uno tiene presente que el orden legal, por cuya causa de validez se está preguntando, es la voluntad o la autoridad del Estado entonces la concordancia de ambas teorías será un hecho, excluyendo la circunstancia necesaria de que en la teoría del pacto del derecho natural el planteo de la pregunta se lleva al cabo desde un punto de vista explicativo, mientras que la respuesta es dada desde un sentido normativo; mientras que la moderna teoría del reconocimiento le ofrece a una pregunta normativa, o sea, dirigida a obtener una legitimación, solamente una respuesta que brinda una explicación del hecho real, es decir, una respuesta explicativa. Porque ¿qué puede significar el reconocimiento del orden legal por parte de los sujetos de derecho? Evidentemente algún acto psíquico-real del querer o del razonar por el cual queda expresada la aprobación de la norma por parte de los hombres que se someten a ella. Una afirmación del orden legal. Pero ¿qué es lo que se gana con este acto psíquico-real del reconocimiento? Evidentemente sólo una explicación de la validez de ser de las normas, es decir, una explicación de por qué los hombres respetan en realidad las normas. ¿Cuándo y por cuáles circunstancias acaece este acto del reconocimiento en realidad? ¿Es reconocible en todos los sujetos de derecho, o sólo en la mayoría, sin o con diferencias de edad, sexo, uso de la razón, etcétera.

Al respecto los representantes de la teoría del reconocimiento dan las más extrañas respuestas. Pues un acto de reconocimiento de este tipo no puede ser comprobado en el hombre, naturalmente, como

<sup>11</sup> Cf., más detalles al respecto en mis *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pp. 47 y ss y 346 y ss.

tampoco puede serlo el pacto que fundamenta al Estado; los hombres nacen en un orden legal como en un Estado, y las normas legales objetivas, absolutamente heterónomas, "valen" para ellos sin tomar en cuenta su consentimiento. Que la afirmación de cualquier proceso de reconocimiento por parte de los sujetos de derecho es una ficción queda evidenciado por la manera en que se lleva al cabo con mayor detenimiento a la *teoría del reconocimiento*. Se toma al reconocimiento no como acto individual sino como un *comportamiento habitual en relación con una norma*; se habla de un reconocimiento inconsciente e indeseable de un reconocimiento indirecto y obligado incluso de aquellos que manifiestan en forma clara su oposición legal mediante un comportamiento ilegal. Se adjudica el reconocimiento ora a una mayoría absoluta de los consortes jurídicos, ora solamente a un *pater familias*, resucitado del derecho romano por un automoderno y de ninguna manera insignificante a los fines de la teoría del reconocimiento.<sup>12</sup> Al hacerlo uno se olvida, empero, que un acto o un estado psíquico real de este tipo, del cual no queda mucho, ciertamente, si fue realizado en forma inconsciente o involuntariamente, solamente podría ser detectado en el quehacer empírico propio de la investigación socio-psicológica. Pero entre los juristas constructivistas no hay ni rastros de ella. No les cabe por lo tanto ningún derecho de afirmar un reconocimiento, el que, a propósito, es tan poco probable como el acuerdo del derecho natural. También aquí estamos en presencia de la afirmación de un proceso real en oposición consciente con la realidad: es decir, una ficción. Como la pregunta por la causa de un deber o ser de una norma puede llevar únicamente a un deber ser o a una norma colocada por sobre la primera, el reconocimiento, que significa un ser fáctico, no puede dar una respuesta a la pregunta por la causa de validez de la norma legal. Al menos en la teoría del reconocimiento ha de expresar el pensamiento de la autonomía moral, al ubicar la validez de la norma legal en la autoridad del sujeto que reconoce y cuando la teoría del reconocimiento significa tanto como: que las normas legales deben ser respetadas en la medida en que son reconocidas por el individuo, o sea, que las normas autónomas impuestas por el individuo mismo. Esto significaría sin embargo la negación total de un orden legal autónomo, de su subordinación a la

<sup>12</sup> Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I (Acerca de la crítica de los conceptos jurídicos fundamentales I)*, p. 136. Debe verse en Bierling al exponente más prominente de la teoría del reconocimiento. Cf., también su *Juristische Prinzipienlehre I (Doctrina de los principios jurídicos I)*.

moral autónoma, el abandono total del punto de vista positivista que se caracteriza sobre todo por la adopción de normas legales independientes de las normas morales. Con ello uno entraría en la contradicción más violenta con respecto a la naturaleza heterónoma del derecho y estaría parado con ambos pies en la interpretación del derecho natural, cuya interconexión del derecho y moral se considera superada hoy en día. En la teoría del pacto existe, por cierto, la misma tendencia autonómica que en la teoría del reconocimiento en el sentido expuesto arriba, en la medida en que se toma como justificación del Estado. La autoridad, en realidad heterónoma, del Estado es emplazada por medio de una ficción en el individuo pactante, y se convierte a la subyugación por un poder estatal en una *auto*-subordinación voluntaria, en un auto-compromiso autónomo del individuo. En la medida en que el reconocimiento tiene como significado un acto afirmativo de la voluntad del sujeto legal, que debe coincidir con la voluntad del Estado expresada en la norma legal, están dadas además en la *teoría del reconocimiento* todos los elementos esenciales que son necesarios jurídicamente para un pacto.

### III

Consecuencias mucho más significativas para la construcción jurídica que las de los casos expuestos hasta ahora, son las que tuvo la deficiente diferenciación entre los puntos de vista explicativo y normativo, aplicada allí donde se ha visto obligada a operar con el concepto de voluntad. Quien tiene un panorama aunque sea limitado acerca de la teoría del derecho público y del privado, sabe qué función multifacética cumple este concepto en todas las partes de la doctrina jurídica, concepto que por ello ha sido durante años objeto de investigaciones exhaustivas, tanto en el marco de investigaciones del derecho privado, como en las del derecho público o en las del derecho penal. Esto, sin embargo, de ninguna manera es algo natural, en la medida en que se trata aquí de un problema que, a primera vista, no pertenece al ámbito de la jurisprudencia. La voluntad es un hecho de la vida espiritual, y su investigación le corresponde a los psicólogos. El jurista debería conformarse con los resultados que le brinda la psicología en la medida en que debe operar con este concepto de la voluntad. Ahora bien, si casi todos los juristas que abordaron el problema de la voluntad en el derecho, no pudieron renunciar sin embargo a una investigación independiente del fenómeno de la voluntad, arribando además casi siempre a resultados que se desvían ex-

trañamente de los obtenidos por los psicólogos, entonces esta clara extralimitación de competencias debe tener un motivo especial. Y éste radica simplemente en que la jurisprudencia no supo aprovechar los resultados obtenidos por la psicología porque el concepto de la voluntad, tal como lo fija la psicología, resulta inservible para los fines específicos de la jurisprudencia. Ya este solo hecho hubiera podido conducir hacia la duda de si los juristas y los psicólogos realmente tienen puesta la mira en el mismo objeto cuando hablan de "voluntad". Y es esta duda la que quiero convertir en certeza, mostrando brevemente de qué modo se vale la jurisprudencia del término "voluntad".

Es aquí, donde se buscan los límites de la psicología social, que el derecho social es el que en primer lugar acapara nuestra atención.

La piedra fundamental y angular de toda construcción jurídico-estatal es —para decirlo con las palabras del gran maestro del derecho público Jellinek— la personificación del Estado como sujeto con derechos y deberes. Sin embargo, el fundamento de esta personalidad del Estado, el sustrato unificador, es el que la moderna doctrina del derecho reconoce en la voluntad unitaria del Estado. La existencia de una voluntad estatal unitaria de este tipo es supuesta por ambas líneas en las que se desdobra la teoría estatal más moderna. Pues, ¿qué es esta voluntad unitaria del Estado? La teoría estatal orgánica —y la tomamos en cuenta aquí solamente por haber sido la que desarrolló en la forma más pura y extrema la metodología de construcción que habremos de criticar—<sup>13</sup> responde a esta pregunta declarando a la voluntad del Estado —en conexión con los resultados de la psicología social— voluntad general en el sentido psico-social, hecho *real*, realmente psicológico, resultado de la vida en sociedad de los hombres en la organización del Estado.

Ahora bien; la moderna psicología social opera efectivamente con el concepto de una voluntad general tanto como el de una conciencia colectiva. Que por una tal voluntad colectiva deba entenderse no una sustancia metafísica, distinta de la voluntad individual, y en relación con ésta independiente, sino algo que no se diferencia de una expresión que designa una conciencia efectiva de las tendencias de voluntades en los individuos provocada por la vida en sociedad, es algo que Wundt<sup>14</sup> ya ha destacado en forma acertada. Que a pesar de

<sup>13</sup> En mis *Hauptprobleme...*, pp. 172 y ss., hago una crítica del concepto de Estado y de voluntad de la teoría estatal inorgánica.

<sup>14</sup> *Grundriss der Psychologie (Fundamentos de psicología)*, 7a. ed., p. 384.

ello la voluntad general es una voluntad "real", efectiva, en la medida en que domina a una relación entre procesos anímicos efectivos reales, es algo evidente.

Se debe continuar sin embargo con la pregunta planteándose la siguiente: la voluntad general reconocida por la sociología en una comunidad social, ¿puede ser lo que la jurisprudencia entiende por una voluntad de Estado (*Staatswille*)?

Queda sin resolver aquí si el Estado, y en todo caso, en qué forma, debe valer como unidad sociológica; si no se le ofrece a la consideración sociológica de los procesos sociales, dentro de los límites jurídicos del Estado, como una multiplicidad y no como una unidad; con otras palabras, si quizás el Estado no es exclusivamente una unidad jurídica, meramente un concepto jurídico. Alcanza aquí con constatar que de todas maneras es el argumento de la voluntad, la voluntad general, la que ofrece un criterio suficiente para alcanzar aquella unidad del derecho denominada "Estado", unidad como la cual aparece en determinada zona, en medio de un pueblo que vive en un orden legal uniforme, esta entidad territorial. Porque ya la conservación superficial de la realidad le impone a uno el conocimiento de que el pueblo de un Estado, que debe ser tomado jurídicamente como unidad, no puede ser de ninguna manera aquella comunidad intensivamente espiritual que conduce a una coincidencia en cuanto a la dirección de la voluntad de todos los individuos, es decir, a aquel hecho psicosocial propio de la voluntad general. Una voluntad general en sentido psicosocial existe sólo en tanto que por medio de interrelaciones recíprocas espirituales se dé un nexo espiritual real, y no una unidad meramente legal que posea una interrelación espiritual y una armonía de los individuos ni como condición ni como efecto. La comunidad espiritual, que representa una voluntad general en el sentido de la sociología, puede afectar solamente a aquellos individuos en los que la interrelación espiritual ha podido crear efectivamente la misma dirección de voluntad. Tampoco un individuo único que no acuse la misma voluntad psíquica puede ser considerado como parte de esta comunidad. Y menos aún puede ser considerado como tal una multiplicidad como minoría a no ser tenida en cuenta por la mayoría. Pues el principio de la mayoría es un principio jurídico, a saber —como no puedo exponer aquí con mayor detalle— un medio de construcción normativo específico que no puede ocupar ningún lugar en el método explicativo de una ciencia natural o en la sociología.

Si uno se atiene a la realidad de los hechos psicológicos, a saber, a la concordancia en la dirección de la voluntad, entonces el pueblo que vive dentro de los límites del Estado debe disgregarse en una multiplicidad de grupos; y como la formación de una comunidad cultural no se detiene de ninguna manera en los límites jurídicos del Estado, debe poder formarse asimismo entre los habitantes de zonas aledañas pertenecientes a dos Estados completamente diferentes, que viven compartiendo el tráfico económico y otros, conglomerados de voluntad tales como los que se encuentran dentro de los *límites del Estado*; estas fronteras no están para nada dadas en una consideración sociológica, es decir, en un análisis que se basa en una realidad del ser sociológica y no en la realidad dirigida a la consideración de cualesquiera normas, sino en procesos espirituales concretos de los hombres. No se requiere ser un marxista para tener por fantasma a una voluntad general que aúne anímicamente a todo el pueblo, habida cuenta de las profundas contradicciones de clase que segmentan al pueblo que conforma jurídicamente una unidad. Y debe tenerse en cuenta algo más. ¿Qué es desde el punto de vista jurídico el contenido de aquella voluntad estatal sobre cuya base se construye la personalidad del Estado? El contenido de la voluntad del Estado es el orden legal, es decir, el derecho es la voluntad del Estado. Es más, solamente en tanto el orden legal —i. e., la organización estatal— es unitario, puede pensarse en una persona del Estado única; y lo que se denomina una voluntad del Estado unitaria es quizás únicamente una fórmula para la unicidad del orden legal, de la organización. Pero con esto ya me estoy adelantando a lo que quiero exponer más adelante. Alcanza por ahora con tener presente qué resultados espeluznantes deben producirse si se califica aquella voluntad, cuyo contenido es el orden legal total compuesto por miles de normas legales, como un hecho real, socio-psicológico. A raíz de esta concepción cada ciudadano debería tener el orden legal total como contenido de su voluntad psíquica —y ello además en forma permanente, pues la permanencia del orden legal que forma la voluntad del Estado constituye una concepción imprescindible para la construcción jurídica.

Cómo debe calificarse metodológicamente toda esta teoría, que interpreta a la voluntad de Estado como hecho psíquico real, como voluntad total, no queda lugar a dudas después de todo lo que hemos expuesto; es el ejemplo paradigmático de una *ficción*: ¡La afirmación de una existencia (*Realität*) en contradicción consciente con la realidad (*Wirklichkeit*)! Y la *ficción*, como tablero de alarma, señala

siempre el lugar donde fracasó la construcción jurídica. A partir de lo dicho hasta ahora quizás se pueda adivinar ya, qué y cómo también esta *ficción* nace de la aglutinación de un modo de concepción explicativo y normativo. Pero para aclarar definitivamente esto, debe continuarse con la investigación de la esencia de la voluntad en su sentido jurídico. Con este fin exponemos brevemente en qué sentido y con qué objeto la terminología jurídica utiliza el concepto de voluntad, no solamente en el derecho público sino también en el derecho privado y en el penal, y qué diferencias se suscitan en estos dos últimos ámbitos con respecto al concepto psicológico de la voluntad. Habrá que investigar en este caso primordialmente una rara tendencia de la terminología jurídica que lleva a un sendero especial, distinto del concepto psicológico de la voluntad. Habrá que investigar en este caso primordialmente una rara tendencia que lleva a un sendero especial, distinto del concepto psicológico de la voluntad. En el lenguaje del *derecho* aquella expresión prácticamente se ha mantenido petrificada como un árbol en las capas de carbón. Quien no desconozca las relaciones profundas entre palabra y concepto, entre hablar y pensar, a ése no le será extraño un método tal de conocimiento.

#### IV

En la teoría del negocio jurídico aparece la voluntad en su significación específica juridico-privada. Conforme a la opinión vigente el negocio jurídico constituye una declaración de voluntad, "se manifiesta la voluntad de que se produzca un efecto jurídico". De esta manera caracteriza Windsched<sup>15</sup> el dogma de la voluntad. La significación de este dogma civilista de la voluntad se destaca todavía con mayor agudeza en su formulación negativa: el negocio jurídico es nulo, el efecto indicado como querido (*gewollt*) no puede ser considerado como producido por medio de la declaración "si lo que en ella se denomina deseado no se *desea* (verdaderamente)".<sup>16</sup>

Debemos constatar inmediatamente que en los últimos tiempos se ha hecho notar en la literatura civilista una cierta oposición al dogma dominante de la voluntad, la que en general apunta a reconocer que tampoco le corresponde un efecto jurídico a la manifestación que no expresa la voluntad verdadera en sentido psicológico, a saber, de

<sup>15</sup> *Pandekten I*, 9a. ed., pp. 310-311.

<sup>16</sup> *Windscheid, Wille und Willenserklärung (Voluntad y explicación de la voluntad)*, Leipzig, 1878, p. 8.

manera tal, que el efecto jurídico parece estar más o menos emancipado de la existencia de una voluntad psíquico-real del efecto. No puede darse aquí, naturalmente, una crítica completa del dogma de la voluntad. De acuerdo con los fines que persigo en este lugar alcanza con señalar en primer término que el dogma de la voluntad, en la medida en que se lo refiera a una voluntad en sentido psicológico, representa una grave *ficción*.

Por de pronto puede ponerse seriamente en duda si la voluntad de las partes debe estar dirigida efectivamente —como lo enseña el dogma de la voluntad— a esos efectos jurídicos que vinculan el orden legal con determinadas declaraciones. Pues, independientemente de otras numerosas causas, en las que no me puedo detener aquí ahora, sucede con regularidad que las partes desconocen las frecuentemente complicadas disposiciones del orden legal. La mujer obrera que lleva un aparato doméstico al prestamista no tiene idea de los efectos jurídicos que se vinculan por vía del orden legal a su declaración tácita de voluntad. En la Constitución y la anulación de derechos de propiedad, de créditos y prendas, estos efectos jurídicos específicos ya no son deseados por las partes por ser desconocidos, porque las partes no conocen en absoluto la diferencia entre los derechos nombrados. Los juristas doctos exageran un tanto cuando presumen no sólo un conocimiento del derecho, tal como lo hace el "legislador", sino también cuando presumen tener un conocimiento de los conceptos jurídicos, lo cual constituye, naturalmente, una ficción.

Aún más notoria es la diferencia entre lo que la psicología y la jurisprudencia llaman voluntad, y la ficción vinculada a ella en la así llamada *reservatio mentalis*. Porque si por ejemplo alguien desea conscientemente lo contrario de aquello que declara como su intención legal, por ejemplo si alguien promete regalarle a otro un objeto a pesar de estar convencido interiormente de no hacerlo, esta reserva mental resulta completamente irrelevante para la validez del negocio jurídico. La promesa de regalar es válida; según el tratamiento jurídico, la donación es deseada legalmente, si bien psicológicamente hablando no hay nada de ello. El medio metodológico del que se vale la jurisprudencia para mantener en pie el dogma de la voluntad también en el caso de la reserva mental, es la así llamada *praesumptio juris et de jure*. Se presume, es decir, se finje jurídicamente, la voluntad, a pesar de que no está demostrada su existencia, y aún a pesar de que incluso se afirme su ausencia. Con todo, esta presunción de la voluntad no es que signifique que la jurisprudencia prescindiera de la exis-

tencia de una voluntad verdadera en sentido psicológico, sino justamente que en el ser deseado legal (*rechtlichliche Gewolltheit*) de un negocio jurídico no reviste importancia la voluntad psíquica.<sup>17</sup>

El dogma civilista de la voluntad plantea una ecuación entre la calidad de la validez legal y el ser deseado de un negocio jurídico. Y efectivamente, a pesar de toda la oposición que experimentó el dogma de la voluntad en los últimos tiempos, no se puede eliminar de la faz de la Tierra el hecho de que la terminología jurídica acusa una tendencia insuperable e ineliminable a exhibir cada negocio jurídico válido como deseado (*gewollt*). La prueba de que en numerosos casos jurídicos *válidos* falta evidentemente una voluntad correspondiente en el sentido psicológico, que la detección de una voluntad tal por la jurisprudencia es prácticamente imposible de llevar a cabo con sus instrumentos específicos de conocimiento, no pudo destruir el dogma de la voluntad que declara a cada negocio jurídico válido como negocio deseado (*gewollt*). Y efectivamente le pertenece al dogma de la voluntad una significación más profunda, incontrovertible desde la psicología. Si el jurista, en todos aquellos lugares donde el psicólogo le expuso en forma irrefutable esta falta de una voluntad que contenga los efectos del negocio jurídico, o bien donde le expuso la indemostrabilidad de una voluntad tal, cree necesario tener que fingir la existencia de una voluntad (y de hecho finge no solamente en este sino en todos los casos), si la jurisprudencia civil que mantiene en pie el dogma de la voluntad llega a la oración: "Existen casos sin embargo, en los que el negocio jurídico vale sin tomar en cuenta ausencia de voluntad *en los que se finge jurídicamente su existencia*",<sup>18</sup> entonces esto muestra a las claras hacia dónde debe dirigirse la búsqueda de una solución del dilema suscitado entre la jurisprudencia y la psicología. Sería erróneo negarle toda significación al dogma de la voluntad; la enérgica resistencia que propone a los argumentos de la psicología revela que su origen se encuentra en una necesidad fundamentada teóricamente. Seguro es solamente esto: que al dogma de la voluntad no le puede corresponder una significación psicológica, que la voluntad, de la que habla este dogma, debe ser otra que aquella con la que opera la psicología: no es un hecho psíquico real, un proceso real de la vida anímica, sino que es una formación del pensar

<sup>17</sup> Con respecto al significado del concepto de voluntad en la doctrina del error *cf.*, con mis *Hauptprobleme...*, pp. 129 y ss.

<sup>18</sup> Krainz, *System des österreichischen Privatrechts (Sistema del derecho privado austriaco)*, 4ª ed., 1905, p. 277.

jurídico específico, una construcción jurídica solamente por faltar el reconocimiento de este hecho, por no tomar en cuenta —debido a una falta de suficiente conocimiento del método de formación jurídica de conceptos— el verdadero ser de aquella construcción, por no darse cuenta de la estructura de aquello que se denomina jurídicamente "voluntad" (*willen*) o "deseado" (*gewollt*), solamente por ello se tomó el rumbo errado hacia la ficción, a esta manifestación de un hecho existencial en contradicción con la realidad.<sup>19</sup>

Si la aspiración inmanente con respecto a la formación jurídica de conceptos, que encuentra su expresión en la formulación del dogma de la voluntad, ha de tener una causa más profunda, y si la ecuación entre la calidad de la validez y el ser deseado (*Gewolltheit*) del negocio jurídico ha de estar fundamentada por un sentido inobjetable, también se deberá tomar la decisión no ya de concluir (como los teóricos atrapados en la suposición de un concepto psicológico de la voluntad): un negocio es válido porque y en tanto es deseado (psicológicamente) sino de que dicha conclusión deberá decir a la inversa: un negocio es deseado, en tanto o porque es válido, donde la calidad de la validez constituye la causa para el conocimiento de la calidad de lo deseado. En esta relación, a primera vista la "voluntad" ya no se manifiesta como el así llamado hecho psíquico. Con el ser "deseado" no se enuncia un hecho psíquico real o físico como tampoco con la "validez legal". Que el dogma de la voluntad civil tenga también en esta inversión su verdadero sentido jurídico, es más, justamente en esta inversión, y que no convalide sólo tautológicamente negocios válidos, ello debe ser un resultado de la significación del concepto jurídico de voluntad desarrollado positivamente.

## V

Así como el derecho privado, el derecho penal tiene su dogma de la voluntad. Según éste, las circunstancias exteriores penadas por las disposiciones legales deben ser consideradas como deseadas (*gewollt*) por los sujetos punibles; sostiene además que como sin culpa no hay pena, toda culpa es culpa de voluntad (*Willensschul*, culpa por una acción voluntaria). Es notorio que el dogma criminalístico de la voluntad, al igual que el civil, últimamente ha sido resistido, resistencia que, análogamente a la oposición en el ámbito del derecho privado,

<sup>19</sup> En cuanto al significado de la ficción en el marco del método jurídico y la diferencia entre el mismo y la construcción, cf. *mis Hauptprobleme*, pp. 177 y ss.

tiene como finalidad limitar el dogma de la voluntad; para ello procura que también sean reconocidos otros hechos psíquicos como formas culposas, fuera de los actos de voluntad.

En este sentido se ha fijado, por cierto, que la culpa es un hecho psíquico. Fuera de los casos culposos en los que el resultado de la acción era *deseado* (*gewollt*), se han diferenciado solamente aquellos en los que si bien el resultado punible no había sido deseado había sido previsible, donde el factor de la culpa no consiste en un deseo sino en un saber. Y fuera de la intención y de la premeditación se reconoció aún como un tercer tipo de culpa la negligencia; ésta se caracteriza porque el resultado no es deseado ni previsible pero sí debería haber sido previsto, y evitado. Ya ahora les ruego dirijan su atención a este deber (*Sollen*) que, de acuerdo con la doctrina en uso, figura expresamente sólo en el *tipo* de aquella culpa que se denomina negligencia.<sup>20</sup>

Aún por más que se puede aprobar la tendencia dominante en la teoría moderna del derecho penal, que impulsa una restricción del factor de la voluntad en el concepto de culpa, a pesar de todo lo que tiene de correcta la comprensión de que hay numerosos hechos culposos amenazados con penas por la ley, que carecen totalmente del factor *psicológico* de la voluntad, se puede preguntar sin embargo —en forma parecida a como lo hemos hecho en el caso del dogma civil de la voluntad— si la igualación entre culpa y voluntad característica para el derecho penal debe ser falsa, aun cuando uno esté empeñado en comprender el concepto de la voluntad no en un sentido psicológico sino en un sentido específicamente jurídico; justamente en aquel sentido que revela la tendencia de la terminología jurídica que, claramente reconocible, se desvía totalmente de la psicología. Sí; debe preguntarse si el error del dogma penal de la voluntad no debe ser buscado meramente en la intención de querer brindar una interpretación psicológica del mismo.

Un planteo de este tipo debe desembocar evidentemente en una revisión de nuestro concepto penal actual de la culpa. Considero por cierto que es necesario llevar a cabo con urgencia esta revisión; sin embargo no estoy en condiciones de desarrollarla aquí para ustedes. Me conformo con las siguientes afirmaciones.

Como una serie de hechos —que por cualesquiera causas debieron ser considerados culposos— no exhibían ni un indicio de voluntad

<sup>20</sup> Cf. Loeffler, *Die Schuldformen des Strafrechts* (Las formas de culpa del derecho penal), Leipzig, 1895, pp. 8 y 9.

cuyo resultado fuera punible, la nueva teoría del derecho penal dejó de limitar el concepto de culpa a las estrechas limitaciones del concepto de voluntad haciendo valer también procesos anímicos, diferentes de la culpa. De todas maneras, como principio, se ha perseguido con ver a la culpa como algún tipo de hecho psíquico puesto en *algún tipo de relación con el resultado punible de la relación*. Se cree que este concepto de culpa es lo suficientemente amplio como para abarcar todos los casos que se reconocen como "culpa". ¡Incluso la negligencia! Pero: ¡en este caso el concepto de culpa se pierde irremisiblemente! Porque según las condiciones adoptadas por la teoría del derecho penal mismo, aquí no hay rastros de un deseo (*Wollen*) ni de un conocimiento del hecho punible, ni en general de cualquier proceso psíquico que exhiba una vinculación entre el sujeto y el objeto de la culpa, *id est*, del hecho punible. Pues según la doctrina en uso, la negligencia se caracteriza de la siguiente manera: el resultado de la acción ni es deseado ni previsto, sin embargo debería haber sido previsto y evitado. Para ilustrar lo expuesto mediante un ejemplo: un guardavía, que ha bebido en forma excesiva, se duerme durante el servicio. La aguja que debería haber activado queda intacta. Por ello se produce una colisión de trenes, a raíz de la cual mueren muchos hombres. Tanto desde el punto de vista legal como desde el moral el culpable es el empleado ferroviario. Su culpa es la negligencia. Pero él ni deseó ni previó la catástrofe. Si hubiera pensado en la posibilidad no se habría dormido. En la observación efectiva y real de su vida anímica se nota que él no estaba imbuido ni de una voluntad ni de una fantasía de colisión. Pero debería haberla previsto. Reconozco que este deber no aparece en la observación psicológica, es decir, en la observación dirigida al ser y a los procesos anímicos; no está dado en el guardavía culposo: solamente aparece en la conciencia del juez a cargo del caso, del jurista. Para el análisis psicológico, el hecho de la negligencia es totalmente negativo, ya que le faltan, se supone, ambos actos anímicos que pueden en general entrar en una relación relevante con el hecho punible; porque éste no es deseado (*gewollt*) ni premeditado; pero presentir no se puede sin prever. Todos los intentos realizados por la teoría moderna de probar que la negligencia es de alguna manera un hecho psicológico —como lo es el delito y el propósito cometidos a sabiendas— deben fracasar por estar orientados en contra de las propias condiciones previas. Si se caracteriza a la negligencia, entre otras, como falta de atención, como falta de interés particular pertinente, entonces se le ha determinado

psicológicamente como negativa, entonces solamente se ha contestado —lo que debía ser contestado sobre la base de la suposición— que a nivel psíquico no ocurre nada relacionable con el hecho punible, que justamente carece de aquella actividad psíquica que debería haber estado presente. A pesar de ello la negligencia es una especie de culpa. Pero, ¿qué es lo que la caracteriza? ¿Cuál es su esencia (*Wesen*)? La solución se encuentra en este deber ser. Ella debe ser comprendida en el decurso de una contemplación del ser, no desde un punto de vista explicativo, sino exclusivamente desde un punto de vista normativo. La negligencia no es de naturaleza psicológica sino netamente jurídico-ética. Pues si se omite de la definición de la negligencia aquello que debe ser omitido por manifestar sólo lo que la negligencia no es, a saber, que el resultado de la acción no es deseado, entonces la negligencia no es una inyección; además: que el resultado no está previsto, que por lo tanto la negligencia tampoco es un accionar a sabiendas, no queda entonces otra cosa, para caracterizar la negligencia, que la afirmación de que el sujeto culpable debería haber debido cualquier otra cosa: que el culpable es el sujeto de una norma última. Se destaca aquí claramente el carácter puramente normativo del concepto de culpa.

La palabrita “debe ser” se encuentra solamente en la definición de la negligencia conforme a la doctrina vigente. En la determinación conceptual de la intención y de la premeditación se pensó poder prescindir de ella. Pero evidentemente no todo resultado deseado (*gewollte*) y no todo resultado de la acción prevista implican una culpa; para ser tal, dicho resultado debe estar prohibido. Se supone que esto es evidente por sí mismo. Pero justamente sólo en este estar prohibido, en este debe ser, se encuentra esta esencia única del concepto de culpa común a todos los tipos de culpa. Pues lo que vale para el tipo de culpa de la negligencia, a saber, que no es de naturaleza psicológica sino jurídica, que el concepto de esta culpa no es obtenido por la vía de la observación explicativa del ser, sino de una explicación normativa del deber ser, eso también debe ser demostrable para el caso de las restantes formas de culpa, si de otro modo el concepto de culpa es, conforme a su estructura metódica, un concepto unitario, si uno no quiere conformarse con que por “culpa” se entiende una vez el hecho psicológico, un proceso psíquico-real, y otra vez una construcción ético-jurídica. Con ello, sin embargo, lo que se ha logrado no es más que avanzar hasta el conocimiento —en el fondo evidente— de que el concepto de culpa es por principio de naturaleza

normativa y no explicativa. Si ha de reconocerse que un juicio que manifiesta una "culpa" nunca es factible desde el punto de vista de una consideración dirigida hacia una explicación del hecho efectivamente acaecido, subordinado únicamente a la causalidad; si no puede dudarse de que el zoólogo o el psicólogo no arriban de ninguna forma a un concepto de culpa valiéndose de unos métodos epistemológicos específicos; si es un hecho que puede hablarse de culpa solamente en relación con normas que a la esencia de la culpa le pertenece la violación de la norma tal como al mérito el cumplimiento de la misma, entonces ya no parecerá ser paradójica la afirmación de que el carácter normativo del concepto de culpa es metodológicamente irreconciliable con la posibilidad de captar su ser mediante investigaciones metodológicamente específicas, *psicológicas*. El juicio que atribuye a una persona la culpa de algún hecho externo, no dice nada como tal acerca de un hecho psicológico dentro de un hombre, sino, meramente, que una norma prohíbe el acontecer externo de la persona, que entambos existe la relación de objeto y sujeto de la norma.

Reviste la mayor importancia metodológica poner en claro que alguien no es "culpable" de algo porque ha deseado (*gewollt*) este algo o lo ha sabido (previsto), sino únicamente por el hecho de que no *debería* haber hecho eso o debería haberlo evitado. Por más que atente contra las concepciones vigentes en el derecho penal, se debe destacar, sin embargo, que el factor de la culpa nunca consiste en un desear, o en un saber, o en algún otro proceso psíquico; que el asesino no es culpable de la muerte del occiso por haber premeditado esta muerte sino tan sólo por ser contra la ley la muerte intencional de un hombre.

Con ello ya está indicado en el fondo, qué posición le corresponde a los hechos psicológicos, tales como intención, en relación con el concepto de culpa. Sería no comprender absolutamente estas interpretaciones si se les quisiera imputar la idea de una eliminación total de estos factores de la teoría del derecho penal. Es un postulado de una percepción más sensible del derecho, el que por consecuencias socialmente perjudiciales, que deberían ser impedidas por el orden legal, se castigue solamente a aquellas personas en las que se dan ciertos actos de la voluntad, o de la razón, en relación con el resultado pernicioso, y que la magnitud de la pena también se rija conforme a estos actos psíquicos. Es éste un postulado político-criminal que cumplen las leyes actuales manteniéndose dentro de determinados límites. Las fronteras trazadas para la realización de la exigencia, se componen, por

un lado, de la naturaleza del empleo del derecho, al que nunca le es posible dar una constatación segura de los hechos psíquicos, sino siempre una consideración de factores externos solamente, que dan lugar a ciertas conclusiones de probabilidad con respecto a procesos internos; y por el otro, de la función preventivo-social de la ley penal, que sufriría una fuerte desvalorización si todo comportamiento imprudente, es decir, si el resultado indeseado e imprevisto de la acción, quedaran impunes; porque justamente la amenaza de una pena aplicada a los resultados de acciones indeseadas e imprevistos, también es apropiada para incrementar el cuidado puesto por los hombres. Quien sepa que es penado aún en el caso de mera imprudencia, de una simple desatención, tiene suficiente motivo para alertar a sus propias fuerzas, y como para activar la prevención y la voluntad. Pero si son tomados en cuenta en el orden legal, en ciertos casos, actos de la voluntad o premeditados, entonces ello podrá suceder tan sólo de modo que estos procesos psíquicos sean incorporados en aquellos hechos para los que el precepto legal prevé una sanción. Mientras que formas más antiguas de órdenes jurídicos amenazaban con una sanción al asesinato de un hombre, las formas más modernas emparentan con una secuencia legal solamente el asesinato premeditado. Al tipo de ilícito del precepto jurídico le pertenecen ahora, no solamente el procedimiento externo de la muerte, sino también el interno: el procedimiento psíquico de la intención (respectivamente, otros factores externos que permiten inferir una intención). Si ahora, entonces, se han incorporado factores psíquicos tales como la voluntad o la representación en la tipificación del ilícito, entonces estos factores internos deberán estar dados en la misma forma que los externos, pertenecientes al resultado de la acción perjudicial para la sociedad, para que pueda hablarse en general de un acto ilícito; no hay entonces "culpa" si faltan estos componentes psíquicos, como exactamente por lo mismo, no habría culpa si faltaran los factores exteriores del tipo jurídico de violación legal. Con el mismo derecho podría afirmarse que, en el caso del asesinato, la muerte del occiso constituiría el factor de culpa con el que únicamente se manifiesta esto de la intención. Pues los factores psíquicos no son otra cosa, desde el punto de vista formal-jurídico, que miembros de la tipificación de ilegalidad. Se ha perdido todo derecho justificado, de hacer valer cualesquiera procesos psíquicos (que están en relación con los elementos exteriores del tipo legal de justicia), solamente como factores de culpa, si

puede demostrarse la existencia de un tipo de culpa que no muestra elementos psíquicos de ninguna especie.

Si se reconoce que no se puede llevar a cabo una captación general de los casos culpables sobre una base psicológica y si no se atiende estrictamente al carácter normativo del concepto de culpa, entonces lo único que nos queda como característica del factor de culpa, es solamente el hecho de que el sujeto de una culpa es justamente aquel que aparece como sujeto de una norma violada. Porque no hay otra cosa que pueda ser reconocida como elemento común de las tres formas posibles de culpa. Pero entonces, ¿qué significa la antiquísima homologación planteada entre culpa y voluntad?

Debo introducir aquí una secuencia de ideas cuyas fuentes no se limitan de manera alguna al ámbito del derecho, sino que nacen en el de la moral como en todos los ámbitos de la consideración normativa. Es el concepto imputación el que aquí se torna importante.

## VI

Cada proceso mental especial, a causa del cual se le imputa a cualquier persona algún hecho, se lleva a cabo sobre la base de normas, es decir, sobre la base de disposiciones de deber ser, ya sea de naturaleza legal, ya de naturaleza ética. Es que son dos elementos que deben ser distinguidos en el contenido de cada norma: el sujeto del deber, que es el que debe, la persona para que vale el deber, a la que está dirigida la norma, y el objeto del deber, que es aquello que es debido. La aplicación de la norma a los hechos del mundo del ser, puede dar por resultado una doble cuestión: o bien la coincidencia de un hecho del ser con la norma, o sea, la existencia de un hecho que se corresponde por su contenido con la norma, o bien un hecho del ser contrario a la norma en su contenido. Pero cuando se ha comprobado la coincidencia o la contradicción de cualquier hecho en comparación con una norma, entonces se suscita inmediatamente la pregunta por el sujeto del deber de la norma. "Quién es el culpable" es la pregunta en un hecho que viola las normas; quién obtiene los réditos de actuar con la ley. La norma brinda la respuesta a ambas preguntas, ella contiene la denominación del sujeto de la norma como uno de los elementos. La *imputación* es la vinculación entre un hecho (el objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma. Es muy importante tener en claro que esta vinculación, denominada imputación, realizada sobre la base de normas no es una conexión ni causal ni teleológica, sino de naturaleza

muy especial, que justamente por llevarse a cabo sobre la base de normas, puede ser llamada normativa. Porque las normas las crea el hombre y la conexión de sujeto y objeto de la norma es por ello totalmente arbitraria.

Justamente, la imputación legal, esto es, la imputación sobre la base de normas de derecho, muestra a las claras que entre el sujeto y el objeto de la norma hay una distancia máxima; no hay ni una vinculación causal ni una teleológica, ni necesita estar dada, para la consideración explicativa, ninguna vinculación. Para quedarnos en el ámbito del derecho penal, el sujeto del deber corresponde a la norma legal en forma tal, que en la norma penal resulta amenazado si cometiere un hecho violatorio. Pero, por ejemplo, el derecho romano dice que el propietario de una casa debe ser castigado con una fuerte multa, si del techo de su casa cayó un objeto que ha matado a un hombre. La muerte del peatón se imputa al propietario de la casa. Nadie puede dudar de que entre la muerte del peatón y la persona del propietario, no existe ni puede existir ningún tipo de vinculación causal ni teleológica. Ni fue el propietario la causa de la muerte del peatón, ni fue la muerte su finalidad. El propietario puede encontrarse a gran distancia de la casa, quizás no sepa acerca de su vivienda. A pesar de ello, entre él y la muerte del peatón existe una vinculación producida por la norma legal, una vinculación, específica: la *imputación*.

Bien puede ser un postulado ideal dirigido a la legislación, a los hombres generadores de leyes, el que también se haga valer siempre la imputación como nexo causal o como vinculación teleológica. Sin embargo, de ninguna manera las normas deben corresponder siempre a este postulado; y justamente las normas legales no lo hacen con frecuencia.

Hay, también, por cierto, numerosos casos, en los que la imputación corre paralela a una serie causal, casos en los que son dos los miembros vinculados causalmente, al igual que la imputación. Por ejemplo la muerte del occiso con el asesino. Con todo, sería erróneo pensar que el principio de imputación fuera aquí la causalidad, que el resultado de la acción fuera imputado al autor por haberlo provocado en forma causal. Justamente se ve aquí con claridad que el principio de causalidad no brinda ningún criterio por el cual se ofrezca destacar de entre esta cadena infinita, omnidireccional, de miembros unidos en forma causal, justamente estos dos, ya que ellos corren parejo con

respecto a todos los otros. Solamente la noma brinda aquí el criterio decisivo de selección.

También constituye un grave error buscar la esencia de la imputación en una vinculación teleológica entre el sujeto y el objeto de la imputación, afirmar que el hecho delictivo imputable constituye siempre la finalidad o, con otras palabras, el deseo (voluntario, *gewollt*) del sujeto. Porque es un hecho que sobre la base de normas positivas, en muchos casos debe imputarse aquello que de ninguna manera había sido deseado (*gewollt*), perseguido o intencionado. Los delitos de imprudencia constituyen un ejemplo muy adecuado. Porque se puede plantear el requisito de que se prohíban por norma o se amenacen con pena, respectivamente, solamente los hechos verdaderamente deseados (*gewollt*). Sin embargo no se satisface este requisito ni en el ámbito ético ni en el legal, ni es siquiera posible satisfacerlo. Significaría abrirle las puertas de par en par al descuido, otorgar un premio a la imprudencia. Es que las normas pueden exigir no solamente un conjunto de hechos exteriores; ellas deben y pueden postular también un comportamiento interior, un querer (*Sollen*), un prever. La *falta* de una previsión tampoco puede anular entonces la imputación, como la no producción de un hecho dado por una norma no libre de una sanción sino que justamente la provoca.

Se agrega a esto que uno de los dos elementos que se vinculan mutuamente por imputación, a saber, el sujeto de la imputación o la persona, ni siquiera está en condiciones de ser el origen de una serie causal debido a su naturaleza especial, y ni puede producir por lo tanto una vinculación teleológica. Tanto en la jurisprudencia como en la ética uno está acostumbrado a separar estrictamente la persona del individuo. No es la unidad bio-fisiológica "hombre", no es esta suma de procesos vitales unidos en forma orgánica la que es idéntica a la unidad específica ético-jurídica de "persona", que es el sujeto de la imputación. De ninguna manera es lo mismo ser persona que ser hombre. Como *causa*, empero, solamente puede valer justamente la unidad, pero no la unidad dada únicamente para un tipo normativo de análisis, la persona, sino la unidad bio-fisiológica "hombre", es decir, solamente los procesos vitales físicos y psíquicos que integran esa unidad. Pero incluso desear (voluntivamente), determinar finalidades, es algo *que puede llevar a cabo sólo el hombre, no la persona*.

Sin embargo, existe efectivamente en la terminología vigente la tendencia a determinar a la esencia de la personalidad "voluntad"; es más prácticamente a identificar voluntad y persona. No solamente en

la jurisprudencia sino en especial en la ética, se está empeñando en hacer de la imputación una voluntad. Más aún: se denomina "imputación directamente al juicio que hace valer los hechos como si estos hubieran sido deseados (*gewollt*) por un sujeto. No hay duda de que aquí se está empleando un significado de la palabra *Willen* (voluntad) totalmente distinto al del concepto psicológico. También es evidente que la tendencia que rige en la terminología de las disciplinas normativas, ético-jurídicas, que consiste en considerar siempre lo imputado como deseado (*gewollt*), logra su expresión en el campo especial del derecho penal a través del dogma que declara que toda culpa es una culpa de voluntad, o sea, que hace valer a cada conjunto de hechos comprobados amenazados con sanciones, esto es: prohibidos legalmente, como "deseados" (*gewollt*). Y si es correcto que la sanción que le atribuye culpa a cualquier persona por cualquier conjunto de hechos, significa tanto como que esta persona constituye el sujeto de una norma violada, entonces el juicio deberá ser idéntico a aquel que procede a la imputación de los hechos a una persona. Que alguien sea culpable de algo no significa otra cosa que: a alguna persona se le imputó el resultado de una acción.

Es natural que las disciplinas en el caso de las cuales se desarrolla este proceso de imputación, tenga la necesidad de dar otro apelativo a esta capacidad singular de ser sujeto de la imputación, persona, *i. e.*, una unidad ético-jurídica en un sentido al del zoológico-psicológico de la unidad "hombre". La imputación, para la que la acción u omisión conforme o contraria a la ley constituyen solamente hitos transitorios, busca para ella misma —expresado figurativamente— una meta final en el interior del hombre: *esta construcción, pensada en el interior del hombre que funciona como punto final de la imputación —y nada más que eso— es lo que la terminología ética y jurisprudencial llama "voluntad" (Willo).*

De ninguna manera el emplazamiento del punto final de la imputación "voluntad" debe producirse en el interior del "hombre"; la unidad ético-jurídica de la persona no tiene por qué coincidir con la unidad zoológico-psicológica. Debe ser recalcado que pertenece por entero a la norma, concederle también a otra cosa que no sea el individuo la calidad de persona o de "voluntad", de la misma manera en que depende solamente de ella si en general el hombre y en especial qué hombre se vuelve persona, o sea, capaz de voluntad. Para ilustrar lo escrito echaremos mano del conocido hecho del que suele suceder que a ciertos seres humanos no se los reconozca como sujetos

de deberes o de derechos —piénsese en el lugar que ocupaban los esclavos en el derecho antiguo; y además: que sobre la base de las leyes, se produce la existencia de sujetos con deberes y derechos que no son hombres —téngase presente la oposición entre personas físicas y jurídicas.

Esta "voluntad" de la ética y de la jurisprudencia es sin embargo algo totalmente distinto a lo que la psicología denomina hoy con ese término. A lo que apunta la psicología es a una de las actividades psíquicas del hombre que existen fuera del pensar y el sentir. La voluntad en el sentido ético-jurídico es idéntica a la unidad-globalidad con la cual se toma en cuenta al individuo en la ética y en la jurisprudencia. Capacidad volitiva y capacidad de ser persona, es decir, sujeto de la imputación legal y ética —responsabilidad— son una sola cosa. La voluntad de la psicología es un hecho comprobable empíricamente por auto-observación, que pertenece al mundo del ser —la voluntad de la ética y de la jurisprudencia es una construcción llevada a cabo bajo el punto de vista de la norma, del deber ser, que no corresponde por lo tanto a ningún proceso concreto en la vía anímica del hombre.

Si se reconoce que la voluntad conforme a la terminología ético-jurídica es algo esencialmente diferente del hecho psíquico homónimo, entonces las dificultades y las falacias conexas con una interpretación psicológica del dogma civil y criminal de la voluntad desaparecen de golpe de la faz de la Tierra. Y entonces también se despeja el camino que desemboca en el conocimiento verdadero de aquello que se denomina voluntad de Estado. Porque la voluntad de Estado también aparece como punto final de la imputación. Si determinamos que acciones de ciertas personas no valen como acciones de estas personas sino como las de otra persona distinta de la primera, de una voluntad diferente de la suya, a saber, como acciones del Estado, entonces deberá verse en ello el mismo proceso de pensamiento que lleva también a la voluntad y a la personalidad de todos los demás sujetos; es entonces solamente un caso especial de imputación. El punto final de la imputación no recae aquí sin embargo en otra persona; la imputación atraviesa, por así decirlo, a los seres físicos actuantes y a sus actos psíquicos de voluntad; no se detiene en otra persona física como lo hace por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por el daño causado por niños o empleados, daño que es imputado al padre o al empleador respectivamente. Más bien se unen todas las líneas de imputación en un punto común pensado como exterior a cada hombre. Los

individuos cuyos actos son sometidos a cada imputación de esa especie son los organismos estatales; el punto común de intersección de todas las líneas de imputación que parten de las acciones calificadas de los actos de los organismos es la voluntad o la persona de Estado.

Como toda imputación se lleva a cabo únicamente sobre la base de normas, el criterio utilizado para determinar cuándo y en qué circunstancias una acción humana debe ser imputada, no al hombre actuante, sino a uno de estos sujetos comunes concebidos por detrás de éste: al Estado, es un criterio que debe ser inferido de las normas. Queda planteada de esta manera la tarea de reconocer el orden jurídico como una suma de reglas de imputación. Si en las leyes se determina que alguien que roba ha de ser penado por el tribunal del lugar donde se cometió el delito, que alguien que no restituye el préstamo recibido ha de ser ejecutado por denuncia del acreedor, que un pobre debe recibir en determinadas circunstancias un apoyo económico de un organismo político; de estas maneras están fijados en la pena, en la ejecución, en la ayuda a los pobres, respectivamente, aquellos hechos materiales que no son imputados a los hombres que obran físicamente —órganos— sino al Estado. La constatación de estos hechos del penar, ejecutar, etcétera y de sus condiciones más cercanas, constituye el contenido de las normas legales por las cuales se reglamentan los deberes de los súbditos y del Estado. Cuando se dice que la ley contiene la voluntad del Estado, ello no significa ninguna otra cosa sino que la ley detecta los hechos que deben valer como acciones del Estado, "deseadas" por éste, es decir, que deben ser imputadas al Estado y no a los actuantes físicos —los organismos. La concepción de una voluntad unitaria del Estado o de una persona estatal unitaria no es más que una expresión de la uniformidad de la organización, de la homogeneidad del orden jurídico, de la consistencia lógica y de la indispensable ausencia de contradicción interna de las normas legales, del mundo del deber ser legal. Esta es la esencia de la voluntad estatal: una construcción normativa llevada a cabo con fines de imputación— nada que tenga que ver, ni en lo más mínimo, con una voluntad global sociopsicológica.

Forma parte de los mayores errores de la jurisprudencia el no haber reconocido la diferencia que existe entre el concepto psicológico y el jurídico de la voluntad. El empeño puesto en demostrar la existencia de un hecho psíquico-real allí donde sólo existía un punto de construcción ideal de un modo de contemplación normativo, debió

desembocar en el establecimiento de estas ficciones vergonzantes que caracterizan tan acertadamente el estado actual de la teoría jurídica.

## VII

La importancia que le cabe a la comprensión del doble significado del concepto de voluntad, importancia que trasciende ampliamente los límites de las construcciones jurídicas, se manifiesta también en el hecho de que el problema de la libertad de la voluntad, que ha devenido una verdadera calamidad de la teoría, experimenta a través de esta comprensión su solución más simple.

Que la voluntad del psicólogo debe ser una voluntad determinada causalmente es algo evidente, ya que la psicología, como constituyente de las ciencias naturales explicativas, no puede obtener ninguna voluntad "libre" sin cuestionar su propio fundamento de comprensión, la ley de causalidad. Es que esta ley de causalidad no es otra cosa que una expresión del postulado de la explicación, no es algo distinto al axioma de la comprensibilidad del hecho real (*Windelband*). Con todo, es tan cierto que la voluntad del psicólogo —este proceso anímico fáctico— debe ser un proceso unido a lo causal, como lo es el hecho de que la libre voluntad constituye la condición necesaria de toda especulación ética y jurídica. Libre voluntad e imputación son en realidad la misma cosa. En tanto uno crea que la voluntad de la psicología y de la ética y jurisprudencia constituyen el mismo fenómeno, los resultados (de las acciones) de la psicología y los de la ética y de la jurisprudencia se excluyen mutuamente en el plano de la lógica. Esta contradicción insostenible científicamente queda abolida inmediatamente en cuanto se comprende que la voluntad de la psicología explicativa, que elucida el ser, debe ser algo sustancialmente distinto de la voluntad de la ética y de la jurisprudencia, voluntad que se utiliza no para explicar el ser sino para estatuir el debe ser. Si la ética y la jurisprudencia llaman a su voluntad libre, esto equivale a decir que ella se encuentra fuera de todo nexo causal. Y ello es natural, porque este concepto no incluye ningún procedimiento efectivo que pertenezca a la órbita del ser y que para ser comprendido deba ser reconocido como efecto necesario de una causa. De ninguna manera esta voluntad se le presenta a una contemplación del ser orientada por una ley de causalidad que busca una explicación del acontecer. Porque ella constituye una construcción auxiliar realizada meramente desde un punto de vista normativo con el fin de proceder a un análisis del deber ser. Si la capacidad del hombre de ser sujeto

de la imputación, persona en el sentido de la ética y de la jurisprudencia, es caracterizada como voluntad y es declarada "libre", esto no importará ningún otro significado que el siguiente: que la voluntad pensada prácticamente como localizada en el interior del hombre, el que no es idéntico a su cuerpo, al hombre físico, sino a una unidad que caracteriza a la persona en sentido ético-jurídico, es el punto *final* —desde el punto de vista de la persona responsable inicial— de la imputación. La imputación se detiene en la persona o en la voluntad aún cuando irrumpió hace tiempo en una serie causal que se extiende desde el resultado prohibido de la acción, hasta el movimiento corporal del individuo que obra en contra de la ley; pero que, además, atravesándolo, se proyecta hasta el infinito. Es aquí donde la imputación arranca al individuo, como persona, de la cadena de causas y efectos y establece en la "voluntad" un firme punto inicial y final. Con todo, aún sin serie causal, ella encuentra su camino hacia el hombre. Por ejemplo cuando une el resultado de la acción producido por otras causas con quien era el responsable de evitarla y no lo hizo. También aquí la voluntad está libre de toda vinculación causal con el punto inicial y final de la imputación.

Agrego un breve comentario final.

La afirmación de que a la voluntad en el sentido ético-jurídico y a la voluntad en sentido psicológico, le corresponden dos significados completamente distintos, nos lleva a preguntar cuál es el motivo por el cual se ha adaptado esta terminología homónima y fácilmente desconcertante. Y deberá suponerse que ambos términos no fueron desarrollados en forma independiente. Pero ¿cuál es su nexos? En este lugar puedo emitir solamente una sospecha. No es imposible que la construcción ético-jurídica de la voluntad, idéntica a la unidad ético-jurídica de la persona, haya sido un concepto originario. Así como el concepto de la ley nació, como es sabido, en el campo de las concepciones político-jurídicas, con el significado de una norma, e invadió a partir de aquí el ámbito de las ciencias naturales explicativas, donde dicho concepto sufrió luego una metamorfosis para llegar a ser concepto de ley natural, así tampoco debe excluirse la posibilidad de que también el término voluntad haya sido, simplemente, adoptado en primer lugar por la investigación psicológica, históricamente mucho más joven, y que quizás por carecer de suficiente claridad en la distinción del objeto de investigación y en la orientación del análisis, haya sido empleado para cualesquiera procesos anímicos específicos del hombre que no se han apartado de la calidad ético-jurídica de ser

sujeto o término de la imputación denominada voluntad. La localización en el interior del hombre de la voluntad reconocida como término de la imputación puede haberle facilitado aquí especialmente a la apetencia general de contemplación de la realidad, el hacer valer como procedimiento psíquico-real aquello que originalmente había sido pensado como punto ideal de construcción. De esta manera, la voluntad, un concepto auxiliar de estructura normativa, llegó al campo de la contemplación explicativa del ser. Justamente el hecho de que la voluntad también en la psicología apareciera desde el comienzo únicamente como "libre" voluntad o, por lo menos, como aquello que la ética tenía en mente como voluntad o libre voluntad, parece sugerir que la psicología estuvo empeñada en demostrar que la construcción ético-jurídica era procedimiento psíquico.

¡Y esta suposición obtiene a través de determinados resultados de la psicología más reciente, una sorprendente confirmación! Porque últimamente se multiplican las voces de quienes niegan decididamente toda justificación de existencia a una actividad anímica de la voluntad independiente, diferenciada de la imaginación y de la afección. No puedo detenerme aquí en estas investigaciones muy interesantes. Quiero destacar solamente que ya Munsterberg (*El acto voluntario*, 1888) —uno de los principales representantes de esta orientación psicológica— ha señalado el curioso hecho de que el concepto de voluntad desempeña una función mucho mayor en la ética y en la jurisprudencia, que en la psicología; que son muchos más los investigadores de la ética y de la jurisprudencia que se ocupan del análisis y de la determinación de este concepto, que los psicólogos. Mi concepción explicaría por cierto fácilmente esta trasgresión de competencia, y también podría dar una explicación de por qué son tan inservibles los resultados de la psicología para la ética y para la jurisprudencia.<sup>21</sup>

La eliminación total del concepto de voluntad de la psicología sería probablemente la confirmación más brillante de aquella cadena de reflexiones que me permití exponerles aquí. Como cuando en la construcción de un túnel emprendida desde ambos lados, los dos grupos de obreros se encuentran en el lugar de ruptura de la pared, así se encontrarían aquí las argumentaciones psicológicas y las ético-jurídicas, para abrirse paso a través de un molesto escollo de la teoría que

<sup>21</sup> Otras indicaciones bibliográficas están contenidas en mis *Hauptprobleme*, pp. 161 y ss.

ha causado las luchas científicas más infructuosas, a saber, por el ambiguo concepto de la voluntad.

Quizás no me equivoque cuando creo estar percibiendo ya en los intentos antes mencionados de la psicología más reciente, los primeros golpes de martillo que se aproximan cada vez más.