

## ARTÍCULOS

---

## ¿QUÉ ES UN ACTO JURÍDICO?\*

---

Hans Kelsen

En un ensayo muy interesante, «Una Antinomia de la Teoría Jurídica»<sup>1</sup>, el profesor Alfred Verdross investiga la cuestión de como un acto puede ser legitimado como acto jurídico. Él acepta que ello normalmente acontece en el examen del acto, llevado a cabo en un determinado proceso jurídico, a través de un acto de un órgano competente. Pero como este proceso debe tener un final y como al final del proceso existe un acto jurídico, que no puede ser examinado ulteriormente, i.e., un acto que tiene fuerza de cosa juzgada, surge la pregunta de *¿quién decide, sin embargo, sobre si existe un acto con fuerza de cosa juzgada de un órgano competente?* Verdross concluye que, en último análisis, esta cuestión no puede decidirse ni -como sostiene una teoría-, a través de otro acto jurídico en un procedimiento jurídico cuyo fundamento se encuentre en el orden jurídico, ni -como lo sostiene otra teoría-, a través de la ciencia del derecho, con base en el orden jurídico. Esta cuestión no puede decidirse con base en el orden jurídico, sino por la ciencia de la sociología. Sobre ello quisiera hacer las siguientes observaciones:

En primer lugar, creo que deben mantenerse separadas dos cuestiones diferentes. Una cuestión es: ¿Qué es un acto jurídico? Esta cuestión se refiere a cuál es el criterio con el que puede distinguirse un acto jurídico de otro acto que no tiene el carácter de acto jurídico. Esta cuestión apunta a la definición del concepto abstracto del acto jurídico. La otra cuestión, diferente de la primera, es: ¿quién decide -o expresado de manera general- cómo es decidido si un determinado acto, que se presenta con el sentido subjetivo de ser un acto jurídico, i.e., que se presenta con la pretensión de ser un acto jurídico, es objetivamente un acto jurídico, si el criterio del acto jurídico se da en un caso dado?

---

\* «Was ist ein Rechtsakt?» apareció en la *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, vol. 4 (1952), pp. 263-274 y fue reimpresso en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, H. Klecatsky, R. Marcic, y H. Schambeck, eds. (Vienna: Europa Verlag, 1968), vol. 2, pp. 1381-1393. Traducción del original en alemán por Ulises Schmill.

<sup>1</sup> Alfred Verdross, «Eine Antinomie der Rechtstheorie», 73 *Juristische Blätter* (1951), pp. 169-171, reimpresso en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, H. Klecatsky, R. Marcic y H. Schambeck, eds. (Viena: Europa Verlag, 1968), vol. 2, pp. 1375-1380.

La primera cuestión es resuelta por la ciencia del derecho, cuya tarea es definir tanto el concepto de acto jurídico, como, también, todos los otros conceptos jurídicos. La cuestión puede ser resuelta de distintas maneras por las diferentes escuelas científico-jurídicas. La Teoría Pura del Derecho define el concepto de acto jurídico como un acto con el que una norma es establecida (hablando figurativamente, creada) o aplicada; y afirma que un acto es un acto creador o aplicador de derecho sólo si se corresponde con las normas que regulan la creación y la aplicación del derecho dentro del orden jurídico, esto es, si el acto en cuestión es establecido con fundamento en el orden jurídico. Que el derecho regule su propia creación y aplicación es una característica de este orden normativo como un sistema dinámico. Esta característica ha sido descrita en la teoría de la gradación jerárquica (*Stufentheorie*) de *Adolf Merkl*, de acuerdo con la cual el orden jurídico consiste de normas superiores e inferiores, las primeras de las cuales son aquellas que determinan la creación de otras, y las inferiores, aquellas que se corresponden, i.e., que son creadas con fundamento en las superiores. Si las normas jurídicas pueden ser creadas solamente de acuerdo con otras normas, i.e., sólo con fundamento en el orden jurídico, la creación del derecho es simultáneamente aplicación del mismo, por lo que los actos creadores de derecho son actos aplicadores de derecho. La definición del acto jurídico como acto aplicador del derecho supone, sin embargo, que las normas en cuestión, que determinan la creación del derecho y son aplicadas en esa creación, comprenden no sólo normas positivas, es decir, normas establecidas por medio de actos jurídicos en un procedimiento jurídico. Las normas de la primera constitución histórica, especialmente de una establecida revolucionariamente, no son creadas de conformidad con normas positivas preexistentes, i. e., con normas emitidas por medio de actos jurídicos. Las normas constitucionales se establecen de conformidad con una norma fundamental no positiva (*gesetztes*), sino *presupuesta*: se debe actuar de la manera como lo prescribe la constitución. Debe ser observado que la norma fundamental se refiere sólo a una constitución eficaz, pues, como lo ha enfatizado la Teoría Pura del Derecho, una constitución solo puede ser considerada como obligatoria cuando en general y la mayoría de las veces es eficaz, i.e, sólo si los individuos cuya conducta es regulada por la constitución de hecho se comportan de manera general de conformidad con ella. Este es el principio de *efectividad*, que debe ser incluido en la formulación de la norma fundamental<sup>2</sup>. La definición del acto jurídico como un acto que es creado con fundamento en el orden jurídico, puede ser mantenida sólo si

---

<sup>2</sup> Esto es correcto en la medida en que el orden jurídico, como orden jurídico de un Estado en particular, se le contemple aislado y no dentro del marco del derecho internacional. En el último caso, el principio de efectividad es parte integrante del derecho internacional positivo. (*Cfr.* mi «General Theory of Law and State» (1945), p. 121 y ss. La siguiente discusión, sin embargo, toma como punto de partida la primera de las perspectivas mencionadas.

el concepto de orden jurídico no se restringe a las normas positivas, sino se entiende de manera que incluya, junto con las normas positivas establecidas con base en la constitución, las normas positivas de la constitución misma, incluyendo a la norma fundamental presupuesta, en la que la constitución se fundamenta. De esta manera, el concepto del orden jurídico debe ser determinado, pues una constitución no puede considerarse como obligatoria, si no se la considera simultáneamente con la norma básica fundante (fundierende Grundnorm). Si las normas de la constitución son parte integrante del orden jurídico, entonces la norma fundamental también debe considerarse como perteneciente al orden jurídico. Si por positivismo jurídico se entiende que sólo normas positivas -normas establecidas por medio de actos humanos- pueden ser derecho, entonces el principio del positivismo jurídico sólo es posible con esta cualificación. Con esto no se ha levantado la oposición con la teoría del derecho natural, porque la norma fundamental formulada por la ciencia del derecho no tiene un carácter material, sino sólo formal. Ella fundamenta cualquier constitución eficaz, cualquiera que pueda ser el contenido de las normas jurídicas expedidas con base en esa constitución, incluso si se encuentran en conflicto con normas consideradas partes del derecho natural. Por ello, el derecho es definido por la ciencia del derecho como un sistema de normas que ordenan la coacción, establecidas por actos humanos con fundamento en una constitución, cuya obligatoriedad es presupuesta si la constitución es, en general y la mayoría de las veces, eficaz. Aquí se entiende por constitución una norma (o conjunto de normas) establecida por actos humanos, que regula la creación de otras normas.

La segunda cuestión, si un determinado acto es un acto jurídico, puede ser contestada por cualquier ser dotado de razón, si con ello sólo se trata de una subsunción lógica de un estado de cosas concreto bajo un concepto abstracto, de la misma manera que la cuestión de si un ser vivo es un hombre o un determinado metal es oro. En consecuencia, el jurista científico puede, también, resolver la cuestión de si un acto particular es un acto jurídico o, como a veces es formulada, si la razón de la ciencia jurídica puede resolver la cuestión. La respuesta, sin embargo, puede variar grandemente, no sólo porque no haya consenso en la definición del concepto, sino también porque la existencia de un estado de cosas concreto es dudosa. En el caso de la subsunción de un determinado acto bajo el concepto de acto jurídico, si el concepto del acto jurídico es definido de manera que el acto jurídico es un acto fundado en el orden jurídico, la subsunción es imposible sin una interpretación del orden jurídico y, generalmente, existen varias interpretaciones, a menudo en conflicto. El problema específicamente jurídico de si un determinado acto es un acto jurídico, no es uno que consista meramente en una subsunción lógica. Lo que importa es una *decisión*, una decisión jurídicamente obligatoria, auténtica, constitutiva, a la que el orden jurídico enlaza

una determinada consecuencia. Una decisión tal no es una mera función de la razón, sino de la voluntad; y por ello, ni la ciencia del derecho ni cualquier otra ciencia es competente para tomar esta decisión. Tomar una decisión jurídicamente obligatoria significa establecer una norma (individual). La ciencia jurídica, en tanto ciencia, no puede crear normas. Ella puede solamente describir y reproducir descriptivamente a las normas que han sido creadas por los órganos jurídicos en procesos jurídicos y esto lo hace formulando *proposiciones* jurídicas (las que no deben ser confundidas con las *normas* jurídicas creadas por los órganos jurídicos, las cuales son el objeto de estudio de la ciencia jurídica). La relación entre el derecho representado por el teórico del derecho y el derecho creado y aplicado por el órgano jurídico es la misma que la de una pieza de música reproducida por el artista en el instrumento correspondiente y la creada por el compositor. Se dice seguramente que el artista *interpreta* la pieza musical. Que la ciencia del derecho no pueda *decidir*, que un acto que se presenta subjetivamente como acto jurídico sea objetivamente un acto jurídico, no excluye naturalmente que el jurista científico no pueda externar una opinión sobre ello. Cuando el Congreso de Estados Unidos aprueba una ley, cualquiera puede externar su opinión si la ley es constitucional, i.e., si es una norma obligatoria o no lo es. Tales opiniones externadas son jurídicamente irrelevantes, pues el orden jurídico no enlaza a ellas ninguna consecuencia. Sin embargo, cuando una ley aprobada por el Congreso va a ser aplicada por un juez, conforme a su criterio, en un proceso judicial, y si el juez es de la opinión de que la ley es inconstitucional, que la decisión del Congreso no es, en otras palabras, legalmente obligatoria, entonces el juez, de conformidad con el orden jurídico vigente, debe abstenerse de aplicar la ley aprobada por el Congreso que tiene la pretensión subjetiva de ser una ley. El juez decidirá el caso sometido a su consideración como si la ley nunca hubiera sido aprobada, como si no hubiera existido. Sólo si el juez es de la opinión de que la decisión del Congreso es constitucional, que es una ley obligatoria, la aplicará al caso en cuestión. La opinión del juez relativa a la regularidad o irregularidad constitucional de la decisión del Congreso y, esto significa, la opinión relativa al carácter jurídico del acto, no es una mera subsunción lógica de un estado de cosas concreto bajo un concepto abstracto, no es una operación intelectual que cualquiera puede realizar, como también lo puede hacer la razón de la ciencia jurídica, sino una decisión que sólo el juez es competente para tomar y a la cual el orden jurídico enlaza consecuencias de la más grande importancia.

La esencia del orden jurídico consiste en enlazar a ciertos hechos, como condiciones, determinadas consecuencias. Sin embargo, cuando el orden jurídico, de manera general, enlaza a ciertos hechos, como condiciones, determinadas consecuencias, de manera necesaria debe prescribir también cómo debe comprobarse auténticamente la existencia del hecho condicionante en un caso concreto, para que la consecuencia estatuida pueda ser realizada.

Por ello, no son los hechos en sí a los que están enlazadas las consecuencias jurídicas, sino a la determinación constitutiva de los hechos dentro de un procedimiento jurídico. Es inevitable, por tanto, la determinación, en un procedimiento regular, de los hechos condicionantes. Cuando el hecho condicionante es un acto jurídico, entonces tiene siempre y en todas las circunstancias que ser determinada la existencia de este acto jurídico en un procedimiento jurídico, es decir, por un órgano jurídico. De esta manera tiene que ser *decidido* si el acto en cuestión es un acto jurídico, si es precisamente ese acto uno al que el orden jurídico enlaza consecuencias. Esto significa, empero, que el órgano jurídico que ha de llevar a cabo la consecuencia, debe comprobar siempre y en todas las circunstancias, si el acto en cuestión es un acto jurídico, incluso si el orden jurídico contiene prescripciones, de las que de manera inexacta se dice, excluyen el derecho de examen. Si la constitución determina que los tribunales deben aplicar las leyes que ha dictado el Parlamento, puede, de seguro, también especificar que la regularidad constitucional de esas leyes no puede ser examinada por los tribunales. Pero ella no puede prohibir que el tribunal examine si algo, que se presenta subjetivamente como una ley, ha sido aprobada por el Parlamento y no por una asociación privada. El orden jurídico puede prohibir a los tribunales ordinarios revisar la regularidad jurídica de un acto administrativo, reservando tal examen a un órgano específico, por ejemplo, un tribunal administrativo. Pero el orden jurídico no puede impedir a los tribunales ordinarios examinar si un acto, que constituye un supuesto de su decisión, es en verdad un acto administrativo, es decir, si ha sido establecido por un funcionario administrativo y no por una persona privada. Si un tribunal debe decidir una demanda de perturbación de la posesión que el propietario de un inmueble ha presentado contra alguien que ha utilizado un camino de su propiedad sin su consentimiento, y el demandado aduce que el camino ha sido declarado público por una autoridad administrativa, el tribunal no puede dictar sentencia favorable al actor con el fundamento de que la declaración de uso público del camino es ilegal, pero puede, sin embargo, dictar sentencia favorable al actor sobre la base de que el acto que declara el uso público del camino, aunque aparentemente es un acto administrativo, no lo es en realidad, por no haber sido dictada por un funcionario administrativo. Si el tribunal decide que el acto en cuestión es un acto administrativo, es decir, un acto legal, el tribunal debe rechazar la acción. Si esto no está expresamente formulado, se encuentra implícito en el rechazo de la acción. En ambos casos -la aplicación de una ley aprobada por el Congreso, por un lado, y por el otro, el rechazo de la demanda de perturbación de la posesión- la consecuencia jurídica especificada por el orden jurídico está enlazada, no directamente al acto jurídico en cuestión, sino a la comprobación auténtica del acto por el órgano jurídico aplacador. Tal comprobación comprobación no es posible, sin embargo, sin un examen. Este examen puede ser limitado, pero

nunca completamente excluido. Expresado de manera general: las consecuencias enlazadas a un acto jurídico no pueden presentarse sin el examen del acto en cuestión y sin la decisión de su carácter jurídico.

Este examen y decisión, sin embargo, no deben ser identificados con el procedimiento especial que establece el orden jurídico, en ciertos casos, para el examen y decisión de la regularidad jurídica, es decir, cuestiones acerca del carácter legal objetivo de actos particulares que se presentan con la pretensión subjetiva de ser actos jurídicos. Tales procedimientos representan simplemente una forma especial de regulación, una instancia especial de lo que es necesario en todos los casos, específicamente el examen y la decisión del carácter legal de un acto al cual están enlazadas ciertas consecuencias jurídicas. Por ejemplo, uno de tales procedimientos especiales es el procedimiento de apelación, al que están sometidos las sentencias judiciales y ciertos actos administrativos. Como el proceso de apelación es necesariamente limitado, tiene que conducir a un acto de última instancia, un acto que no puede ser el objeto de una revisión posterior en este procedimiento de apelación y que es caracterizado tradicionalmente en términos de cosa juzgada. Sin embargo, cuando el orden jurídico enlaza consecuencias a un acto que tiene categoría de cosa juzgada -y este es siempre el caso, pues el acto es estatuido por sus consecuencias- entonces este acto tiene que ser examinado en un procedimiento subsecuente y su carácter jurídico debe ser establecido de manera auténtica. En relación con esto *Verdross* proporciona el ejemplo, muy instructivo, de una sentencia definitiva de la corte suprema, la que debe ser ejecutada por el tribunal ejecutor y que puede ser cumplimentada sólo si el tribunal ejecutor juzga a la sentencia definitiva de la corte suprema como válida. La sentencia definitiva, protegida por la doctrina de la cosa juzgada, no constituye un argumento contra la tesis de que el carácter jurídico de un acto tiene que decidirse sólo en un procedimiento y no puede ser determinado válidamente por la ciencia jurídica, aunque tiene que determinarse auténticamente para que puedan producirse sus consecuencias. La pregunta formulada por *Verdross* -¿Quién, entonces, decide si un acto definitivo de un órgano jurídico competente existe con categoría de cosa juzgada?- no puede contestarse diciendo que la decisión corresponde a la ciencia jurídica, porque la teoría jurídica, como ya se ha indicado, no decide nada. La pregunta sólo puede ser decidida por el órgano que ha establecido el acto o por otro órgano que con el examen y decisión rechaza la anulación o modificación del acto o, alternativamente, por el órgano competente para realizar las consecuencias enlazadas al acto en cuestión.

Cuando un acto se presenta, conforme a su sentido subjetivo, como un acto jurídico y es legitimado objetivamente, en el procedimiento subsecuente, como un acto jurídico, entonces tal legitimación puede tener lugar sólo con base en el orden jurídico, dentro del cual el acto pretende ser válido. Sin embargo, *Verdross* afirma que existen actos que no pueden, en un procedimiento

subsecuente, ser legitimados con base en el orden jurídico o, como él lo formula, hay casos en los que la cualidad de órganos de los individuos que establecen el acto *sólo pueden ser determinados de otra manera que con base en el orden jurídico*; los actos en cuestión *no pueden ser reconocidos como actos jurídicos con base en el orden jurídico*, que su cualificación como actos orgánicos puede *ser reconocida no por medio de la teoría jurídica basada en el orden jurídico sino sólo por medio de la teoría social que considera lo que de hecho acontece socialmente*.

Verdross menciona dos categorías de esos actos. Una categoría comprende *actos de personas que son verdaderos órganos jurídicos, pero que en un caso concreto han sobrepasado su competencia*. Él afirma, en relación con estos actos, que *en tanto que ellos no sean convalidados (saniert) por otras normas jurídicas, con base en el orden jurídico no pueden ser reconocidos como actos jurídicos. Su subsecuente cualificación como actos orgánicos puede... ser obtenida sólo si son considerados actos jurídicos obligatorios en el procedimiento jurídico subsecuente y ser, por ello, incorporados en el orden jurídico*. Esta es, sin embargo, una determinación que sólo puede ser hecha por la sociología y no por la ciencia del derecho.

Contra esto debe observarse que es problemático el supuesto de que la persona que realiza el acto *en un caso concreto han sobrepasado su competencia*, y es problemático si el otro supuesto es correcto, de que el acto es *considerado acto jurídico obligatorio* en el procedimiento jurídico subsecuente por los órganos competentes. ¿Desde qué punto de vista las personas en cuestión han sobrepasado su competencia? Conforme a una prescripción de la Constitución de los Estados Unidos puede el Presidente, con la aprobación del Senado, concluir tratados internacionales. De hecho, el Presidente ha concluido muchos tratados de gran importancia política sin la aprobación del Senado, y estos tratados han sido ejecutados sin reservas por los órganos de los Estados Unidos. ¿Puede decirse jurídicamente, que el Presidente ha sobrepasado su competencia? ¿Es tal juicio, si es hecho por una persona que escribe sobre el derecho, algo distinto de una interpretación jurídicamente irrelevante de la Constitución americana, que se encuentra en oposición a la interpretación legalmente relevante hecha por el Presidente mismo, que está facultado para aplicar la Constitución y, por tanto, también para interpretarla? ¿No es jurídicamente un sinsentido, bajo tales circunstancias, afirmar que el Presidente ha sobrepasado su competencia, cuando incluso la Suprema Corte no ha declarado constitucionales ciertos tratados concluidos por el Presidente sin la aprobación del Senado? ¿Cómo puede un acto ser considerado *obligatorio* en el procedimiento subsiguiente por los órganos jurídicos si al mismo tiempo se le considera ilegal por ser un acto de un órgano incompetente? ¿Y cómo podrían estos órganos considerar el acto, de otra manera que *con base en el orden jurídico*, como obligatorio, esto es, considerarse a sí mismos jurídicamente obligados a realizar las consecuencias que están enlazadas al acto por el orden jurídico? Los órganos administrativos y los tribunales de los Estados

Unidos, en tanto que ejecutan tratados que han sido concluidos por el Presidente sin la aprobación del Senado, deciden que estos actos son actos jurídicos obligatorios, que no son nulos; y esto significa que los órganos administrativos y los tribunales aceptan la interpretación de la Constitución, que subyace en la del Presidente mismo en su función de órgano competente para celebrar tratados. No es posible afirmar en estas circunstancias que los actos en cuestión originalmente se encontraban fuera del orden jurídico y que *fueron incorporados al orden jurídico* en el procedimiento jurídico subsecuente. Pero, incluso, si la descripción de este proceso fuera correcta, la *subsecuente cualificación como actos de un órgano jurídico* sería posible solamente con *base en el orden jurídico* en el cual los actos en cuestión son *incorporados*. La descripción del proceso por el que es decidido el carácter jurídico de un acto por los órganos legales en el proceso jurídico subsecuente -no por la teoría jurídica o cualquier otra disciplina-, se encuentra estrictamente en el marco de la ciencia jurídica, como un conocimiento dirigido al orden jurídico como un sistema normativo.

La segunda categoría de actos que no pueden ser legitimados con base en el orden jurídico en un procedimiento jurídico subsecuente son, según *Verdross*, los actos establecidos revolucionariamente. Estos actos son actos que tienen lugar con violación de la Constitución existente y en la medida que las normas emitidas por ellos son eficaces, la constitución existente es reemplazada, total o parcialmente, por una nueva constitución. *Verdross* da el siguiente ejemplo: la sustitución de una corte suprema por un órgano instituido revolucionariamente, que reclama para sí la misma competencia, representa un cambio parcial de la constitución hecho revolucionariamente. En un cambio revolucionario total de la constitución se revela con mayor claridad las características del proceso por el que un acto revolucionario es legitimado, específicamente, a través de la adquisición de eficacia de la norma emitida por ese acto. Un cambio tal es presupuesto en lo que sigue.

Primeramente debe ser contestada la pregunta sobre los supuestos en que se basa la descripción de proceso, de que el acto en cuestión viola la constitución existente. Tal supuesto sólo puede apoyarse si el acto se presenta, de acuerdo con su sentido subjetivo, no como una aplicación de la constitución existente (como acontece con el acto del Presidente de los Estados Unidos arriba mencionado), sino más bien como un acto orientado al establecimiento de un nuevo orden, orden que no puede ser establecido por el proceso de una reforma constitucional. El supuesto requiere, además, que los individuos cuya conducta es regulada por la nueva constitución se comporten de acuerdo con ella y a través de estas conductas expresen que consideran obligatorio el acto de establecimiento de la constitución, con plena conciencia del hecho de que el acto no constituye la aplicación de la constitución anterior.

Es evidente que el acto de establecimiento de la constitución no puede ser legitimado, en el procedimiento subsecuente, con fundamento en el orden

jurídico que era válido en el momento de su establecimiento. Como se hizo notar anteriormente, el acto se presenta a sí mismo, según su sentido subjetivo, no como un acto jurídico, en el sentido de este orden jurídico; él no pretende, en el marco de este orden jurídico, jurídicamente existir; él no quiere, por así decirlo, ser juzgado y legitimado con fundamento en este orden jurídico. El acto de establecimiento de la constitución se presenta con el sentido subjetivo de ser un acto jurídico en el sentido del orden jurídico nuevo, por él inaugurado. Si el acto, en los subsecuentes procedimientos de los órganos nombrados según el nuevo orden jurídico, es reconocido objetivamente como un acto jurídico y es legitimado, esta legitimación sólo puede estar basada en el nuevo orden jurídico. Esto parece involucrar una *petitio principii*, porque el orden bajo el que el acto será reconocido como un acto jurídico, deviene un orden jurídico sólo a través de un reconocimiento general del acto, es decir, sólo a través de la conformidad actual con el orden creado por ese acto, conformidad de los individuos cuya conducta es regulada por ese orden, es decir, sólo cuando el orden es eficaz deviene un orden jurídico. El orden en cuestión es un orden jurídico *in statu nascendi*; es decir, no es un orden jurídico actual, sino potencial. Si se le toma así, entonces no existe *petitio principii* en la pretensión de que el acto que establece la constitución sea reconocido como un acto jurídico, con fundamento en el orden jurídico potencial inaugurado por ese acto. Tenemos aquí el mismo problema lógico familiar de qué es primero, el huevo o la gallina, un problema que se muestra como un pseudoproblema una vez que el huevo es visto como una gallina potencial. Los individuos a los que se dirige la constitución establecida por un acto revolucionario, son colocados ante la alternativa de si quieren cumplir la anterior o la nueva constitución. Al decidirse en favor de la nueva constitución, es decir, al decidir que la vieja constitución ha dejado de ser obligatoria y que la nueva es obligatoria para ellos, hacen al nuevo orden eficaz, transformándolo en un orden jurídico. Si fueran conscientes del significado de este proceso, tendrían que conceder que pueden reconocer a la nueva constitución como obligatoria, sólo *presuponiendo* que uno debe conducirse como lo prescribe la nueva constitución, no la antigua, es decir, ellos ya no presuponen una norma básica que sea el fundamento de la vieja constitución, sino una que fundamenta a la nueva constitución. La ciencia del derecho -y sólo la ciencia del derecho y no cualquier otra disciplina- describe este proceso y trae a la conciencia estos presupuestos. Por ello, no es completamente correcto decir, como yo lo he dicho en ocasiones, que la ciencia del derecho presupone a la norma básica. Así como la ciencia del derecho no puede poner (*setzen*: establecer) norma alguna, tampoco puede *presuponer* (*voraussetzen*) norma alguna. La ciencia jurídica solamente comprueba que sí, y sólo sí, la norma básica es presupuesta en los procedimientos subsecuentes al acto de establecimiento de la constitución, entonces la constitución puede ser reconocida como una norma jurídica obligatoria y el

acto que establece la constitución puede ser reconocido como un acto jurídico. En eso estriba el carácter *hipotético* de la norma básica, que yo siempre he señalado enfáticamente. Puesto que, como se ha hecho notar más arriba, la constitución y las normas emitidas con base en ellas forman un orden jurídico sólo en conjunción con la norma básica que es fundamento de la constitución, puede el acto creador de la constitución ser legitimado como un acto jurídico sobre la base del orden jurídico inaugurado por ese acto. Que esto es lo que acontece puede ser mostrado con el hecho de que los individuos cuyos actos establecen la constitución, por ejemplo, la asamblea constituyente, son vistos dentro, no fuera, de la comunidad constituida por la constitución, como órganos de esta comunidad, como su primer órgano legislativo, o sea, son vistos y tienen que ser vistos como sujetos al orden jurídico constitutivo de esa comunidad. El proceso por el cual el acto que establece la constitución deviene eficaz y es, con esto, legitimada, es similar al proceso que da origen a una norma de derecho consuetudinario: una norma, que es tenida por obligatoria (*opinio necessitatis*) pero que todavía no es norma jurídica, deviene una norma jurídica en tanto los individuos cuya conducta regula la norma se comportan de manera general de conformidad con ella, es decir, la norma deviene una norma jurídica en tanto que es eficaz. Y, en tanto esta norma es eficaz, la conducta conforme a la misma deviene jurídica retroactivamente, incluso si tal conducta era originalmente ilegal debido a la contradicción en que estaba respecto de una norma previa válida jurídicamente. El principio del derecho consuetudinario es solamente una aplicación del principio general de efectividad, un principio que juega un papel decisivo en el desarrollo jurídico de la primera constitución, históricamente hablando -en particular, una constitución revolucionaria cuyo surgimiento marca una ruptura en la constitución existente.

*Verdross* caracteriza la *exitosa institucionalización de un órgano revolucionario* como una institucionalización *no fundamentada en el orden jurídico*, lo que solamente puede significar que no está fundada en el anterior orden jurídico. Y él dice que el éxito de tal institucionalización significa *solamente que los actos de estas personas se insertan en la cadena de procesos jurídicos en tanto que estos actos forman el fundamento positivo para ulteriores etapas en el proceso*. Sin embargo, el proceso en el que los actos revolucionarios *son insertados* es un *proceso jurídico*, entonces ese proceso debe estar basado en el orden jurídico y ¿qué otro orden jurídico podría ser que el nuevo orden jurídico potencial, inaugurado por el acto revolucionario, existente en *statu nascendi*? Sin la comprensión del hecho de que la ciencia del derecho tiene por objeto, en la descripción del proceso, un orden jurídico potencial, no puede llevarse a cabo esta descripción sin contradicción. *Verdross* dice adicionalmente: *No se trata aquí de actos que están, sobre la base del orden jurídico, desde el inicio, cualificados como actos orgánicos, sino que se trata de que*

*solo subsecuentemente son calificados de actos orgánicos en tanto que constituyen la presuposición de etapas posteriores del proceso jurídico, en el que, por ejemplo, las sentencias emitidas por estas personas son ejecutadas por los órganos aplacadores.* Esta descripción es correcta en la medida en que los actos en cuestión adquieren la calidad de órganos jurídicos, no *ab initio* con base en el orden jurídico actual, sino *ab initio* de un orden naciente, i.e., de un orden jurídico potencial. *Verdross* concluye: *Una tal cualificación como órganos no puede, sin embargo, ser reconocida por la ciencia del derecho por medio del orden jurídico, sino sólo por la ciencia social toma en cuenta lo que sucede de hecho socialmente.*

Esta conclusión no puede ser aceptada. Como se desprende de la propia concepción de *Verdross*, el reconocimiento de un acto revolucionario como un acto jurídico tiene lugar en el proceso jurídico subsecuente, por medio de actos de órganos jurídicos y no por medio de alguna ciencia. No es la ciencia del derecho ni alguna otra ciencia la que tiene que decidir si la antigua constitución o la nueva establecida por una revolución ha de ser reconocida como obligatoria y, consecuentemente, ejecutada. La ciencia, y ciertamente la ciencia del derecho, y sólo ella, puede describir este proceso; y puede hacerlo sin tener que apoyarse en la ciencia social. Si *Verdross* encuentra necesario apelar a la ciencia social, lo hace evidentemente porque supone que, al describir el proceso, tiene que hacer referencia a lo que *de hecho acontece socialmente*. Pero tal referencia es posible solamente en la ciencia social, y no en la ciencia del derecho, que *toma como su punto de partida el orden jurídico*. La diferencia entre la ciencia jurídica y la ciencia social no es, sin embargo, que sólo la última, y no la primera, tiene a la conducta humana de hecho (actual), como su objeto de estudio. La diferencia se encuentra más bien en que la ciencia del derecho tiene como objeto de estudio a la conducta humana actual sólo en la medida en que esta conducta está determinada por normas jurídicas como condición o consecuencia, mientras que la ciencia social se refiere a la conducta humana de hecho, en tanto que determinada por leyes causales, es decir, como causas o efectos. El objeto de la ciencia del derecho es, como el propio *Verdross* lo acepta, actos creadores y aplicadores del derecho, actos que de hecho acontecen. Que la ciencia del derecho tenga por objeto al derecho positivo, significa que su objeto de estudio comprende sólo a aquellas normas que son de hecho emitidas y aplicadas por actos humanos, es decir, que sólo tiene por objeto de estudio un orden normativo eficaz. Estas normas conectan actos actuales, como condiciones, con actos actuales como consecuencias. Por lo tanto, las proposiciones jurídicas, con las que la ciencia del derecho describe su objeto, como las leyes naturales, con las que la ciencia natural describe su objeto de estudio, son juicios hipotéticos. Pero el objeto de estudio de la ciencia del derecho son los actos actuales determinados por normas jurídicas, y comprende acontecimientos sociales solo en la medida en que tienen lugar en cierta conexión, determinada por normas,

que yo he denominado *imputación*<sup>3</sup>; mientras que la ciencia social describe la conducta humana en sus conexiones causales. El principio de efectividad que, como contenido de la norma fundamental, es un principio del conocimiento específicamente jurídico, ofrece una garantía adecuada de que la ciencia del derecho no pueda perder de vista la conexión entre las normas jurídicas y lo que se llama *realidad social*.

---

<sup>3</sup> Cfr. mi ensayo *Causality and Imputation*, *Ethics*, vol. 51, 1950, pp. 1-11.