

2 E.
254



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**TESIS DONADA POR
D. G. B. - UNAM**

ANALISIS DE LAS TEORIAS DE KELSEN Y HART
SOBRE EL CONCEPTO DE ILICITO A TRAVES DEL
MODELO DE KUHN.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LILIANA MARIA FORT CHAVEZ

MEXICO, D. F.

1979

- 11938



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N T R O D U C C I O N

Mi pretensión en el presente trabajo es hacer una comparación, en cuanto a su alcance explicativo, del concepto de ilícito a través de las teorías de Kelsen y Hart. Con este fin, en los dos primeros capítulos se hace una breve exposición de ambas teorías, y de los métodos de construcción utilizados en cada una, para así establecer las diferencias tanto de supuestos metafísicos, aserciones teóricas, y como se dice del mismo método.

En el tercer capítulo, hago el análisis comparativo de los conceptos de ilícito, y de las críticas que Hart hace a Kelsen. Utilizo para ello la teoría de Kuhn, acerca de las revoluciones científicas; como las ideas del filósofo de la ciencia fueron concebidas para explicar ciertos fenómenos en la ciencia natural, justifico la aplicación que hago de ella en la comparación de dos teorías de filosofía del derecho, con la afirmación de que es posible considerarlas a ambas como matrices disciplinarias, así como de que no existe una línea divisoria rígida entre ciencia y filosofía.

Ciertamente existen algunos temas a los cuales puede darse un tratamiento mas extenso, pero no me fue posible hacer lo aquí, sin divagar. Es mi propósito hacerlo posteriormente.

INTRODUCCION

CAPITULO I

Teoría kelseniana

- 1.1 Causalidad e Imputación
- 1.2 Pureza metódica
- 1.3 Concepto de Derecho
- 1.4 Concepto de Ilícito

CAPITULO II

Teoría hartiana

- 2.1 Método lingüístico y sociológico
- 2.2 Concepto de obligación
- 2.3 Concepto de derecho
- 2.4 Concepto de ilícito

CAPITULO III

Análisis del concepto de ilícito en las teorías hartiana y kelseniana.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

TEORIA KELSENIANA *

* Los datos complementarios de las notas que figuran al final de cada capítulo (o al calce de la página en que aparece el número de la cita correspondiente), son los que se consignan en la bibliografía.

Uno de los propósitos teóricos fundamentales de Kelsen, fué la construcción de una teoría pura del derecho, es decir una teoría depurada de todo elemento ideológico, así como de elementos científico-naturales, para la construcción de una ciencia "consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto" (1).

Con el fin de delimitar el campo y alcance de las ciencias normativas, Kelsen parte de una distinción fundamental entre las categorías de causalidad e imputación, que implican a su vez la existencia de la naturaleza y de la sociedad, respectivamente, y originan dos diferentes tipos de ciencias: las naturales y las sociales.

El hombre, dice Kelsen, no siempre ha pensado causalmente. En el curso de la historia ha dado explicaciones únicamente con base en principios normativos.

El hombre primitivo no tuvo un gran impulso hacia la investigación, su deseo de cognición poco se manifiesta, y en donde lo hace, está estrechamente ligado a sus deseos y temores. Si un acontecimiento es percibido como malo, es interpretado como castigo por un mal comportamiento y si se percibe como bueno es una recompensa, es decir, se hace sólo una interpretación normativa de los hechos, a la que se denomina animismo. El animismo consiste en la aprehensión de la realidad inmediata bajo la categoría personal, concepción

de que no sólo el hombre tiene alma, sino todas las cosas, aún aquéllas que, según nuestra manera de ver, aparecen como cosas inanimadas.

La especulación de la filosofía griega, dice Kelsen, tiene originariamente carácter normativo, ya que la naturaleza es explicada análogamente a la explicación de la sociedad. El Estado fue el modelo del orden conforme al cual la filosofía trató de concebir al universo, puesto que en general los filósofos consideraron la existencia de un principio rector, tanto como causa del movimiento, como gobernador del mundo. Es decir, se identificó causalidad con retribución; esta identificación la pone de manifiesto Kelsen al notar que en la lengua griega, la palabra AITIA, de la cual deriva el vocablo causa, significó en un principio, también, culpa, ya que la causa es culpa del efecto.

Tales de Mileto, Anaximandro y Anaxímenes consideraron cada uno al agua, aire y apeirón respectivamente, como el principio rector, tanto causante como gobernador del mundo. Identificaron ellos causalidad y retribución.

Heráclito observó en la naturaleza una tensión de opuestos, que interpretó como guerra, retribución a ciertos hechos. Por otro lado, Parménides consideró que la necesidad que mantiene en conexión al cosmos es la obligatoriedad de una norma ju-

rídica divina, y esa norma -prosigue Kelsen-, es la retribución.

Los atomistas lograron una separación casi completa entre causalidad y retribución eliminando de su interpretación de la naturaleza los elementos teológicos y las causas que son fines.

Kelsen considera que la confusión entre el principio de causalidad y el principio de retribución aún "no ha desaparecido enteramente, del pensamiento de la ciencia natural moderna"(2), y en algunas investigaciones científicas es aún acogido como esquema único para la interpretación de la naturaleza. Observa el autor que sólo recientemente es cuestionada la causalidad en ciertas esferas de la física a partir de las críticas de Hume y Kant. El primero dudó que fuera una conexión necesaria y afirmó que sólo es una sucesión de hechos a los que un hábito del pensamiento torna en convicción. Kelsen no está de acuerdo en que la conexión entre causa y efecto posee el carácter de necesidad absoluta y que pueda ser el resultado de un hábito del pensamiento. Más bien deriva del principio de retribución como la expresión de una voluntad trascendente que relaciona el castigo con el pecado, y la recompensa con el mérito.

Kant sostiene que el concepto de causalidad no se forma con la observación de la realidad, puesto que ella no establece

la necesidad de una conexión entre dos hechos. El concepto de causalidad es una noción innata, una categoría a priori, una forma inevitable y necesaria del conocimiento mediante la cual coordinamos el material empírico de la percepción sensorial. Kelsen se adhiere a la explicación kantiana de la causalidad, pero va más allá de Kant, en cuanto concibe la categoría de la imputación.

El filósofo vienés afirma que el principio de causalidad puede ser interpretado como principio epistemológico, es decir, como "norma dirigida al conocimiento humano que se esfuerza por investigar las conexiones entre los fenómenos observables en el mundo de los sentidos y conceptualizar estos hechos como causa y efecto, y en estos términos explicar la realidad".(3) Esta norma dada al entendimiento, llamada ley de causalidad, no se confunde con el principio de retribución (imputación), ya que la ley causal en tanto norma dirigida al entendimiento es un esquema de la razón o principio explicativo. El principio de retribución es un esquema de la razón diferente de la causalidad; los juicios formulados con base en éste último tienen valores de verdad, y describen o interpretan los datos sensoriales, en cambio, los juicios fundados con base en la retribución, siendo susceptibles de valor de verdad, no se refieren al mundo del ser sino al mundo del deber ser, a las normas no perceptibles sensorialmente.

Los principios de causalidad e imputación proporcionan un criterio seguro para separar los conceptos de sociedad y naturaleza, así como de ciencia social y natural. La ciencia -en la visión Kelseniana- posee un carácter constitutivo, es decir, produce epistemológicamente su objeto al concebirlo como una totalidad significativa; el caos de percepciones sensoriales se convierte en un cosmos o naturaleza, mediante el principio ordenador de la causalidad; un determinado material empírico sólo tiene sentido normativo mediante el principio ordenador de la imputación. Sólo en virtud de tales principios son cognoscibles los hechos naturales y las normas, pues ambos principios cumplen epistemológicamente una función análoga; enlazan dos elementos en un enunciado que se denomina ley natural, si se utiliza el principio causal; o que se denomina proposición o enunciado jurídico si es utilizada la imputación.

Las proposiciones jurídicas -afirma Kelsen- son enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento, "describen las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana".(4) Esta proposición jurídica permite explicar el sentido del enlace voluntario entre dos acontecimientos como normativo, y aunque se explique la relación como normativa, existe distinción entre tal enunciado y las normas jurídicas. El enunciado ju-

rfidico es informativo y es emitido por los estudiosos del derecho, por tanto, tiene valor de verdad. De las normas pueden derivar obligaciones, permisos y autorizaciones, y son válidas o no.

Kelsen admite sólo la existencia de enunciados jurídicos y logra no sólo hacer a un lado elementos causales, sino normas, en tanto actos de voluntad, y también enunciados ideológicos y políticos, en tanto éstos son caracterizados como "una función de la voluntad y, en cuanto tal, una actividad que necesariamente presupone la pretensión consciente o inconsciente de valores cuya realización es el propósito de la actividad" (5).

Así queda clara la separación entre ciencia como acto del entendimiento y derecho, moral, política, etc. como actos de voluntad. Es la voluntad la instancia cuyo fin es determinar el contenido de las normas: éstas tienen un carácter arbitrario. Esto quiere decir que cualquier comportamiento puede ser estatuido por ellas como debido; (6) y no corresponde a la ciencia, sino a la política legislativa, determinar qué conducta es conveniente evitar o provocar.

La teoría pura del derecho constituye, nos dice el filósofo vienés, una teoría del derecho positivo en general que pretende distinguir su objeto dando respuesta a la pregunta qué es el derecho y cómo es y no a la pregunta de cómo deba

ser o cómo deba ser hecho. Por ello, procede a la construcción de un concepto de derecho que, epistemológicamente, es la delimitación del objeto de conocimiento.

La ciencia jurídica, de acuerdo a Kelsen, realiza tal construcción con el análisis de varios datos, uno de los cuales es el contenido de los diversos derechos positivos. En esta investigación encuentra que la palabra *Recht* y sus equivalentes en otros lenguajes, no designan objetos tan diferentes que no sea posible abarcarlos bajo un concepto común; más bien resulta que todos aparecen como ordenamientos de la conducta humana, y en la medida en que los "ordenes jurídicos" son sistemas sociales, regulan la conducta de un hombre en tanto se refiere, inmediata o mediatamente, a otro hombre. Por otra parte, advierte que la autoridad jurídica exige una determinada conducta sólo porque la considera valiosa para la comunidad jurídica.

Con respecto a que el derecho es un orden de la conducta humana, se plantea el problema de que en sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, plantas, inclusive cosas inanimadas, es regulado de idéntica manera que el de los hombres, por el orden jurídico; esta cuestión la explica retrotrayendo tal contenido normativo a una representación animista, según la cual animales, plantas y objetos tienen un alma y no se distinguen esencialmente del hombre.

Encuentra el filósofo que otra nota común de los sistemas sociales designados como derecho, es "que son órdenes coactivos en el sentido de que reaccionan con un acto coactivo... ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, en cuanto socialmente perjudiciales". (7) Los actos coactivos se manifiestan en la privación forzada, si es necesario, de bienes tales como la vida, salud, libertad u otros valores, privación que debe imponerse aún en contra de la voluntad y de ser necesario recurriendo a la fuerza física. Estos actos coactivos o sanciones son socialmente immanentes, puesto que se ejecutan por miembros de la sociedad, y están socialmente organizados puesto que el sistema determina qué individuos deben llevarlos a cabo y no se refiere a la mera desaprobación moral.

Kelsen construye su concepto de derecho y lo define como orden coactivo de la conducta humana. Antes ha especificado que hay ciertos elementos que no se incluyen en la definición, por ejemplo: la fuerza psíquica; que el derecho es un orden coactivo no significa que pertenezca a la esencia del derecho constreñir a la conducta exigida por el orden jurídico. Esta motivación es una función posible del derecho, pero no necesaria, dado que la conducta conforme a derecho puede ser producida por otros motivos. "El derecho es un orden coactivo, no en el sentido de que ejerce, coacción psíquica, sino en el sentido en que los actos coactivos, a saber: la privación coactiva de la vida, de la libertad, de bienes económicos y otros, son estatuidos por él como consecuencias de condiciones que él determina"(8).

También excluye de su concepto la alusión a premios y recompensas, pues aunque algunos sistemas jurídicos contienen a veces normas por las cuales se prevén premios y recompensas para ciertos actos, no es una nota común a todos los sistemas sociales designados como derecho y sólo desempeñan un papel muy subordinado a la coacción; además, ha habido órdenes jurídicos sin este tipo de contenidos.

No le interesa tampoco incluir alguna referencia a la justicia. En efecto, sostiene que "La justicia es un ideal irracional. no... accesible al conocimiento"(9). Decir que una norma o sistema es justo, es emitir un juicio de valor determinado por ciertas emociones. La tendencia a identificar el derecho y la justicia es la tendencia a justificar un orden social dado, no es una tendencia científica, sino política y por tanto, una teoría pura del derecho -dice Kelsen-, no puede responder a la pregunta de qué es justicia y entonces no puede introducirla en el concepto de derecho.

Si bien, aunque los distintos órdenes jurídicos coinciden en grandes líneas con respecto a los actos que estatuyen -advierte Kelsen-, se distinguen notablemente en relación con las condiciones a las que se enlazan los actos coactivos. No obstante que han existido grandes diferencias en cuanto a la situación social deseada, el medio para conseguirlas no ha sido diferente, y al derecho se le considera también como un "método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada" (10).

El derecho así analizado es un medio de provocar conductas; ésta

definición es útil para integrar la definición normativa del derecho, pero las características de ella no las incluye Kelsen, pues está construida desde el punto de vista de las ciencias causales como es la psicología, ya que considera al derecho como una causa que origina ciertas conductas como efecto. El filósofo vienés afirma que en la sociología se ve al derecho de esta manera y que ésta se diferencia de la Teoría del Derecho no ya en su objeto, sino en el específico sentido de sus descripciones.

Lo importante es la labor positiva o sea el resultado que obtuvo Kelsen al definir el derecho como orden coactivo de la conducta, pues a partir de esta definición significativa va a resolver una serie de problemas de teoría general del derecho y algunos de ellos son el concepto de deber jurídico y de ilícito que serán centrales en el desarrollo de esta investigación.

El concepto de deber jurídico es relevante por la estrecha relación que guarda con el concepto de hecho ilícito. El deber jurídico, no es sino una función del concepto de norma jurídica, ésta no se refiere a la conducta de un solo individuo, sino cuando menos a la de dos: el individuo que comete o puede cometer el acto antijurídico, o sea el infractor, y aquel que debe ejecutar la sanción.

En la teoría pura no se puede construir un concepto de obligación, ni de ilícito sin tomar en cuenta el elemento de la coacción; sin éste no habría realmente obligación jurídica, sino tan sólo lo que

la jurisprudencia llamó obligación natural, en la cual sin duda el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta, pero objetivamente ese acto no es ninguna norma de derecho. Por eso se afirma que "no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria" (11).

De esta afirmación se infiere que se "comete un acto antijurídico si se comporta (el sujeto) de tal manera que su conducta sea condición de una sanción" (12).

El hecho ilícito es la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica y obligación jurídica es la conducta que prescribe la norma en tanto su incumplimiento esté sancionado. Hay pues una íntima vinculación entre ambos conceptos: el hecho ilícito es lo opuesto a la conducta obligatoria. Tomando en cuenta que la regla de derecho puede ser construida según el esquema "en tales condiciones una sanción debe ser ejecutada"; entonces el hecho ilícito aparece como una condición de la sanción, "es el supuesto al cual la norma jurídica, enlaza sanción" (13) Nos afirma Kelsen que en general la sanción es convertida en una consecuencia de la conducta que se considera perjudicial a la sociedad y que, de acuerdo con las instituciones del orden jurídico, tiene que ser evitada; también afirma que tales intenciones y propósitos del legislador no son elementos definitorios de los conceptos jurídicos ya que no forman parte del derecho, únicamente podrían entrar en las definiciones en la me-

dida en que se hallen expresados en el material producido a través del procedimiento creador del derecho.

Siendo el acto antijurídico la conducta a la cual se enlaza una sanción, dice el filósofo vienés que es incorrecto afirmar que una cierta conducta trae una sanción jurídica porque tal conducta es antijurídica. Tal enunciado parte de una concepción iusnaturalista donde se postula la existencia de ciertos valores absolutos respecto a los cuales independientemente de tiempo y lugar, habrá ciertas conductas ilícitas, malas in se, distinguiéndose de la mala prohibita que es conducta ilícita sólo en cuanto está prohibida por un orden social positivo. En una teoría del derecho, no hay mala in se, sólo hay mala prohibita; un comportamiento solo es ilícito cuando está prohibido, por lo tanto no se puede mantener esta división característica del jusnaturalismo. El problema político y moral, que estriba en determinar a qué conducta debe el legislador conectar una sanción -afirma el autor-, rebasa los límites de la teoría pura.

Al considerar Kelsen al acto antijurídico como condición de la sanción advierte que, sin embargo, no es condición única; así en su Teoría General del Derecho y del Estado, ejemplificando con el caso de un contrato, nos dice que el hecho de que alguien cometa un ilícito no queda suficientemente caracterizado si se dice que es una condición de la sanción, ya que existen otras conductas como celebración del contrato y demanda que son condiciones necesarias para que deba producirse una sanción. Sin embargo, la nota distintiva en-

entre la conducta -hecho ilícito- y las demás conductas, no puede encontrarse en el hecho de que el legislador desea la conducta contraria a aquella caracterizada como acto antijurídico, puesto que si así fuera, entonces el concepto de hecho ilícito no sería un concepto construido a partir de la teoría pura. Tal nota distintiva, mas bien podría encontrarse en que el acto antijurídico es "la conducta contra la cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta" (14) No así las demás condiciones, contra las cuales no se dirige la sanción.

NOTAS DEL PRIMER CAPITULO

- (1) Kelsen.- Prólogo a la primera edición de la Teoría Pura del Derecho.
- (2) Kelsen.- Sociedad y Naturaleza pág. 380.
- (3) Kelsen.- Causalidad e Imputación pág. 224.
- (4) Kelsen.- Teoría Pura del Derecho pág. 84.
- (5) Kelsen.- Ciencia y Política pág. 1.
- (6) Kelsen.- Sobre el Concepto de Norma pág. 203.
- (7) Kelsen.- Teoría Pura del Derecho Pág. 48.
- (8) Idem. pág. 49
- (9) Kelsen.- Teoría General del Derecho y del Estado. pág. 15
- (10) Kelsen.- 1a. Edición de la Teoría Pura del Derecho. pág. 72.
- (11) Kelsen.- Teoría Pura pág. 79.
- (12) Kelsen.- Teoría General del Derecho y del Estado. pág. 69.
- (13) Idem pág. 60
- (14) Idem pág. 63.

CAPITULO II

TEORIA HARTIANA

El profesor Hart, jurista inglés, hace una caracterización del derecho con el fin de promover su comprensión; para ello, selecciona algunos métodos, a través de los cuales podemos ubicar su posición. El se plantea problemas a los cuales trata de dar solución esclareciendo el significado de los términos, para así, mediante su elucidación, distinguirlos, como hace con los enunciados "verse obligado y tener una obligación." En tanto se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico y no de la crítica del derecho, se puede ubicar su pensamiento dentro de la teoría jurídica analítica.

Por otro lado, considera el autor que no es suficiente hacer sólo una investigación sobre significados, ya que muchas distinciones o relaciones importantes pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de sus usos típicos y de la manera en que ellos dependen de un contexto social que a menudo no se expresa; por ello también se le puede considerar dentro de la corriente de la sociología descriptiva.

Cuando se plantea el problema acerca de la concepción de norma, Hart nos habla de la existencia de diferentes situaciones de la vida social en que una persona puede expresar el deseo de que otra haga o se abstenga de hacer algo. Cuando ese deseo se expresa, es usual en muchos idiomas valerse de una forma lingüística especial llamada el modo imperativo. Las situaciones sociales en que se dirige a los demás una forma imperativa, suelen ser diversas en extremo, y no se

distinguen entre sí con precisión, de tal manera que palabras tales como súplica, permiso o advertencia sirven sólo para hacer algunas pocas discriminaciones. La más importante de estas situaciones es aquella para la cual la palabra imperativo parece especialmente apropiada; tal situación es la que se denomina orden y se da con el caso en que para asegurar el cumplimiento del mandato de X (un asaltante), éste amenaza con hacer algo a Y, algo que un hombre normal consideraría dañoso o desagradable.

Señala el autor que en estas situaciones pueden surgir difíciles cuestiones lingüísticas, puesto que sería atinado decir que el asaltante ordenó a Y cierta conducta, pero no lo sería decir que él dió una orden, puesto que este enunciado "sugiere que hay algún derecho o autoridad para dar órdenes" (1) En esta situación generalmente se habla de mandatos que denotan el ejercicio de la autoridad sobre un hombre. Sin embargo, estas situaciones simples no son la forma típica en que funciona el derecho, puesto que ninguna sociedad podría mantener el número necesario de órganos para asegurar que cada uno de sus miembros sea informado de cada uno de los actos que debe realizar; esto constituye meramente una forma secundaria de funcionamiento. La forma típica -que el autor llama primordial- en que funciona el derecho es indicando un tipo general de conducta, y aplicándola a una clase general de personas, de quienes se espera que las comprendan y las cumplan, y si así no sucede, los funcionarios pueden recordárselas y exigirles que las acaten. Por tanto, en su forma primaria el control jurídico es un control mediante directivas que son generales, tanto por indicar un tipo general de conducta, como por aplicarse a

una clase de gentes; no así la situación expresada mediante el enunciado X ordenó a Y, en donde X, al expresar su deseo de que Y haga algo se dirige personalmente a éste. Este es un aspecto en el que difieren el dictar órdenes y ordenar a los demás hacer cosas.

Aparte del significado, otro aspecto que los diferencia es la situación. Puede ser que el asaltante tenga cierta superioridad sobre Y, pero tal radica en su temporaria posibilidad de formular una amenaza, no así una norma que presenta la característica de permanencia o persistencia, es decir, "que aquellos a quienes las órdenes generales se aplican sustentan la creencia general de que probablemente a la desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza, no sólo en la primera promulgación de la orden, sino continuamente hasta que la orden sea revocada o cancelada" (2), esta creencia general en la probabilidad continuada de ejecución supone la concurrencia de ciertos factores que no se dan en la situación del asaltante.

Un tercer aspecto del que nos habla Hart es que, en el caso del derecho, la mayor parte de las órdenes "son mas frecuentemente obedecidas que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas (3); es decir, existe un hábito general de obediencia, que caracteriza el autor recurriendo a la observación del comportamiento social, ya que los conceptos de hábito y obediencia no le parecen suficientes para describir las situaciones en que se crean normas jurídicas, puesto que puede existir un hábito general de obediencia, y tratarse de un caso en que los individuos

se ven forzados a obedecer, por ciertas órdenes respaldadas por amenazas, y por lo tanto no tienen una obligación, en el sentido de que X les dió una órden.

Hart considera que sólo se puede hablar y dar cuenta de la posibilidad de crear, modificar, imponer y extinguir deberes respondiendo pormenorizadamente a cómo son hechas en la realidad estas operaciones. En tal descripción, se observará que si instrumentos como las palabras son usados para crear obligaciones jurídicas, es porque existen reglas dentro del sistema que prescriben que si esas palabras son usadas, las personas designadas por ellas estarán jurídicamente obligadas; por tanto decir que las reglas de obligación existen significa decir que existen ciertas normas que otorgan poderes y que "pertenecen a una clase de reglas caracterizadas como reglas válidas de ese sistema particular por criterios especificados en las reglas fundamentales del propio sistema". (4) A su vez decir que estas reglas fundamentales existen, es "hacer referencia a la práctica efectiva del grupo social particular cuyo sistema jurídico está en consideración" (5). Sin embargo, esa práctica social no es sólo un hábito de obediencia, es algo más que se caracteriza con el siguiente mínimo requerido:

a) La aceptación general de las palabras del soberano X, como constitutivas de un patrón de conducta, de tal manera que los incumplimientos puedan ser criticados en base a él.

b) La referencia a las palabras del soberano X, como razones para actuar: como apoyando las órdenes de que otros deben hacer lo que X dice, o para interpretar como permisible la aplicación de medidas represivo coercitivas a quienes se desvíen del patrón.

Esto, nos dice Hart, constituye la práctica social que fundamenta las obligaciones, la cual se describe como reglas efectivamente aceptadas por un grupo social. Y si un grupo acepta ciertas normas dadas por el legislador, entonces acepta la norma de que el legislador debe ser obedecido. Esta regla existe realmente en la práctica, no es necesario suponerla válida, tal norma es algo cuya existencia se infiere por un observador, a partir de la observación del comportamiento de la sociedad, obediencia llevada a cabo porque sus miembros aceptan la validez de las normas del sistema, no porque tal regla -que Hart llama de reconocimiento- sea formulada en forma expresa.

Mediante el análisis del lenguaje, Hart construye su concepto de obligación; para ello clasifica y establece límites entre los enunciados "Y tiene una obligación", "Y se vió obligado"; ésta es generalmente una afirmación acerca de las creencias y motivos que acompañan una acción, en donde van implícitas referencias a la apreciación de que se recibiría un daño comparativamente mayor. Este enunciado, visto no desde el sujeto

pasivo de la orden, sino desde el sujeto emisor de la orden, corresponde al enunciado "X le ordenó", y los dos describen la situación de una orden respaldada por amenazas; el primero, "Y tiene una obligación" corresponde al enunciado "X dió una orden" y ambos son diferentes a los anteriormente vistos, puesto que creencias y motivos no son suficientes para sustentar su verdad, pues aquí se presupone una "situación social que incluye la existencia de reglas,"⁽⁵⁾ dado que la existencia de reglas es trasfondo del enunciado, y como ya se expresó, fundamenta la existencia de las obligaciones.

Concretamente con respecto al concepto de obligación y siguiendo su método de la sociología descriptiva, nos dice el autor que se dice y se piensa que una regla impone obligaciones:

a) "Cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande" (6)

b) "la insistencia en la importancia o seriedad de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones" (7); las reglas sustentadas por la presión social seria, se las reputa importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor.

c) "Se reconoce generalmente que la conducta exigida por estas reglas aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea hacer" (8). Por ello se piensa que implican sacrificio o renuncia

El aspecto interno y externo de las reglas es básico para el entendimiento de los conceptos hartianos. Se hace un enunciado interno cuando se habla acerca de la validez de alguna regla del sistema, tomándose a la norma como guía y fundamento de la conducta, es decir el autor de enunciado es un miembro de grupo que acepta las normas. Desde el punto de vista externo, se expresa el punto de vista de un observador que satisface con "registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones o castigos, que enfrentan a las desviaciones" (9). Aquí se puede hablar de la validez de las normas que, si el observador no acepta otras sí, y a diferencia del punto de vista interno, no se da explicación de una conducta en base a una prescripción, sino con base en ciertos hechos o regularidades externas observables y predecibles, que a su vez son provocadas por normas.

Los elementos "exigencia general" y "presión social" son características importantes de las reglas debido al punto de vista interno, puesto que en este es relevante la manera en que el grupo contempla su propia conducta en referencia a reglas -viviendo una violación como una base para la predicción

sino como una razón para la hostilidad, fundados en que la regla preserva un aspecto importante de su vida social. Hart hace hincapié en que el aspecto interno de las normas no se reduce a elementos psicológicos, ya que éstos, afirma, no son necesarios ni suficientes para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado -prosigue-, las reglas jurídicas "tienen que ser generalmente obedecidas" (10). La noción de obediencia no implica necesariamente que la persona que obedece piense que lo que hace es correcto, puede no compartir el punto de vista interno en este aspecto, pero de alguna manera tiene que considerar a las reglas como un "criterio común y público de decisiones judiciales correctas" (11) La obediencia general, entendida así, es la primera condición que tiene que ser satisfecha por los particulares; y la aceptación de ciertas pautas de conducta como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial, es la segunda condición, que debe ser satisfecha por los funcionarios.

Con respecto al concepto de derecho, Hart manifiesta que pocas preguntas se han formulado con tanto persistencia como la interrogante ¿Qué es derecho?, y ello se debe a la diversidad de cuestiones que se intentan resolver con una definición. La diferencia entre el derecho y las órdenes respaldadas por amenazas, la relación entre obligación jurídica y moral, la naturaleza de las reglas y la cuestión de si el derecho es un conjunto de reglas son problemas recurrentes, a los cuales el autor piensa que no es posible resolver mediante una defini-

ción, sin embargo -prosigue-, "es posible aislar y caracterizar un conjunto central de elementos que forman una parte común de la respuesta" (20) a los problemas planteados.

La caracterización ofrecida por Hart concibe al derecho como una unión de reglas primarias y secundarias, sin pretender que la palabra derecho tenga que ser definida en esos términos. Para ello es necesario conocer el significado de los dos tipos de reglas. Las reglas primarias son las reglas de obligación, cuyo concepto ya fue expuesto.

Para caracterizar una estructura jurídica, el autor utiliza la hipótesis de una sociedad sin legislaturas, tribunales o funcionarios, tal hipótesis es presentada como una estructura de reglas primarias o de obligación. Para que una sociedad de este tipo pudiera sobrevivir, sería necesario que sólo una minoría rechazara las normas, puesto que en el caso contrario habría muy poca presión social que temer.

Esta estructura de reglas primarias así caracterizada, presentaría varios defectos. El primero de ellos sería la falta de certeza, ya que las normas no integrarían un sistema, sino un conjunto de criterios o pautas de conducta sin marca identificatoria y no se sabría cuáles son las normas jurídicas. También se presentaría el defecto del carácter estático de las reglas, pues el único modo de cambio sería el lento proceso de crecimiento, en donde la conducta se transformaría de opta-

tiva en habitual, y de habitual en obligatoria, pues no habría manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes. Un tercer defecto sería la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas, puesto que habría siempre incertidumbre acerca de si una regla ha sido o no violada, y también la habría acerca de quién debe aplicar una sanción, ya que no hay órganos oficiales autorizados.

Nos dice Hart que "la introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerado un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico" (13), pues cada remedio trae elementos que caracterizan al derecho. Estos remedios consisten en la introducción de reglas de nivel distinto de las primarias, son reglas acerca de ellas y especifican la manera en que pueden ser verificadas, introducidas, eliminadas, modificadas y determinada su violación.

Para la falta de certeza se introduce la regla de reconocimiento, ella especificará alguna característica cuya posesión por una regla, es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. Es una forma propia de resolver dudas, pues al proporcionar una marca se introduce la idea de un sistema jurídico.

El remedio para el carácter estático de las reglas consiste

en introducir reglas de cambio, que facultan para introducir nuevas reglas primarias y dejar sin efecto a otras. Tales normas especifican quiénes pueden legislar y con qué procedimientos.

Para remediar la insuficiente presión social se introducen reglas de adjudicación. Estas facultan a los sujetos para determinar en forma revestida de autoridad, si se ha transgredido una regla primaria y cometido un ilícito, además de regular el procedimiento y, en último lugar, aunque para Hart no es fundamental, se establecerán normas sancionadoras y a quién le corresponde su aplicación.

Las normas sancionadoras -según la teoría- aún cuando se trata de normas deliberadamente creadas, no son necesariamente órdenes dadas a otros.

Concepto de ilícito.

Una de las características del derecho es la forma típica de su funcionamiento. Las normas indican el tipo general de conducta y las personas que deben cumplirlas. Aunque una ley penal parece aproximarse más que otras normas a lo que es una orden respaldada por amenazas, no puede confundírsela ya que participa de la característica de generalidad, por cumplir la función de "establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes

la ley penal se aplica" (14) puesto que se espera que los miembros de la sociedad adecuen su comportamiento a ellas, y solo de manera supletoria se las recuerden en caso de violación. Esto último es posible ya que las reglas, aparte de indicar a la sociedad qué acciones no deben realizarse, constituyen un criterio para identificar un hecho como delito, cuestión que está implícita en la idea de que la ley penal previene modelos de conducta para asegurar ciertos tipos de comportamiento y desalentar otros.

La idea de que las reglas tienen como función guiar no sólo a los órganos, sino también a los ciudadanos ordinarios no puede ser eliminada -dice el autor- sin oscurecer el carácter específico del derecho como medio de control social. Lo que las reglas exigen es calificado de deber, y la pena o sanción que las normas imputan a las infracciones del derecho "buscan crear un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades" (15). En una visita a Kelsen hace referencia a elementos de condenación por conductas consideradas inconvenientes a la sociedad, y afirma que este es el único criterio para distinguir entre delito y otras figuras. Cuando se estima inconveniente una conducta, su contraria es establecida por una regla como deber jurídico y sirve éste como criterio para identificar los hechos delictuosos. Sin tal criterio no sería posible distinguir entre una sanción, como sería una multa y un pago de impuestos, ya que en ambos casos hay una directiva a un órgano para infringir el mismo daño pa-

rimonial. Lo que los distingue es que la multa, a diferencia del impuesto -precisa Hart-, implica el incumplimiento de un deber en la forma de violación de una regla establecida como guía para la conducta de los ciudadanos. Sin embargo -nos advierte- tal distinción que en general parece clara puede resultar borrosa en ciertas circunstancias, ya que se pueden establecer impuestos no sólo con la finalidad de obtener ingresos, sino para desalentar ciertas conductas, e inversamente sucede con las multas que por razón de la depreciación de la moneda pueden llegar a ser tan pequeñas que llegan a pagarse con gusto, pues son vividas como impuestos.

NOTAS DEL SEGUNDO CAPITULO.

- (1) Hart.- Concepto de Derecho. pág. 25
- (2) Idem.- pág. 29
- (3) Idem.- pág. 30
- (4) Hart. Obligación Jurídica y Obligación Moral. pág. 12
- (5) Hart.- Concepto de Derecho. pág. 106.
- (6) Hart. Idem. pág. 107
- (7) Idem. pág. 108.
- (8) Idem. pág. 109.
- (9) Idem. pág. 111.
- (10) Idem. pág. 145.
- (11) Idem. pág. 144
- (12) Idem. pág. 20
- (13) Idem. pág. 117.
- (14) Idem. pág. 34.
- (15) Idem. pág. 34.

CAPITULO III

ANALISIS DEL CONCEPTO DE ILICITO EN LAS TEORIAS HAR_ TIANA Y KELSENIANA.

ANALISIS DE LAS TEORICAS DE KELSEN Y HART SOBRE EL CONCEPTO DE ILICITO A TRAVES DEL MODELO DE KUHN.

Criticando el concepto de ilícito pretende Hart señalar ciertas limitaciones de la teoría pura con respecto de su principal objetivo, que es promover la comprensión de un sistema de derecho positivo. En su artículo "Una visita a Kelsen" manifiesta su consternación con respecto al concepto Kelseniano de ilícito, caracterizado como una conducta tal que si un sujeto incurre en ella se hace sujeto pasivo de una sanción, y a la afirmación de Kelsen de que este concepto es todo lo que puede y debe contener, aunque se presuponga su carácter socialmente perjudicial.

Comenta Hart que la teoría pura, a pesar de las semejanzas en espíritu y orientación general, no se le puede identificar con la jurisprudencia analítica, ya que en ésta - a pesar de que Austin y sus seguidores distinguen de un modo tan marcado como Kelsen entre el análisis del derecho y sus evaluaciones morales, políticas o ideológicas -, no existe ninguna insistencia similar a la de él, de restringir los elementos que utiliza en sus conceptos. Insistencia basada en la afirmación de que la tarea de la teoría del derecho ha de ser ejecutada únicamente con elementos tomados del derecho mismo, pues sólo ellos son el material jurídico, y cualquier elemento no jurídi

co como los psicológicos, sólo podrá ser usado en definiciones, cuando el derecho mismo pone como relevantes tales notas, como por ejemplo en los delitos dolosos y culposos.

Hart manifiesta que en la construcción de conceptos da dos los objetivos de la teoría pura-, le es difícil comprender por qué han de observarse las restricciones que ésta impone, así como también le es difícil comprender cómo se hace para determinar qué elementos son los contenidos en la norma, de tal manera que elementos tales como el supuesto deseo del legisla---dor o el hecho de que una conducta delictuosa sea socialmente dañina, queden excluidos del concepto.

Las definiciones construidas con tales restricciones afirma en "Una visita a Kelsen", "no sirven a ningún propósito útil, ni teórico ni práctico . Mas bien pueden introducir en ciertos puntos una confusión"(1). Para demostrar ésto, considera el siguiente caso: las sanciones pueden tomar la forma de pagos coactivos de dinero como las multas, pero un impuesto - dice - toma también esa forma. En ambos casos ciertas con-

ducta de algún sujeto es una condición bajo la cual un órgano del mismo sistema debe demandar un pago en dinero por parte del sujeto. Si se confía la atención a los contenidos del derecho, tal y como se presentan en la forma canónica: "Si A, entonces debe ser B", es imposible distinguir una ley penal que castiga una conducta con una multa de una ley de impuestos que grava ciertas actividades; en ambos casos las disposiciones legales son idénticas al ser examinadas con el esquema canónico kelseniano, ambos casos serían casos de delitos a menos que se distinga entre ellos - afirma Hart - haciendo referencia a algo que escapa de tal forma y que sería que la multa es un castigo a una actividad oficialmente condenada, y el impuesto no lo es.

No se puede Kelsen salvar de tal crítica -afirma el autor- diciendo que en un caso existe sanción y en otro no, ya que lo único que haría sería diferir el problema a este concepto, puesto que aquí también habría que salir fuera de los límites de la definición jurídica con objeto de determinar cuándo un pago coactivo de dinero es una sanción y cuándo no. Hart considera necesario cuando se habla de sanción asumirla como un castigo para desalentar conductas socialmente indeseadas, elemento que en la teoría pura tiene que ser excluido.

Dadas las críticas de Hart a la teoría pura a través del concepto de delito, es conveniente, y es el propósito del pre-

sente trabajo, hacer un examen de ellas, con la finalidad de de terminar, a partir de la teoría hartiana, si existe un progreso en la teoría general del derecho.

Para llevar a cabo el propósito del presente trabajo uti lizaré la teoría de Kuhn que se propone explicar las revolucio- nes llevadas a cabo en el campo científico. Trataré de justifi- car la extrapolación que hago de algunos conceptos que dan ex plicaciones de ciertos problemas en el campo de la ciencias, al campo de la filosofía del derecho, apoyándome en las ideas de S. Körner.

Körner denomina sistema conceptual al conjunto de conoci mientos sobre el universo de una comunidad filosófica o científ- ica. En ese sistema es posible distinguir una zona correspon- diente a hechos y circunstancias empíricas y otra zona de cate- gorías y principios generales y básicos. La primera incluye to da noticia concreta obtenida empíricamente, tanto por experien- cia común, como por experimento científico. La segunda inclu- ye, por una parte, un conjunto de conceptos y principios constitu tivos y regulativos del conocimiento y experiencia, tales como el principio de causalidad, y estructuras de predicación, de re lación y de referencia, es decir, los principios que constitu- yen y definen una ontología y que forman las leyes de la lógica. El sistema conceptual, por tanto, es un complejo de conocimientos

estratificado en dos niveles: una super-estructura de información empírica y una infraestructura básica que consta de dos subestratos: uno de contenido y de carácter epistémico ontológico, y otro de carácter lógico. Estos dos subestratos constituyen el marco categorial (2).

Este esquema permite trazar una línea entre filosofía y ciencia, línea que no es una frontera rígida. La zona de información empírica corresponde a la ciencia, mientras que la infraestructura epistémica y lógica corresponde a la filosofía.

Dadas las estrechas relaciones que existen entre filosofía y ciencia, un cambio conceptual o revolución - de lo cual habla principalmente Kuhn - puede darse en cualquiera de los dos niveles: científico o filosófico indistintamente. Kuhn hace notar que en la práctica de la ciencia la comunidad de científicos presupone una serie de reglas en el sentido de "puntos de vista establecidos", entre los cuales se encuentran ciertos compromisos metafísicos y metodológicos que les dicen qué y cómo buscar y qué esperar. Estos compromisos metodológicos corresponden a lo que sistematizadamente llamamos filosofía. Por tales razones considero que es legítimo utilizar los conceptos de teoría de la ciencia para analizar las teorías filosóficas de Hart y Kelsen.

En la temática de la estructura de las revoluciones cien-

tíficas, uno de los principales conceptos analizados por el autor es el de paradigma. Este concepto alude a las realizaciones científicas que alguna comunidad científica particular reconoce durante cierto tiempo como fundamento para su práctica posterior, y a su vez define los problemas y métodos legítimos a usar. El paradigma funciona así, debido a sus características: ningún paradigma resuelve todos los problemas, ellos definen un cierto campo en donde son competentes para dar soluciones eliminando otros problemas y tachándolos a veces como metafísicos. Por otro lado, la adquisición de un paradigma implica el abandono de los modelos explicativos rivales, ya que el paradigma mismo debe su status al mayor éxito que tiene sobre sus competidores, no significando esto que resuelva todos los problemas, ni aún los de su campo, ya que con respecto a éstos sólo existe la posibilidad de resolverlos en el mencionado campo de investigación, mediante el trabajo de articulación de la ciencia.

Kuhn reconstruye el significado de paradigma a través del término "matriz disciplinaria" "disciplinaria porque es común a quienes practican una disciplina científica; matriz porque está formada por elementos ordenados que requieren una especificación individual" (3). Este concepto lo integra con varios elementos:

- a) Generalizaciones simbólicas, que suelen ser instru--

mentos formales, lógicos y matemáticos.

b) Partes metafísicas constituidas por modelos particulares con función heurística.

c) Valores compartidos por los científicos como son la exactitud, sencillez, coherencia, probabilidad, compatibilidad con otras teorías, utilidad, etc. Los valores compartidos son importantes puesto que determinan la línea de comportamiento de un grupo, aunque se los aplique de distinto modo.

d) Ejemplos standard de problemas: ejemplizadores. Son importantes ya que a través de ellos se obtiene el conocimiento y no a través de teorías y definiciones, pues si la teoría no tiene aplicación no tiene mucho contenido empírico. Estos ejemplizadores consisten en soluciones de problemas que normalmente encuentran quienes estudian ciertas especialidades y que se llevan a cabo como aplicaciones de la teoría aprendida.

Es posible presentar las teorías de Kelsen y Hart como matrices disciplinarias en filosofía, puesto que participan de las características de ellas. Tanto uno como otro autor parten y usan ciertos principios lógicos como son el principio de no contradicción, el del tercero excluido y el de inferencia.

Con relación a modelos heurísticos, se pueden señalar en la teoría de Kelsen dos de carácter epistemológico. Como se ha visto anteriormente Kelsen construye su teoría a partir del principio de imputación, principio cuya función explicativa le permite el conocimiento y construcción de su objeto de estudio. El concepto de norma hipotética, concepto que le permite el conocimiento del derecho como un sistema válido con sentido, es otro ejemplo. Hart, en tanto alude al enfoque lingüístico y de sociología y a ciertos elementos valorativos al hablar de obligación, construye - lo señalo a manera de ejemplo - el modelo del contenido mínimo del derecho natural, como un modelo valorativo, que le permite explicar ciertas regularidades en los sistemas jurídicos.

En cuanto a ciertos valores compartidos, no sólo se puede decir que internamente hartianos y kelsenianos comparten ciertos valores, sino que en general la coherencia es un valor de gran peso para ambos así como la sencillez, utilidad, compatibilidad con otras teorías, etc. Tal vez en el caso de Hart sea de más peso la exactitud, ya que estos valores están referidos a una concepción de la realidad diferente a la de Kelsen, pues esta se construye a partir de la imputación.

Por otro lado, puede decirse que los autores están de acuerdo sobre la existencia de ciertos problemas jurídicos, co-

mo por ejemplo, de si ciertos acontecimientos son delitos, si en ciertas situaciones se pueden hablar de derechos, obligaciones, etc.; y según sea la teoría compartida los científicos están de acuerdo en sus respectivos métodos de investigación.

Concepto importante dentro del esquema de Kuhn son los de crisis y revolución científica. Una crisis sobreviene cuando ya no se tiene confianza en un paradigma debido a que no explica algún fenómeno, es decir, cuando surgen anomalías. Sin embargo, no se rechaza un paradigma - afirma el autor - si no tiene un candidato mejor. Cuando las teorías vigentes no explican algún problema con los métodos, conceptos o técnicas de la ciencia normal, surge una crisis; ésta usualmente implica la transición de un paradigma a otro, período en el cual se empieza un proceso de reconstrucción de un campo, a partir de nuevos fundamentos; no es por lo tanto un período acumulativo, puesto que existe el cambio de algunas generalizaciones teóricas, métodos y aplicaciones del paradigma, aunque puede haber cierta coincidencia entre los problemas que pueden resolverse con los dos paradigmas en competencia y a las diferencias en cuanto a los modos de resolución.

Cuando hay crisis no se está practicando la ciencia normal, sino la extraordinaria; en ésta lo que principalmente se hace es intentar soluciones que puedan conducir a un nuevo paradig

ma y para ello los científicos revisan supuestos y reglas asumi
das.

Conviene situar el caso de la presente investigación den
tro del concepto de crisis científica, puesto que la única otra
opción dentro del esquema de Kuhn sería enviarla a la teoría
del derecho a la etapa pre-científica, en donde abundan las di-
versas escuelas, sin haber paradigma por no haber existido acuer
do alguno. Considero irrelevante tal posibilidad porque no
sirve a la mejor comprensión de los problemas que enfrenta la
teoría del derecho.

Históricamente tratado el concepto de ilícito es posible
considerar a las doctrinas del jusnaturalismo como un paradigma
en crisis y a la teoría kelseniana como la alternativa, puesto
que parece justificado decir que la "filosofía del derecho con-
temporáneo no es sino un diálogo permanente con Kelsen" (4)

El jusnaturalismo -afirma García Maynez- se caracteriza
en todas sus versiones por "el aserto de que el derecho vale y,
consecuentemente, obliga, no porque lo haya creado un legisla-
dor humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes for-
males, sino por la bondad o justicia intrínsecas en su conteni-
do" (5). Dados los supuestos de estas teorías, se afirma la
existencia de la mala in se, es decir, de conductas ilícitas por

ser malas en sí misma o no valiosas, afirmación que no explica las diferencias de contenido existentes en los diversos órdenes jurídicos, lo cual constituye una anomalía. Aún así, tal vez por no haber existido un mejor candidato, estuvieron muy en boga en las comunidades de juristas en los siglos XVIII y XIX, conservando en la actualidad algunos adeptos.

La teoría pura constituye una alternativa que pone en crisis al jusnaturalismo, puesto que reacciona ante la metafísica implicada en él. El modelo rechaza un conjunto de problemas tradicionales calificados como metafísicos como es el derecho natural y la justicia, y los pertenecientes a otras disciplinas, como la sociología, la ética, la psicología, etc. Ello es porque se reconstruye completamente el campo de trabajo, y se parte, por un lado del supuesto de que entendimiento y voluntad no tienen relaciones lógicas necesarias, siendo el primero el encargado de la actividad cognoscitiva a través de dos principios: causalidad e imputación; y siendo la voluntad la que funciona en el querer; a este ámbito no determinado por el entendimiento pertenecen los valores.

Cuando con base en la imputación Kelsen construye su teoría pura, no formula sus conceptos - como los jusnaturalistas - con referencia o apoyo en valores. En el ejemplo concreto del concepto de ilícito, no lo define en cuanto considera a cierto

tipo de conductas malas en sí mismas, sino en cuanto es una conducta a la que se imputa una sanción.

La historia del desarrollo del modelo kelseniano es muy similar a la descrita por Kuhn. Fue expuesto por primera vez por Kelsen en 1911, completado con la ayuda de sus seguidores, en especial Merkl y Verdross, "siguiendo el curso de un desarrollo normal hasta la última versión de la teoría pura en 1960 y completada con las precisiones postreras que hiciera Kelsen en artículos hasta 1968; el modelo de Kelsen constituyó a no dudarlo una revolución teórica respecto a los modelos imperantes en Europa continental, (6) y no sólo eso, sino que fue un cambio no sólo del cuerpo teórico, sino de la matriz disciplinaria, puesto que se reconstruyó la teoría, a partir de sus partes metafísicas, constituyendo una revolución teórica en tanto en ésta se incluyen todos "aquellos episodios de desarrollo no acumulativo en que un antiguo paradigma es reemplazado, completamente o en parte, por otro nuevo e incompatible" (7).

Kuhn habla de que existe un consentimiento general respecto del paradigma cuando se da la revolución; sin embargo, en el campo de la teoría general del derecho, normalmente no se ve reducido a uno, pues como antes se hizo notar, aún existen partidarios del jusnaturalismo. Pero aun Kuhn admite que pueden existir diferentes paradigmas y no necesariamente "el paradigma" (8)

Esto parece explicarse si se considera la articulación ciencia-ideología. En ciencias sociales existe una "creencia ilusoria de que la constitución de un paradigma va acompañada de su aceptación por parte de la comunidad de científicos, tal creencia desconoce la intervención de la ideología y su capacidad para bloquear una aceptación" (9)

La teoría del profesor Hart, al plantear una fuerte crítica al concepto de ilícito en la teoría pura, como anteriormente quedó expuesto, se convierte en una alternativa para la explicación de ciertos problemas científico-jurídicos. Hart sostiene que no es posible, con el paradigma kelseniano, dar una explicación suficiente de los actos ilícitos y afirma que es necesario incluir elementos tales como la desaprobación social, puesto que sin ellos es imposible distinguir entre una multa y un impuesto. Esta "anomalía" en la teoría pura no es posible explicarla recurriendo a los aspectos de desaprobación social, puesto que es imposible admitirlos dados los criterios utilizados por Kelsen en la construcción de su teoría, criterios diferentes a los utilizados por Hart, y que, precisamente por esta diferencia implican lo que Kuhn llama un cambio en el concepto del mundo.

Kuhn afirma que "cuando cambian los paradigmas, el mundo mismo cambia con ellos" (10). Los cambios de paradigma ha

cen que los científicos vean el mundo de investigación que les es propio de manera diferente. Dos personas -explica el autor- que se encuentran en un mismo lugar y miran en la misma dirección, reciben estímulos muy semejantes; estos estímulos provocan en cada agente sensaciones, pero no hay nada que lleve necesariamente a suponer que las sanciones de las dos personas sean las mismas. Hay ciertas cosas que se pueden afirmar: "que muy diferentes estímulos pueden producir las mismas sanciones; el mismo estímulo puede producir muy distintas sensaciones, y finalmente que el camino del estímulo a la sensación está condicionado, en parte, por la educación" (11).

El mundo - afirma el autor - está poblado no por estímulos, sino por los objetos de las sensaciones y éstos no son los mismos de un individuo a otro o de un grupo a otro. Es en este sentido es que se dice que dos sujetos que tienen sensaciones sistemáticamente distintas, al recibir los mismos estímulos viven en un mundo diferente.

Las ideas antes expuestas son elaboradas por Kuhn a partir de la teoría estímulo-respuesta, tomada de la psicología experimental, en donde se supone al estímulo ocasionado por un objeto físico.

Habiéndose preocupado el autor principalmente por el es

tudio del desarrollo de las ciencias naturales, recurre a la explicación psicológica experimentalista, sin que se le presente un problema grave, ya que en las ciencias naturales el estudio de ciertos objetos empieza por ostensión.

En teoría del derecho, el objeto de estudio son las normas, que no son objetos a los cuales se pueda definir ostensivamente, por lo cual, se debe -antes de proseguir- justificar la aplicación de la teoría de Kuhn en la explicación del problema que nos hemos propuesto.

La práctica de la ciencia normal depende de la capacidad adquirida a través de ejemplizadores, que consisten en agrupar objetos y situaciones, en conjuntos similares, que son primitivos en el sentido de que el agrupamiento se hace sin contestar a la pregunta ¿similar a qué?. Los científicos, al estar en contacto con una serie de soluciones de problemas que les sirven de ejemplos, se enseñan a ver el parecido que tienen entre sí diversas situaciones. De esta manera se aprende, tanto el lenguaje científico como el lenguaje común.

En el caso del derecho, no hay algo que se presente ostensivamente como la norma, sino que se presentan ciertos fenómenos como el ejercicio de la fuerza por ciertos sujetos, las votaciones, etc., que se agrupan en un conjunto primitivo que

se estima son fenómenos o situaciones jurídicas y que por lo tanto tienen algo en común o son similares entre sí, aún cuando no se haya expresado que son similares con respecto a qué.

Parece que la generalidad de la gente tiene, sin preguntarse con respecto a qué, cierta concepción acerca del derecho, concepción adquirida mediante el aprendizaje del lenguaje común, en el que funciona, a manera de ejemplizador, la alusión a ciertas conductas como ilícitas, la alusión a la existencia de la constitución, de instituciones, etc.

A este respecto, es posible afirmar la existencia de cierto conocimiento del derecho a nivel del lenguaje ordinario; tal conocimiento, con base en las anteriores observaciones se admite que existe, en el presente trabajo. Como se dijo anteriormente el paradigma o matriz disciplinaria se forma no sólo por una parte teórica, sino por ciertos compromisos metafísicos, ejemplizadores y valores; mediante éstos cuatro se constituye el lenguaje de la ciencia, no así el lenguaje ordinario, que supone sólo los tres últimos, y que en el caso del derecho, nos proporciona ya un cierto concepto de los hechos jurídicos.

La construcción de la teoría kelseniana y de la hartiana están condicionadas por ciertos elementos de la matriz disciplinaria que cada uno tiene y que, aunque no son muy diferentes en

el caso de los instrumentos lógicos que utilizan, si varían en tanto son ciertos compromisos metafísicos y ciertos valores. Kelsen parte de un dualismo fundamental entre sociedad y naturaleza, y un concepto específico de ciencia; es aquel dualismo el que lo lleva a postular la pureza metódica. No así Hart, pues parte del análisis del lenguaje, estudia los hechos sociales con los métodos de la sociología descriptiva y formula valoraciones acerca de los citados hechos.

Esquemáticamente queda así:

Kelsen	Hart
a) Habla de normas	a) Habla de normas
b) Dualismo entre sociedad y naturaleza:	b) No existe
imputación y causalidad	c) se admite el principio causal
c) Pureza metódica:	Sociología descriptiva y análisis de lenguaje
exclusión de elementos valorativos.	no se hace
exclusión de elementos causales	no se hace
d) No se utiliza el análisis del lenguaje como método fundamental ni como criterio de construc-	d) Se utiliza el análisis del lenguaje como método fundamental.

ción aunque se alude a él, en la etapa previa a la construcción de los conceptos.

Es significativo el hecho de que aunque existen algunos términos comunes entre ambas teorías como norma, sanción, ilícito, no se relacionan del mismo modo en las teorías correspondientes y su significado es diferente, dependiendo de los criterios empleados en la construcción. Por ejemplo en Kelsen no son admisibles elementos tales como justicia, valores, desaprobación social, ya que ellos se sitúan en el terreno de la voluntad que no tiene ligas lógicas con el entendimiento. Por otro lado no es posible ver al derecho como una técnica de motivación social dentro de la teoría pura, pues es la sociología jurídica o la psicología las disciplinas a las que les corresponde construir este concepto, ya que utilizan el principio de causalidad, mediante el cual se puede ver al derecho como la causa que origina ciertas conductas; no pasa lo mismo en la teoría hartiana, pues en ella se hace sociología jurídica, variando por lo tanto, con respecto a la teoría pura, el significado de los conceptos y las relaciones entre ellos.

El hecho de que dos sujetos expresen cosas diferentes en la explicación de un mismo objeto, lo llama Kuhn inconmensurabilidad. Sin embargo, inconmensurabilidad no significa incompati-

rabilidad, como algunos han interpretado.

Dado que la práctica de la ciencia normal depende del uso adecuado de ejemplizadores, que agrupan objetos y situaciones sin preguntarse con respecto a qué, cuando ocurre una redistribución de significados o relaciones, puede presentarse un colapso en la comunicación; pueden, en el caso de las ciencias naturales, "encontrarse dos sujetos respondiendo a un mismo estímulo con descripciones y generalizaciones incompatibles"; (12) y en el caso de la teoría del derecho, dos sujetos pueden estar tratando de dar respuesta a algún problema jurídico, expresado en lenguaje común, con los esquemas teóricos incompatibles. Kuhn piensa que tales problemas no se pueden resolver acudiendo a un lenguaje neutro, puesto que no lo hay, ya que su mera existencia haría superflua la actividad científica; la inconmensurabilidad consiste precisamente en que la situación social se ve de manera diferente de acuerdo con cada teoría, pero inconmensurabilidad no significa incomparabilidad, puesto que el autor apela a la suposición de que los estímulos que actúan sobre los hombres son los mismos, así como es igual el sistema nervioso aunque esté programado de diferente manera. En teoría del derecho, se puede apelar a la hipótesis de la existencia de un acuerdo sobre ciertos problemas a nivel del lenguaje ordinario.

Dos teorías científicas no son incomparables, ya que las

diferentes comunidades de científicos - tanto naturales como sociales - pueden reconocerse unas con otras como diferentes comunidades lingüísticas, y entonces sus miembros pueden convertirse en traductores, lo que es posible debido a que existe un conjunto de problemas compartidos por los científicos, la existencia del lenguaje ordinario, que proporciona el primer conocimiento del derecho, aunque sea pre-científico, las tradiciones y valores en la educación científica, etc., y debido a todo esto que se tiene en común es posible establecer una comparación y saber tanto de las semejanzas como de las diferencias de las concepciones científicas.

Otro aspecto importante en la teoría de Kuhn es la selección de teorías.

Cuando se hace una selección entre teorías rivales lo único que se hace es elegir cuál de ellas es el "mejor camino para la práctica de la ciencia futura" (13). La verdad de las teorías no es un criterio de selección; el autor no acepta un conocimiento ontológico de la verdad, y limita el concepto, a ser verdad en relación a un paradigma y por ello la ciencia no tiende a esta meta, y el progreso no se mide con ella.

Tampoco -en la elección de teorías- se pueden usar pruebas lógicas o matemáticas en las cuales existan argumentaciones

estrictamente formales y fácilmente demostrables, puesto que el problema no es acerca del procedimiento para hacer inferencias, sino que radica en las premisas o supuestos mismos.

Sostiene el autor que no hay elementos sistemáticos y objetivos para decidir cuándo una teoría ha superado a otra; lo anterior no significa irracionalidad, puesto que generalmente hay buenas razones para hacer la elección. Estas buenas razones aluden a valores tales como precisión, alcance, coherencia, utilidad, sencillez, etc., siendo lo relevante que en cierto momento un conjunto de científicos coincidan en aceptar algunos argumentos como mejores que otros.

Siendo el propósito de este trabajo determinar si existe un progreso en la teoría del derecho, examinaré a través del concepto de ilícito en Kelsen y en Hart, si existen buenas razones para elegir alguna sobre otra.

El profesor Hart critica a la teoría pura, puesto que -según afirma- sus conceptos no promueven una mejor comprensión del derecho. Conforme al concepto de ilícito en Kelsen, sostiene, no es posible distinguir una multa de un impuesto, ya que su concepto está restringido a elementos meramente normativos.

Teniendo en cuenta que la teoría hartiana reconstruye el campo de trabajo, creo que es posible demostrar que ella no da tampoco un criterio de distinción que funcione ni en la teoría pura, ni en ella misma.

En la teoría hartiana, cuando ha considerado ilícita una conducta se cumple la función de indicar a la sociedad que esas acciones no deben realizarse; el criterio ofrecido por Hart para identificar una conducta como ilícita, está por lo tanto referido a ciertos elementos de condenación por conductas que se consideran inconvenientes a la sociedad. En tanto se anula una sanción a una conducta se busca crear un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades, calificándose como deber lo que las reglas exigen. De acuerdo a esto, la sanción por un delito no es lo mismo que los impuestos a ciertas actividades, ya que lo primero implica el incumplimiento de un deber, no así la segunda; además, en el caso de la sanción a un delito, se tiene una función social diferente que en el caso de los impuestos. La función social del delito es desalentar ciertas conductas por considerarse perjudiciales a la sociedad, no así la de los impuestos, que es la de obtener ingresos.

Habiendo quedado este criterio establecido, el autor alude a que en ciertos casos tal distinción es borrosa, puesto que se puede crear un impuesto con la finalidad de desalentar cier-

tas conductas gravadas, y en el caso de una sanción como una multa, en razón de la depreciación de la moneda, puede ya no inhibir ciertas conductas, por ser muy pequeña y vivirse la sanción como pago de impuestos.

Hart procura con este criterio dar una distinción satisfactoria entre el pago de una multa y de un impuesto, distinción que no es suficiente, puesto que existen casos que no explica, como son los casos límite expresamente mencionados por él. No sólo existen estos casos como contraejemplo; existen otros como sería una expropiación. Es posible pensar que el órgano estatal autorizado ordene la ejecución de tal acto y que los motivos de su actuación sean la desaprobación social, por tanto es posible también, que funde su actuación en el interés público. De acuerdo al criterio hartiano, tendríamos que afirmar que ser propietario es delito. Por otro lado, dentro del mismo ejemplo, no siempre se podría afirmar que existen elementos de desaprobación y entonces habría veces según el caso concreto, en que no se sabría si es o no delito.

Creo que el criterio hartiano no resulta -como cree el autor- ser mas explicativo que el criterio kelseniano; por lo tanto, se puede afirmar que no existen buenas razones para preferir el esquema hartiano sobre el kelsiano, tratándose de dar una explicación jurídica del delito, sobre todo, si es posible

lograr de la teoría pura, mediante una labor de articulación la explicación del ilícito, que a continuación intento.

En la teoría pura se define sanción como la privación de bienes de manera coactiva y a partir de tal definición se define ilícito como una condición de la sanción, expresada en la forma canónica "si A es, debe ser B".

Según Hart, Kelsen no distingue entre la resolución de un órgano, en el cual se establece el monto del impuesto a ciertas actividades y la resolución que impone una multa, puesto que ambas son privaciones de bienes, ya que en ambos casos la actividad que las provoca, en tanto se ve como condición de la sanción, es un delito.

Tanto la resolución del establecimiento de impuestos, como la que impone una multa, son normas que es posible presentar en una misma forma:

Sí A es,	debe ser	B
a) Si trabajas,	debes pagar	500.00 (impuesto)
b) Si te pasas un alto,	debes pagar	500.00 (multa)

Hart piensa que siendo B la sanción, A es un ilícito, puesto que es la condición de la sanción, sin embargo al hacer

sus críticas Hart no considera íntegramente la teoría pura, pues to que no alude al concepto de norma secundaria y obligación. Kelsen no caracteriza al ilícito solamente como una condición de la sanción, sino que agrega también que es el incumplimiento de una obligación, misma que se enuncia en la norma secundaria.

Cuando Kelsen habla de una conducta como obligatoria, no atiende a la caracterización deóntica solamente, sino al carácter debido de la consecuencia de tal conducta: "la conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es la sanción" (14). Una norma obliga a una determinada conducta sólo en el caso de que exista otra norma que estatuya una sanción para el caso de no observancia de la primera. A esta norma que estatuye una sanción la llama norma primaria, y a la norma que enuncia la conducta que debe realizarse para evitar la sanción la llama secundaria. Es un hecho que en los códigos penales modernos, no se especifican las normas secundarias y sólo especifican las primarias. Las secundarias son -afirma Kelsen- superfluas desde el punto de vista de la técnica legislativa, puesto que lógicamente se las puede inferir de la norma sancionadora.

El ilícito no sólo es una condición de la sanción, sino el incumplimiento de un deber jurídico, en tanto deber jurídico es una función de la norma en relación a la conducta que se expresa en la norma secundaria. Esta norma en tanto nos propor-

ciona un criterio para distinguir los hechos ilícitos de otras actividades no es superflua, y le es posible proporcionar tal criterio, porque no en todos los casos en que existe una norma expresable en la forma canónica clásica, es posible inferirla.

Se puede hablar de hechos ilícitos en todos aquellos casos en que dada una norma en la forma "Si A es, debe ser B", la conducta A no está permitida con respecto a una legislación, porque si tal conducta se encontrara permitida, no es posible la inferencia de la norma secundaria, y por lo tanto, aunque se pudiera hablar de la conducta como condición de la sanción, no cumpliría con la condición de ser incumplimiento de un deber jurídico. Por ejemplo en el caso de la norma expresada "Si trabajas, debes pagar 500 (impuesto)" no es posible ver como ilícitas las actividades laborales, respecto al sistema jurídico, porque dado el art. 5º Constitucional que permite expresamente trabajar, no se puede inferir una norma secundaria que prohíba trabajar, y por lo tanto el laborar no viola ningún deber jurídico. No sucede igual con la norma "Si te pasas un alto debes pagar 500 (multa), en donde, con respecto al derecho mexicano, no existe norma que permita pasarse los altos, y por lo tanto sí es inferible una norma secundaria. De acuerdo a esto, en todas aquellas actividades que traen como consecuencia ciertas resoluciones en virtud de las cuales se deben pagar impuestos, no se puede hablar de hechos ilícitos si están permitidas, y no

se puede tampoco hablar de ellas como condiciones de sanción, ya que el pago de impuestos, aunque es una privación de bienes, no es una sanción, puesto que no es aplicada a un acto ilícito como su consecuencia ya que "una acción u omisión es un acto ilícito o delito, porque se la ha conectado un acto coactivo como su consecuencia" (15).

Respecto a Hart, vale la pena hacer notar que sus críticas, lógicamente son válidas; recurriendo sólo a la forma canónica no hay distinción entre ilícito e impuesto. Sin embargo, dado que el objetivo de la teoría pura es la construcción de conceptos que promuevan la comprensión del mundo jurídico, parece que fundar la distinción en una permisón que se da en los sistemas jurídicos resulta conveniente, así como válido.

Por otro lado, Hart considera que dentro de la teoría pura no es posible hacer la distinción entre multa e impuesto, diciendo que en un caso existe sanción y en otro no, ya que habiendo en ambos privación de bienes habría que añadir elementos como la reprobación social.

Sin embargo es posible hablar de que existe sanción en caso de la multa y no en caso de los impuestos, puesto que el concepto de sanción no es construido mediante el concepto de ilícito.

Se define dentro de la teoría pura, como conducta ilícita aquella que es tanto condición de la sanción, como contraria a la obligación y como conducta obligada, aquella conducta a la cual en caso de incumplimiento se enlaza una sanción. Ambos conceptos son definidos en base a la sanción, pero ésta no se define en base a ellos sino en relación a una privación de bienes que se enlaza a una conducta o a una situación social como sería padecer una enfermedad mental.

Kelsen considera que debe hacerse una distinción entre dos tipos de actos coactivos: la sanción en tanto actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión determinada por el orden jurídico, y los actos jurídicos que carecen de ese carácter puesto que "no se encuentra entre las condiciones del acto coactivo estatuidas por el orden jurídico, ninguna acción u omisión, determinadas por el orden jurídico" (16), como son la internación coactiva de individuos que padecen enfermedades socialmente peligrosas. En estos casos la privación coactiva de bienes, no se dirige a un acto considerado como ilícito, puesto que ilícito sólo es la conducta del hombre contra el cual se dirige el acto coactivo y esto no constituye una conducta sino un hecho natural y no se puede hablar de la obligación de no estar loco.

Conforme a estas ideas, también se puede dar respuesta a

la afirmación de Raz de que en la teoría pura no se puede distinguir entre la celebración de un contrato y el incumplimiento del mismo. Raz hace tal objeción, partiendo del supuesto de que tanto el incumplimiento del contrato, como su celebración y la existencia de una demanda, en tanto son elementos necesarios para que se aplique una sanción, son ilícitas. Definido el ilícito solo como condición de la sanción, si resultarían ser ilícitas tanto la demanda como el contrato, pero Kelsen no sólo lo define así, sino que agrega que debe ser el incumplimiento de un deber. De acuerdo con esto, la ejecución de la demanda y la celebración del contrato no son hechos ilícitos, sino que son actos que producen normas jurídicas cuya función es el establecimiento de obligaciones, o en el caso de la demanda, es un acto mediante el cual se ejercita un derecho subjetivo y por lo tanto, tales actos están permitidos.

NOTAS DEL TERCER CAPITULO.

- (1) Hart. Una Visita a Kelsen. Pág. 22.
- (2) Korner S. Ver. Categorical framework.
- (3) Kuhn. Respuesta a mis críticos. pág. 441.
- (4) Esquivel, El Modelo Kelseniano. pág. 25.
- (5) García Maynez. Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo. pág. 128.
- (6) Esquivel, El Modelo Kelseniano. pág. 29
- (7) Kuhn.- La Estructura de las Revoluciones Científicas. pág. 176.
- (8) Kuhn.- Ver La Estructura de las Revoluciones Científicas.
- (9) Pereyra.- La Relación entre filosofía y ciencias sociales. pág. 241.
- (10) Kuhn.- La Estructura de las Revoluciones Científicas. pág. 176.
- (11) Kuhn. Post Data. en La Estructura de las Revoluciones Científicas. pág. 295.
- (12) Idem. pág. 306.
- (13) Idem. pág. 173.
- (14) Kelsen .- Teoría Pura del Derecho pág. 39.
- (15) Idem. pág. 126.
- (16) Idem pág. 123.

CONCLUSIONES.

1. Se considera matrices disciplinarias tanto a la teoría kelseniana como hartiana porque tienen las siguientes características: poseen - generalizaciones simbólicas, ciertos compromisos metafísicos, valores y ejemplos standard de problemas.
2. Aunque son modelos de filosofía del Derecho es posible aplicar en - su análisis los conceptos de Kuhn, puesto que no se puede trazar - una zona rígida entre filosofía y ciencia.
3. El Iusnaturalismo define al ilícito como malo in se. La teoría kelseniana reconstruye el campo de trabajo y la define como una condición de la sanción y conducta contraria a la norma. La teoría pura supera al Iusnaturalismo al desechar elementos no verificables y - constituye una revolución en la teoría del derecho.
4. En ciencias sociales no puede hablarse de un consenso general en un paradigma , pues existen ciertas articulaciones ideológicas que actúan de manera más patente que en ciencias naturales, por ello existen aún partidarios del Iusnaturalismo.
5. Hart pone en crisis al modelo kelseniano, al afirmar en relación al concepto de ilícito, que con sus elementos no distingue entre una multa y una sanción, constituyendo ésto una "anomalía".
6. Hart crítica a la teoría pura, a través de su teoría construída mediante los métodos del análisis lingüístico y sociológico, sin tomar en cuenta que existe entre ambas teorías un "cambio del concepto del mundo", ya que Kelsen no utiliza los métodos mencionados, sino la pureza metódica, y por lo tanto sus conceptos no se relacionan - del mismo modo ni tienen iguales significados, son inconmensurables.
7. Las teorías examinadas aunque son inconmensurables no son incomparables. El criterio de comparabilidad en teoría del derecho, con base en el cual pueden existir las traducciones teóricas, es la existencia en el común de la gente de cierta concepción del derecho que se aprende con el lenguaje ordinario y sin preguntarse con respecto a qué.
8. La verdad, no siendo posible establecerla, no proporciona elementos para seleccionar teorías. Sin embargo, existen buenas razones para hacer una elección, que se basan en valores como mayor alcance en la explicación, sencillez, precisión, etc.

9. Con el criterio hartiano de desaprobación social, no se distingue suficientemente entre un ilícito y pago de impuestos, puesto que no explica los casos límites y el caso de una expropiación; parece entonces, que no existen buenas razones para preferirla.
10. La teoría kelseniana articulada sí explica esos casos: se tratará de un ilícito a aquel acto en que no sea posible inferir una norma secundaria, debido a que en una determinada legislación existe una permisión de tal conducta.
11. Articulada la teoría pura, existen buenas razones para adoptarla, en la explicación normativa del ilícito.
12. No está fundada la crítica de Raz, puesto que si no es posible en todos los casos inferir una norma secundaria, es posible distinguir el ilícito de los que no lo son, por ejemplo del contrato y de la acción.

BIBLIOGRAFIA

1. Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 1a. Edición EUDEBA, Buenos Aires 1971.
2. Kelsen, Teoría Pura del Derecho 2a. Edición UNAM, - México 1979.
3. Kelsen, Sociedad y Naturaleza, Editorial de Palma, Buenos Aires 1945.
4. Kelsen, Teoría General del Derecho y el Estado, Textos Universitarios, México 1969.
5. Kelsen, Sobre el Concepto de Norma, Boletín Mexicano de - Derecho Comparado núm. 21, UNAM, México 1974.
6. Kelsen, Causalidad e Imputación, Boletín Mexicano de Dere- cho Comparado núm. 19 UNAM, México 1974.
7. Hart, El Concepto de Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.
8. Hart, Una visita a Kelsen, Cuadernos de Crí tica, UNAM, México 1977.
9. Hart, Obligación Jurídica y Obligación Moral, Cuadernos de Crítica, UNAM México 1977.
10. Kuhn T. La Estructura de las Revoluciones Científicas, Fondo de Cultura Económica, México 19.
11. Kuhn T, Respuesta a mis críticos, Compilación de Lakatos, Grijalvo, Col, Teoría y Realidad.
12. Esquivel Javier, El Modelo Kelseniano, Boletín Mexicano de Derecho comparado núm. 19 México 1974.
13. Kórner S, Categorical framework, Oxford Blackwell, 1970.
14. Pereyra Carlos, Sobre la Relación entre Filosofía y Ciencias Sociales, La Filosofía y las Ciencias Sociales, Grijalvo, Col, Teoría y Praxis, México 1976.
15. García Máynez, Positismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, UNAM, México 1968.