



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

LOGICA Y NORMA FUNDAMENTAL  
DE HANS Kelsen

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSE LUIS DELGADO DUEÑAS

MEXICO, D. F.

1982

M-0036590



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.

**A MI PADRE**  
In Memoriam.

**A H. KELSEN**  
Con mi profunda  
admireción y -  
respeto.

**A QUIENES DE UNA U  
OTRA FORMA COLABO-  
RARON Y ME APOYA--  
RON EN LA REALIZA-  
CION DE ESTE TRABA  
JO.**

# I N D I C E

## INTRODUCCION. "LOGOS" Y DERECHO.

### 1. LA NORMA FUNDAMENTAL COMO SUPUESTO LOGICO.

#### 1.1. Causalidad e imputación

##### 1.1.1. La causalidad en el pensamiento primitivo.

##### 1.1.2. "ser" y "deber ser".

#### 1.2. Lógica tradicional.

##### 1.2.1. ¿Realismo o idealismo?

##### 1.2.2. Definición tradicional del Derecho.

#### 1.3. Fenomenología

##### 1.3.1. Filosofía y "logos".

##### 1.3.2. El método fenomenológico

#### 1.4. Lógica Crítica.

##### 1.4.1. Cultura y conocimiento

##### 1.4.2. El método Crítico

### 2. CONTENIDO DE LA NORMA FUNDAMENTAL

#### 2.1. Validez y eficacia

##### 2.1.1. "ser" y "deber ser", principios lógicos.

##### 2.1.2. La eficacia de un orden como condición de su validez.

#### 2.2. Sistema estático y dinámico del Derecho.

##### 2.2.1. "querer" y "saber"

##### 2.2.2. Contradicciones normativas.

#### 2.3. Cambio de la norma básica.

3. LA "GRUNDNORM" Y EL DERECHO INTERNACIONAL.

3.1. ¿Existe un Derecho Internacional?

3.1.1. Afirmación de la Teoría Pura.

3.1.2. Negación del carácter jurídico del Derecho de Gentes.

4. CONCLUSIONES. LA JUSTICIA Y LA NORMA HIPOTETICA.

## INTRODUCCION

### "Logos" y Derecho

La lógica, o ciencia del "logos", guarda una estrecha relación con el Derecho, caso de querer considerar a éste como una ciencia, ya que aquélla es el fundamento de todas las ciencias, es una ciencia de segundo grado o ciencia de la ciencia.

Se ha tratado de distinguir entre lógica propiamente dicha, gnoseología o teoría del conocimiento, y metodología o teoría de los métodos -- científicos. Tal distinción es errónea, ya que se trata de una misma y -- única ciencia; de no considerar ésto así, nos induciría a pensar a la lógica propiamente dicha como la ciencia cuyo objeto de estudio lo constituyen las formas correctas del pensar, y podríamos concluir que se pueden dar -- pensamientos correctos que sean al mismo tiempo falsos, lo cual es un --- error, ya que, como Francisco Larroyo menciona (1), "la lógica no puede -- proponerse a modo de fin esencial el dictar normas para corregir lo errado no es una ciencia normativa, sino teórica, en tanto estudia lo que es el conjunto de los principios del saber verdadero". Así, la lógica no es sino el estudio de las vías metódicas que conducen a la verdad, esto es, las leyes a través de las cuales se capta el mundo de los pensamientos verdaderos. Lo anterior no significa que la lógica no pueda dividir su trabajo - de investigación en tres grandes sectores: gnoseología, metodología y lógica en sentido estricto.

Ahora bien, la lógica pertenece a la ciencia de la filosofía, hecho

que muchos autores no aceptan, sino que para ellos filosofía es teoría del conocimiento, esto es, para ellos no existe otra filosofía que la lógica. Esto no me parece del todo correcto, ya que podemos relacionar la lógica - con la teoría de los valores; esto es posible si tomamos en consideración que la lógica persigue el valor de la verdad, axiológicamente tiende a la - verdad, sin haber alcanzado este valor en su totalidad, sino otros valores derivados de éste: exactitud, probabilidad, aproximación, etc.

El pensar a la lógica en otra forma que no sea legalidad racional, cuyo valor a que tiende es la verdad, implica el negar el progreso de la ciencia, el pensar estáticamente, aristotélicamente, en el sentido de que el conocimiento no es sino la aprehensión de la esencia de las cosas. Pero esto no es así, ya que mediante cada nuevo conocimiento de la ciencia como observaba Kant, ascendemos un peldaño en la tarea infinita de acercarnos al conocimiento de la verdad absoluta, a la cual no sabemos si la ciencia algún día - llegará; y no es tarea de la filosofía el tratar de conocer esta verdad absoluta, a menos que trate de convertirse la tarea del "logos" en metafísica, - que tiene por objeto el conocimiento de los objetos "en sí".

Pero para la lógica crítica la verdad absoluta no es sino una pauta, una dirección en forma ascendente hacia la cual se dirige el trabajo de la ciencia y mediante la cual es posible observar que los conocimientos no son algo estático, sino por el contrario, son dinámicos, cambiantes de conformidad a -- nuevas aproximaciones o probabilidades científicas. La fórmula " $X=a, b, y c$ " se ve enriquecida cuando por un nuevo saber obtenemos que : " $X=a, b, c y d$ ", - lo cual no significa que el conocimiento que habíamos obtenido era falso, si no que por el último conocimiento nos hemos aproximado más a la directiva de la verdad absoluta, que se encuentra a una distancia infinita.

La teoría de conjuntos no niega de ninguna manera los conocimien--

tos obtenidos de las matemáticas pitagóricas, sino que los supera, o bien, no los supera sino que tiene un objeto de conocimiento diferente al de éstas últimas. Diferente por partir de diferentes teorías que los sustentan, diferentes bases de legalidad o diferentes hipótesis que se pretendían resolver.

Parecería que el Derecho tiene muy poco que ver con la lógica, y que sí guarda una relación más estrecha con la axiología o con la ética, ya que se ha dicho que el valor a que tiende el Derecho es la justicia. Esto es incorrecto, ya que el Derecho al conformarse como una ciencia, tiene sus bases de legalidad racional en la lógica; aunque algunos juristas como Mercadé o García Rojas exponen que el Derecho no puede ser objeto de una ciencia por tratarse de un arte o técnica, o bien, por no ser posible su definición a partir de su género próximo y diferencia específica. Pero sí es posible su definición científica, ya sea por el método aristotélico, al encontrar como diferencia específica la coactividad del Derecho respecto de las demás ciencias normativas, o bien partiendo de presupuestos lógicos como es el de la norma hipotética fundamental de Hans Kelsen.

A mi parecer, el que el Derecho se conforme como una ciencia no implica el que éste no pueda tender a determinados fines, como la justicia, la equidad, el bien común, etc. Pero sí es imprescindible el conocer al objeto de estudio del Derecho primeramente por medio de una teoría "pura", al modo de Hans Kelsen, esto es, reducir este objeto de estudio a formas netamente jurídicas, sin entremezclar conocimientos adquiridos de la ética, la sociología, la política, la psicología, etc. Que lo jurídico guarda relaciones con estas ciencias y muchas otras es innegable, pero precisa

mos primero de la tarea de delimitar lo jurídico respecto de otros objetos de conocimiento, y esto es posible sólo gracias a los métodos de la lógica, sólo teniendo como base sus legalidades de razón podremos obtener un conocimiento científico de lo que el Derecho sea.

Sin embargo, Hans Kelsen, en su "Derecho y Lógica" afirma que no -- existe ningún tipo de relación entre Derecho y lógica, al tratarse aquél -- de actos de voluntad y no de actos de conocimiento, de los que se ocupa la lógica. Así, las normas serían válidas, y los enunciados científicos son o verdaderos o falsos. Por lo cual cree que los principios lógicos de las inferencias no son aplicables al Derecho, que en caso de ser aplicable algún principio de la lógica al Derecho, sería el de subsumción, que se da -- cuando el órgano aplicador del Derecho establece "in concreto" el hecho de -- finido "in abstracto" en la norma general, aquel hecho puede ser subsumido bajo éste.

Si bien es cierto que las normas son consecuencia de actos de voluntad, y aceptando que "las normas estatuyen un deber ser y el deber ser es un correlato del querer" (2), el hecho de que se trate de actos de voluntad y no de conocimiento, no impide el que puedan ser conocidas las normas (querer) por una ciencia, la cual tiene por objeto el formular enunciados acerca de las normas, y no el de prescribir u ordenar; y si se quisiera hacer un estudio causal acerca de los deseos que implican las normas (del legislador), también esto es posible en atención a una ciencia causal, la -- cual tiene como base fundamentos lógicos, como la psicología. Entonces, -- el que las normas sean válidas o no válidas, no implica de ninguna manera el que no se puedan afirmar enunciados acerca de ellas que sean verdaderos

o falsos, tarea de una ciencia jurídica, que para poder ser tal, necesita de los instrumentos que le brinda la metodología, que forma parte de la lógica.

Cuando Kelsen afirma (3) que las reglas lógicas de las inferencias no son aplicables al Derecho, ya que la validez de la norma "el ladrón Pérez debe ser encarcelado" no se sigue lógicamente de la validez de la norma "todos los ladrones deben ser encarcelados", ya que ésta como aquélla - son el sentido de actos de voluntad y no actos de conocimiento, esto es, - que sólo podría derivar la validez aquélla de la validez de ésta, si el acto de voluntad del tribunal que dicta la norma individual estuviera implicado en el acto de voluntad del legislador, y señala que esto no es posible ya que: "Esta decisión individual es válida tan solo si es el sentido de un acto de voluntad distinto de aquel cuyo sentido es la norma general" (4). Esto significa que el legislador no pudo haber deseado que se encarcelara al señor Pérez, puesto que no pudo saber de antemano que éste robaría, para convertirse en ladrón, por lo cual el acto del tribunal no se infiere - del acto del legislador, ya que sólo aquél pudo constatar que Pérez robó, y por lo tanto querer que éste deba ser encarcelado.

Si bien es cierto que el acto de voluntad del órgano aplicador no -- puede estar implicado dentro del acto de voluntad del legislador, no es me nos cierto que es posible prescindir del estudio de la voluntad, tanto del legislador como del aplicador, para realizar un estudio netamente jurídico; el estudio de la voluntad en relación con una norma jurídica corresponde a la psicología y no al Derecho. Podemos inferir la validez de la norma jurídica "Pérez debe ser encarcelado" de la validez de la norma general: "todos

los ladrones deben ser encarcelados", no en base a que las voluntades del tribunal y del legislador se dirigan en un mismo sentido, sino en base a - que existe una norma presupuesta que dicta: "debe ser acatado lo prescrito por el legislador". Esta última norma es un presupuesto lógico que confiere validez, y con ello existencia, tanto a la norma general como a la individual. Ahora bien, cuando la norma individual no se infiere a partir de la general, esto es, cuando la sentencia dictada por un juez no se da en el mismo sentido a la prescripción de la norma general, es posible sustentar a aquélla en la norma fundamental, presupuesto lógico, que rezaría: "La coacción debe ser ejercida bajo las condiciones de la manera como se establece en la constitución que tiene eficacia en términos generales" (5). Esto es, que si no es posible derivar la validez de la norma individual de la validez de la general, a partir de una concepción estática de la norma fundamental presupuesta ("debe ser acatado lo prescrito por el primer legislador"), sí es posible a partir de una concepción dinámica de la norma fundamental, que confiere validez a las normas dictadas por los tribunales establecidos, de conformidad con la Constitución. Dinámicamente, la norma básica solo prescribe la forma en que deberán ser creadas las leyes, más no cual debe ser su contenido.

Asimismo, al afirmar el autor de la Teoría Pura que no puede existir imperativo sin "imperator", parece no tomar en cuenta que uno y otro son dos cosas bien diferentes, ya que no debe importar para el estudio de normas jurídicas objetivas el que hayan sido creadas por actos de voluntad, ya que de no ser así, llegaríamos por analogía a la conclusión de que no existen juicios científicos sin "razón razonante" que los causa, esto es, sin la razón como facultad psíquica de los individuos; esto es falso, ya

que: "postular la existencia de sujetos cognoscentes como el origen del conocimiento, es pretender asentar éste en un dogma de fe: el de que los hombres tienen existencia objetiva con independencia del conocimiento" (6)

Por otra parte, si una norma prescribe una conducta y a su vez otra norma dentro del mismo sistema prescribe una conducta diferente, siendo - ambas normas válidas, ello no significa que no pueda ser aplicable al Derecho el principio lógico de no contradicción, ya que, como Kelsen nota, - tal contradicción se daría en el caso que se cumplieran las dos al mismo tiempo, lo cual no es posible según el principio lógico aludido, pero nótese que al hablar de cumplimiento nos hallamos dentro del campo fáctico, sometido a las leyes de la causalidad, y por lo tanto, no nos estamos refiriendo a la existencia de contradicción lógica alguna entre normas. Según este principio lógico, no es posible que algo sea y a la vez no sea; aplicado a las normas jurídicas, no es posible que una norma sea válida y a la vez no válida, ésto es, que exista y no exista. Entonces, cuando una norma prescribe que al homicida se debe aplicar 5 años de cárcel, y cuando a su vez otra norma válida prescribe que al mismo se debe aplicar pena de muerte, nos encontramos, no ante una contradicción de normas, ya que ambas son válidas, sino ante una contradicción de contenidos, y a los cuales puede ser referido el principio lógico de no contradicción, que nos señala - que no puede a la vez aplicarse a una persona pena de muerte y pena de 5 años de prisión, pero tal contradicción no se dió entre las dos normas, ya que ambas siguen siendo simultáneamente válidas, y el hecho que una prescriba una conducta diferente a la otra, sólo nos da a entender que no es posible la aplicación de las dos a un mismo tiempo para un mismo caso concreto, pero sí es posible que el Tribunal aplique una y viole otra. La -

contradicción que se pretendía existía entre las dos normas no existe, ya que ésta sólo se daría si una norma fuera aplicada y violada al mismo tiempo, o si una norma fuera válida y no válida.

Cuando afirmamos simultáneamente que "A es" y "no A es", por el principio lógico de no contradicción, llegamos a la conclusión de que sólo uno de los dos enunciados puede ser verdadero y el otro falso, pero no pueden ser verdaderos ambos; aquellas dos proposiciones se encuentran unidas por la función lógica "y", o sea, las dos proposiciones se encuentran relacionadas por la operación lógica de conjunción. Pero si nos encontramos ante uno de los llamados conflictos de leyes, las normas en conflicto se encuentran en relación lógica de disyunción, esto es, cuando una norma prescribe que "A debe ser", y a su vez otra norma igualmente válida prescribe que -- "no A debe ser" se pueden formular en el sentido de que "A debe ser" ó "no A debe ser", esto es, que no existe una contradicción entre las normas, si no que, o se cumple una, o la otra, pero no ambas, lo cual no implica el que las dos no posean existencia, que son válidas simultáneamente. Por -- eso, cuando se aplican los principios de "Lex posterior derogat priori", -- "la ley especial deroga a la general" o, "se debe aplicar la ley que más -- favorezca al reo", no estamos aplicando principios lógicos inherentes a lo jurídico para deshacer las supuestas contradicciones lógicas de las normas, ya que no existen tales oposiciones, sino que se trata de normas jurídicas establecidas expresamente en el ordenamiento jurídico, o bien, de normas -- establecidas en el mismo tácitamente, al presuponerlas como válidas el órgano aplicador de la ley, por lo tanto, normas positivas también.

Por lo expuesto, las leyes de la lógica sí son aplicables al Dere--

cho, entre ellas el principio de no contradicción y el de las inferencias, si bien, no de la misma manera en que son aplicables en las ciencias naturales, y esto es así porque el objeto de estudio del Derecho y el de éstas son diferentes, diferencia que se da porque aquél se conforma a partir de presupuestos lógicos que sustentan la normatividad, y el objeto de estudio de las ciencias causales se conforma a partir de presupuestos lógicos que sustentan la experiencia, como ya lo había observado Kant.

1. LA NORMA FUNDAMENTAL COMO SUPUESTO LOGICO

## 1.1. CAUSALIDAD E IMPUTACION

### 1.1.1. La causalidad en el pensamiento primitivo.

La división que ahora nos parece acertada, entre leyes sociales y -  
leyes naturales (que algunos positivistas no aceptan, ya que admiten sólo  
sometidas al principio de causalidad a la naturaleza y a la sociedad), no  
aparece claramente determinada en la antigüedad, ya que para el hombre pri  
mitivo la naturaleza se encuentra sometida, también, a las leyes que gobier  
nan su vida social. Esto se basa en una concepción animista de la natura--  
leza, según la cual las cosas y fenómenos naturales tienen, al igual que -  
los hombres, personalidad, esto es, se encuentran también sometidas al or  
denamiento jurídico que rige en lo social, y ésto, gracias a su religión y  
mitos.

Entonces, la naturaleza se halla sometida también al principio de re  
tribución, según el cual, a una culpa ó infracción seguirá una pena, como -  
a un bien se adjudicará un premio. La naturaleza se creyó sometida a una -  
especie de monarca o dios que, como en sociedad, se encargaba de aplicar --  
la pena o premio. Así, el principio básico que designa Anaxinandro para --  
tratar de explicar al mundo, significa no solo "comienzo", sino también "do  
minación", y dice que parece "abarcara todo y dirigir todo" (7); a su vez --  
Empédocles observa en la naturaleza dos principios fundamentales, un princi  
pio que vincula los elementos y los mezcla (amor) y otro que los separa y -  
los aísla (lucha), (8) y entiende a estos principios no solo como inherentes  
a las cosas, sino que los personaliza, y concluye que los cambios que se ges

tan en las cosas, no son sino el resultado de la lucha interminable que - sostienen estos dos principios o dioses. En ésto, es posible observar la concepción del mundo como una lucha eterna entre el bien y el mal, por pre valecer uno sobre el otro, y que origina los fenómenos físicos.

Es curioso notar que el término "ley" se aplica aún en la actuali-- dad para designar, tanto una orden o mandato, como para designar aquella - relación que se da entre causa y efecto; dice Heráclito, citado por Kelsen (9) "Ley se llama también seguir la voluntad de uno únicamente".

Según el principio de retribución, la culpa trae como consecuencia la aplicación de una pena, y en el lenguaje de los griegos "causa" signifi caba también "culpa"; según este principio, cronológicamente se da primero la causa o culpa, y después la consecuencia de ellas, y no es posible que se de primero la recompensa o castigo y después la culpa. Así, Anaximan- dro (10) afirma: " Pero allí donde las cosas tienen su origen, allí encuen tran también su declinación, según la necesidad. Pues con arreglo a la or denación del tiempo, se propinan unas a otras castigo y penitencia por sus injurias"

Existía también la creencia entre los griegos de que lo igual atrae a lo igual, el agua a lo húmedo, el fuego al calor, etc.; así, la igualdad existe entre culpa y castigo, entre bien y premio, etc.; esta idea ha in-- fluído en la física moderna en el sentido de que la causa ha de ser igual al efecto, esto es, que debe existir una proporción entre la causa y el fe nómeno causado.

Para los antiguos griegos, las leyes aplicables tanto a los hombres como a la naturaleza, eran absolutas, esto es, no admitían excepción, de lo cual se nota que se basaban, no en la observación de lo acontecido en sociedad o en la naturaleza, sino en la creencia de divinidades, a los que correspondía el aplicar las consecuencias inexpiables, esto significa que las leyes de la naturaleza podían ser violadas por las cosas, que, como los hombres, podían también desobedecerlas, ya que tal carácter de leyes no lo poseían por su inmutabilidad o fatal cumplimiento, sino por la voluntad de seres superiores que las dictaban; así, en el pasaje de Heráclito, si el sol no sigue el camino que le ha sido prescrito, las Erinias se encargarán de imputarle una sanción, esto es, de corregir su camino errado para que cumpla con lo que le es mandado.

Se pensaba, asimismo, que el equilibrio entre las fuerzas que actúan sobre las cosas, como el que existe entre lo líquido y lo sólido, entre lo negro y lo blanco, etc. era lo justo, y que el desequilibrio devenía en injusticia, y que, por lo tanto, para restablecer el equilibrio perdido era necesario que se imputara una sanción proporcional a la infracción cometida, para, gráficamente, volver la balanza a su punto de reposo. Es en este sentido lo que Alcmaion de Croton afirma: "La salud se mantendrá por el equilibrio de las fuerzas. De lo húmedo a lo seco, frío y caliente, etc. El "dominio exclusivo" de una de ellas será la causa de la enfermedad" (11). - - ¿quién retribuía a las cosas las consecuencias de su comportamiento?, para algunos griegos como Heráclito, era "Dike", la juzgadora, la diosa inexorable, que no solo era la diosa del Derecho, la de la retribución, sino que era asimismo la diosa que conducía a la verdad, y era de tal naturaleza, que sus designios no eran factibles de dejarse de acatar, de obedecer, por eso

se la representaba como "verdad rotunda de corazón incommovible" (12). -- Hasta la actualidad ha pasado el símbolo de la diosa justiciera como una - mujer con los ojos vendados, lo cual da idea de como, contra los designios de "Dike", no cabe reconsideración de su parte por súplicas de quien ha vio- lado la ley inexorable o verdad, y no como se entiende en el sentido de tra- to igual tanto a poderosos como a desposeídos. Este absolutismo en el cum- plimiento de la ley, ha pasado del pensamiento del hombre griego al del po- sitivista, que hasta el siglo pasado vió en la ley de la causalidad, una - ley que necesariamente liga a cierta causa dada, cierto efecto que en nin- gún caso puede dejar de darse, esto es, que las verdades de la ciencia son verdades universales cuyo cumplimiento es fatal dada cierta causa.

El principio de causalidad se fue configurando a partir de que se - fue liberando la conciencia cognoscitiva de la conciencia mitológica. Pero es importante notar que aún persiste gran influencia del principio de retri- bución en el pensamiento científico, como sucede por ejemplo cuando se afir- ma que la causa debe ser igual al efecto; esto no es tan evidente como pare- ce, ya que es imposible en un fenómeno dado el investigar la infinidad de - causas que obran en él; la física moderna se ha ido desprendiendo de la -- idea de una relación necesaria entre una causa y un efecto, se sustituye en la mentalidad de los científicos la idea de causa, que implica relación con su efecto, que fatalmente debe producirse, con la idea de condición, que - también sirve para comprender el por qué de cierto efecto, pero sin implicar la idea de unión necesaria con éste. Reichenback dice : "si se describe un acontecer mediante infinitos parámetros, puede predecirse con probabilidad el proceso futuro; esta probabilidad crece con cada parámetro que se consi- dere " (13). Esta variación en la concepción de las leyes de la naturaleza,

este cambio que se observa en el desarrollo de las verdades científicas, y en la mentalidad de los hombres que se dedican a hacer ciencia, significa también una liberación del principio de retribución, ya que éste implica - absolutismo, verdades que no admiten excepción, ya que las sentencias de - "Dike" eran inexpiables, esto es, consecuencias que una culpa o causa necesariamente desencadenarían. La ciencia pasa de ser una ciencia que afirma verdades universalmente válidas, entendiendo a éstas como las que no admiten excepción, a una ciencia más modesta que descubre verdades meramente - probabilísticas, verdades estadísticas. Entonces la causalidad ya no es algo inherente a las cosas que une causa y efecto, sino tan solo una legalidad de razón, como ya Kant lo enseñaba; es en este sentido que afirma May - (14): "causalidad significa que el pensamiento se siente obligado a buscar a todo lo ocurrido o lo que ocurre una razón de su ocurrencia".

La física de los "quanta" parece ser la que con más énfasis combate la concepción de la causalidad con resabios animistas, la que entiende causa y efecto como un fenómeno inescindible, absolutamente válido; es hasta Hume que el problema de la causalidad se transporta del ser a la conciencia, de lo objetivo a lo subjetivo (en un sentido amplio, esto es, a una teoría del conocimiento). Así, en la física cuántica: "nunca puede fijarse de modo inequívoco una situación inicial en el campo de la física de los átomos. De las dos magnitudes que las constituyen, como situación e impulso, o tiempo y energía, solo una puede ser medida con la precisión que se quiere, de manera tal que con el grado de precisión en la medida de una magnitud, aumenta proporcionalmente el grado de imprecisión de la otra...entonces no habrá causalidad alguna en el campo de la mecánica de los "quanta", o al menos resulta imposible demostrar causalidad ninguna, ni se podrá demostrar -

nunca, aún cuando se diera objetivamente" (15)

Si en un principio se trató de explicar la naturaleza en base a los principios que regían la vida social, esto es, si las leyes físicas fueron entendidas como normas, lo cual significa como actos nacidos de una voluntad, voluntad que regía las cosas y que se originaba de seres sobrehumanos, ahora la intención de algunos filósofos jurídicos vira en sentido contrario, se trata de explicar el fenómeno normativo, jurídico, en base a principios que rigen el mundo físico. Normatividad implica voluntad, como Kelsen lo ha observado y esta es una propiedad inherente sólo al hombre, ya que las normas son dictadas para que los hombres las cumplan, pero no porque los hombres necesariamente las cumplirán, o sea, que voluntad también implica el concepto de libertad de las personas para conducirse de acuerdo a los preceptos jurídicos o en desacuerdo con ellos. Si estos principios son absolutamente exclusivos de las relaciones sociales, la corriente sociológico-jurídica, desarrollada con mayor fuerza en los Estados Unidos, no lo ve así, ya que cree son aplicables las leyes causalísticas para comprender todos los fenómenos sociales, entre los que se encuentra el Derecho. Así, Alf Ross afirma: "La expresión "derecho vigente" significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, constituídos por el ejercicio de la fuerza física contra las personas de parte de los jueces, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas como socialmente obligatorias" (16). Y por su parte H.L.A. Hart sostiene que las reglas imponen obligaciones cuando: a) la exigencia general en favor de la conformidad es insistente b) es grande la presión social en contra de quien no la observa o pretende no cumplirla -

c) las reglas son reputadas importantes, porque se les estima necesarias para la preservación de la vida social y d) aunque la conducta exigida por las reglas, es provechosa para algunos, puede entrar en conflicto con lo que desea el sujeto obligado. Y también sostiene que : "lo que es importante es que la insistencia sobre la importancia o seriedad de la presión social que se encuentra tras las reglas, es el factor primordial que determina si ellas son concebidas como dando origen a obligaciones" (17).

Esta concepción del Derecho a partir de postulados causalistas tiene su origen o su razón de ser en una conciencia que trata de combatir las concepciones que impliquen metafisismo, que tengan sus cimientos en un Derecho Natural, afirmado expresa o tácitamente al pretender al Derecho fundamentos más allá de los conocimientos que sirvan a toda ciencia, y es - - plausible la actitud de quienes combaten la posición jusnaturalista, y que, como Hart explica, tratan de quitar a la palabra "Derecho" su "fuerte carga emocional".

Pero si es cierto que pretender al conocimiento como verdades esenciales o metafísicas es actualmente inaceptable, ello no conlleva el que - la normatividad no pueda explicarse a partir de bases científicas diferentes a las que explican fenómenos físicos, y no solo es posible esto, sino necesario, ya que las normas jurídicas no podemos entenderlas sin presupuestos como el de libre voluntad y el de validez, que no tienen contrapartida o equivalente en el mundo fáctico, o solo lo tendrían si se observara a éste con una concepción animista.

De ninguna manera pretende negarse la posibilidad del estudio del

Derecho como un fenómeno explicable a partir de los mismos postulados que sirven a las ciencias de la naturaleza, reacción contra la posición del -- hombre primitivo que llevaba a cabo una operación en sentido opuesto: la de explicarse a la naturaleza como un fenómeno sujeto a las leyes que lo gobernaban a él mismo. Pero es de notarse que la comprensión de lo jurídico como ente natural no llega a solución completamente satisfactoria, -- así, para Ross, las normas son obligatorias porque son vividas como socialmente obligatorias. ¿pero qué significa esto último?, significa que dentro de su definición de Derecho se introduce un término no explicable objetivamente, puesto que se trata de conceptos meramente subjetivos. Lo mismo sucede con lo que afirma Hart en el sentido de que las normas son -- reputadas importantes porque se les estima necesarias para la preservación de la vida social; esto implica juicios de valor en su definición de lo -- jurídico, puesto que no nos es posible saber, objetivamente, si una norma es obedecida por una sociedad porque la considere importante, o por costumbre, o por razón del temor que tienen los individuos de que el desobedecerla, traería como consecuencia la imputación de una sanción a que se haría acreedor. Y por otra parte, sí es posible el estudio de lo jurídico a partir de presupuestos de razón que no son los aplicables al orden -- fáctico, quiere decir que es posible el conocimiento del Derecho como un objeto de conocimiento que se sujeta a leyes exclusivamente sociales, no aplicables al mundo de la experiencia, y que no por ello pierde su carácter científico, el de ciencia que explica, no como los hombres se comportan en realidad, sino que anuncia como los hombres se deben comportar, en razón de la existencia de normas jurídicas que prescriben esa conducta y la sanción en caso de que no se cumplan.

### 1.1.2. "Ser" y "deber ser"

Si queremos saber que se entiende por Derecho, lo primero que nos parece evidente es que se trata de una ciencia de las llamadas sociales. Estas se diferencian de las llamadas naturales o causales como la física, química, etc. en que el objeto de su estudio es lógico-formal distinto del propio de éstas, y por esta razón emplea métodos de conocimiento diferentes.

Así, vemos que Kelsen parte de la distinción Kantiana entre ser y deber ser, para distinguir el objeto de estudio de la ciencia jurídica del de las demás ciencias, que obedecen a distintos principios.

Ahora bien, si el objeto de estudio de unas y otras es distinto, esta diferencia no nos es dada al conocimiento como una propiedad intrínseca del objeto en sí mismo, ya que a partir de la filosofía crítica de Kant, no es posible seguir hablando de una cosa en sí misma, independiente a la relación de conocimiento. Nuestro problema de la distinción del objeto de conocimiento no es ontológico, sino de metodología de las ciencias.

"Por naturaleza entendemos un orden o sistema de elementos relacionados los unos con los otros por el principio de causalidad" (18). Este principio de causalidad, desarrollado ya en la antigüedad griega por los atomistas, sufrió una grave crisis durante el triunfo del cristianismo en la Edad Media; fue revitalizado por la nueva ciencia natural fundada por Bacon, Galileo y Kepler, y en épocas recientes nuevamente cuestionado, cuando no negado francamente en ciertos campos de la física moderna.

Resumiendo, el principio de causalidad expresa que a cierta causa - un efecto se producirá, a su vez este efecto será causa de un nuevo efecto o, como dice Goethe, (19) causa y efecto son un fenómeno inescindible. Ahora bien, si observamos la génesis del principio de causalidad, veremos que se ha desarrollado a partir de una concepción animista del mundo, esto es, que el principio de causalidad se desarrolla a partir del principio de retribución; así, vemos en el famoso fragmento de Heráclito: "Si el sol no se mantiene en su camino prescrito, las Erinias, auxiliares de la justicia, lo corregirán" (20). No debemos pasar por alto que la causalidad como principio, no es una propiedad de las cosas en sí mismas, que no es immanente a los objetos, ya que además, como Cassirer precisa (21) "no es una posesión evidente del espíritu, sino una de sus conquistas metódicas más tardías".

Si el principio de causalidad es puesto en crisis por los descubridores de la física cuántica, ello afectaría a una concepción realista de la naturaleza, a una filosofía Aristotélica que ve en las propiedades de los objetos, no una función del conocimiento, no una categoría impuesta por la ciencia, sino propiedades immanentes de las cosas, que mediante una operación de la razón llegamos a conocer. Ya Hume critica nuestra fe en la causalidad y dirige sus objeciones principalmente contra la idea, todavía dominante en su tiempo, de que entre la causa y el efecto existe un íntimo nudo, de modo que la causa arrastra al efecto; afirma que en la naturaleza no se da una causalidad en el sentido de una anudación necesaria, sino tan sólo una sucesión regular de acontecimientos.

Otro elemento de la idea de causalidad, contra el que toma posición la física moderna, es la tesis de que el efecto ha de ser igual a la causa,

postulado que ya Mach consideró completamente "vacío" (22). A su vez, -- Philipp Frank (23) afirma que desde el punto de vista físico es imposible "considerar simplemente la energía en general como medida de la causalidad" También el llamado "condicionismo" no hace otra cosa que desprenderse del principio de retribución. En el principio de retribución, sus dos miembros se anudan en el sentido de que uno precede temporalmente al otro (primero el delito, después la pena, y no al contrario), asimismo, la simultaneidad es tan inconcebible como la inversión de los miembros en el principio de retribución, que es como análogamente se pensó en un principio a la causalidad; la moderna ciencia natural muestra numerosos anudamientos en los que no se da ninguna diferencia en cuanto al orden temporal.

Por lo anterior, podríamos formular la ley de la causalidad en estos términos: que regularmente un cierto fenómeno (el efecto) se produce cuando se ha producido de antemano o se produce al mismo tiempo otro cierto fenómeno: la causa. Así, la ley de la causalidad sigue siendo, aunque modificada, la forma básica de la ley natural. La mecánica de los quanta ha dado un giro a la concepción de la ley natural, y así dice Schrodinger (24) - que "las regularidades observadas por nosotros durante milenios (que han conducido a la fe en la causalidad) no son legalidades causales, sino legalidades inmediatamente estadísticas".

Muy al contrario sucede en el campo de las ciencias normativas a como sucede en el reino natural. Como Vallado Berrón observa (25), si la ley natural acepta excepciones, la norma no. Si se da la condición de un enunciado normativo, el deber se enlazará a esta condición en forma necesaria, lógica. Si existe un precepto que menciona que al que robe se le aplicarán

seis años de prisión, a la conducta que se coloque en este supuesto "debe" aplicársele la sanción privativa de libertad en todo caso. Si de hecho la sanción no se aplica, ya sea porque el criminal se sustrae a la acción de la justicia, por la benevolencia del juez, o por cualquier otra causa, esto ya no es objeto de estudio de una ciencia jurídica pura, sino de una ciencia causalista. La relación entre lo que efectivamente se produce y lo que normativamente puede también ser objeto de una sociología jurídica, que en opinión de Hans Kelsen (26), es posible que se llegue a conformar como ciencia cuyos enunciados dirían, no cómo los hombres deben comportarse bajo ciertas circunstancias sino, en proposiciones que digan como se comportan en realidad. La teoría de la sociología jurídica se ha desarrollado ampliamente sobre todo en la doctrina Angloamericana, a partir de la obra clásica de John Austin; pero adolece de varias imperfecciones, entre otras, el que sólo considera como leyes las normas individualizadas, esto es, las normas individuales que crean los tribunales para poner fin a un litigio, sin tomar en cuenta que estas normas individuales a su vez son aplicación de normas más generales, que en primer lugar determinan la jurisdicción o la competencia de los órganos judiciales, para efecto de darles la capacidad de crear normas aplicables al caso concreto. Si se aduce en contra que los tribunales pueden crear normas individuales sin aplicar el contenido de una norma general, que por una relación deductiva deba ser aplicada en caso concreto, y que esta norma individual obtiene su carácter de obligatoria, al adquirir fuerza de cosa juzgada, aún estando disconforme con el contenido de la ley general aplicable; aún en este caso existe una mínima aplicación de la ley general, ya que si no es aplicación de su contenido, sí es aplicación de la norma constitucional que delega en los tribunales la facultad de dictar sentencias en los casos concretos.

Ahora bien, si la sociología jurídica, con sus representantes como Kaufmann y Schreier se propone un estudio de lo que sucede en realidad, estaríamos en presencia de una ciencia natural como la física o la química; y si se propone el estudio de las relaciones entre Derecho y naturaleza, -- debe aceptar como presupuesto el concepto de lo normativo que solo una ciencia pura del Derecho podría dar. Con un ejemplo trataremos de clarificar -- éste último: se reúnen un determinado número de personas para votar una ley, estas personas son las componentes de un poder legislativo; desde un punto de vista fáctico observamos que dan su asentimiento para que una ley sea -- promulgada; en esto cree ver J. Austin un acuerdo de deseos subjetivos de los legisladores, que exteriorizan una orden dirigida hacia los súbditos, y la medida en que se cumpla o no se cumpla esta orden sería objeto de una sociología jurídica. Pero es de suma importancia el recalcar la diferencia -- que existe entre un acto y su significación; la significación en el caso que estudiamos es la de que se ha dictado una ley, y por eso Morris R. Cohen opina que es el "mayor disparate" confundir la lógica con la psicología (27). El por qué una ley es válida y el por qué debe ser obedecida, no puede ser estudiado por una sociología jurídica, sino por una jurisprudencia pura. A esta última no le interesa el estudio de las ideologías que influyen a -- los hombres para la creación del Derecho, asimismo no se interesa por la -- fuerza que ejerce una ley por la representación subjetiva del obligado al -- hacer conciencia de que su conducta contraria a Derecho se podría hacer -- acreedora a una sanción, o si contrariamente, al cumplir con un deber lo ha -- ce una función de la idea de justicia que posee, lo cual sí representa una de las tareas más promisorias de una sociología jurídica.

La sociología jurídica deriva en una ciencia de probabilidades ya --

que se llega a afirmar que el derecho (the law) no es otra cosa sino profesías sobre cómo resolverán casos los tribunales; que el Derecho es una ciencia de predicciones.

Resumiendo, tenemos que afirmar junto con Kelsen que no es el Derecho mismo lo que es la materia de la sociología jurídica, sino ciertos fenómenos paralelos en la naturaleza.

Rudolf Stammler al hacer la distinción entre ciencias sociales y ciencias de la naturaleza, afirma que se ordenan con arreglo a dos métodos distintos: para las primeras rige el método de la "voluntad" así como para las segundas el método de la "percepción" (28). Mediante aquéllas, se determinan las nociones de nuestra conciencia en un sentido teleológico o final, y mediante éstas, se ordenan las percepciones de un modo causal. O sea, que para este autor la voluntad supone un objeto a cuya consecución se "aspira"; asimismo afirma que debemos entender a la voluntad como una pauta directiva de nuestra conciencia consistente en la elección de medios para la consecución de fines.

Esta teoría tropieza por el enorme error que significa el no tomar en cuenta que la relación que existe entre medio y fin no puede ser otra que de causalidad. Ya que si aspiramos a conseguir un fin y tenemos que escoger el medio correcto para la consecución de aquél, este medio tiene que ser la causa que origine el fin. Y así, vemos que se pueden subsumir las nociones de medio y fin en las nociones de causa y efecto. Tampoco se salva el error al afirmar que en el campo de la voluntad se posee la "opción" para elegir de entre diferentes medios, lo cual no se da en el reino

de la naturaleza, puesto que si se quisiera hacer una ciencia sobre la elección de los medios idóneos para la consecución de los fines propuestos, esta ciencia (o voluntad) tendrá que aceptar como correctos únicamente los medios que fueran causa del fin, y no sólo correctos, sino necesarios, ya que, si bien es cierto que la voluntad tiene la facultad de elección, la elección de medios incorrectos no nos lleva a la consecución de lo que se aspira. - De lo anterior, parece más correcta la división que se hace entre ser y deber ser (sollen).

Otro de los criterios que nos permitirá diferenciar las nociones de ser y deber ser, nos lo da el concepto de libertad. Las normas se dictan - bajo el presupuesto de la libertad, o sea, que a quien van dirigidas puede violarlas, puesto que no tendría objeto dictar una norma que se sabe se va a cumplir en todas las situaciones, como sería el caso de una ley que obligara a los hombres a respirar, pues nos encontraríamos ante una ley que necesariamente se cumpliría, y esta ley no puede ser otra que una ley causal. Como el hombre como ser biológico pertenece a la naturaleza, no puede escapar a las leyes del determinismo. No nos detendremos aquí a investigar si el hombre tiene libre albedrío o no, o más concretamente, si su voluntad es libre o está determinada. Kelsen da un giro completo a la concepción del - problema de la libertad en la relación normativa al afirmar que la libertad no es la condición de la imputación moral o jurídica, sino que el hombre es libre sólo en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación (29). O sea, la libertad es un presupuesto para una ciencia normativa. En esto - último se llega a la misma conclusión que R. Stammler con su concepto de - "opción" como facultad de la voluntad, aunque su método sea más desafortuna - do.

## 1.2. LOGICA TRADICIONAL

### 1.2.1. ¿Realismo o idealismo?

La lógica tradicional tiene su origen en la visión del mundo que -- rodea al hombre desde un punto de vista realista; es el punto de vista del niño ingenuo que no pone en duda la existencia de lo que lo rodea, de lo -- que observa por medio de sus sentidos. Esta posición es la más favorable también para la construcción de una teoría teocéntrica, de un razonamiento que concibe al hombre y la naturaleza sujetos a las leyes emanadas de un -- Dios Todopoderoso, esencia y fin de todas las cosas. Esta visión realista del mundo sirvió durante muchos siglos para fundamentar racionalmente los postulados de la iglesia católica. A partir del desarrollo del pensamiento Aristotélico, el pensamiento filosófico sigue una ruta apta para el pensa-- miento metafísico, que llega a su culminación más depurada en el pensamien-- to de Santo Tomás de Aquino.

La postura de la lógica tradicional es la postura más cómoda para el pensamiento científico, ya que al preguntarse por los fundamentos de todo conocimiento, los encuentra en entes irracionales, o sea, deriva conclusio-- nes racionales de bases que escapan de todo razonamiento: Dios, la naturale-- za de las cosas, la cosa en sí de la ontología, etc. Entonces, supone que la tarea del conocimiento no es sino aprehender la esencia de las cosas, es decir, por una operación mental llegar a conocer lo que es susceptible de ser aprehendido, ya que los objetos frente al sujeto cognoscente se muestran tal cual son, y sólo será necesario a la razón el desprender del objeto lo -- superfluo, lo secundario, para llegar al conocimiento de la esencia del mis-- mo, a lo que lo hace ser objeto de conocimiento en cuanto tal. Esto se ha--

ce por medio de encontrar un género, que ya es conocido, al objeto, y posteriormente encontrar su diferencia de otros objetos que pertenecen al mismo género.

Pero en el Medioevo esta visión filosófica, que derivó en geocentrismo y teocentrismo, no fue suficiente para explicar los descubrimientos que se realizaban. El conocimiento del sistema solar que gira en rededor del sol, y no con el centro en la tierra, como se pensaba antes de Galileo, así como el descubrimiento de América, y la consiguiente comprobación de la redondez de la tierra, entre otros; así como el resquebrajamiento de la autoridad moral de la iglesia católica, por la división que trajo consigo el protestantismo, siendo aquélla fundamento ideológico de la filosofía, y con ello de la lógica, traen como consecuencia un cambio de perspectiva respecto a la noción que se tenía sobre el conocimiento. Descartes, con su duda metódica, atrae la atención sobre el sujeto cognoscente como único fundamento para el conocimiento, como única fuente de validez de todo saber, y sienta las bases para el desarrollo de un idealismo Kantiano que ha perdido la ingenuidad que posee el pensamiento realista. A partir del idealismo, las cosas u objetos ya no existen porque sí, como un algo dado que se encuentra frente al sujeto cognoscente, sino que adquieren existencia en tanto son objetos de conocimiento.

Débase a Renato Descartes el nacimiento de una nueva filosofía que transforma la visión del mundo que la filosofía Aristotélica sostenía. Ya no se posee la seguridad ingenua de la existencia de las cosas, por su percepción, sino que a partir de Descartes la única seguridad que tiene el filósofo es la de su propia conciencia, misma que se hace patente a partir

de que se duda metódicamente de los conocimientos adquiridos sin otra base lógica que la de la creencia en la objetividad de las cosas, de su existencia frente al sujeto cognoscente. Con la famosa frase: "pienso, luego existo" se pone en primer término como problema del conocimiento a la conciencia y también se coloca a ésta como base legal lógica de todo conocimiento; trátase de la conciencia objetiva, universal, y no de una conciencia subjetiva, individualmente determinada.

Entonces, el conocimiento va a dejar de ser una grata tarea de contemplación, para convertirse en un trabajo de la conciencia, y se pone en claro que la existencia de cualquier ente no puede tener otro fundamento que la primaria existencia de la conciencia; saber al que es posible llegar sin que se tenga duda acerca de él, esto es, que es expresado con la claridad que toda verdad científica debe poseer, y que, por lo tanto, es una base firme de todos los demás conocimientos. Esto significa que el conocimiento de la existencia de la conciencia universal es un presupuesto lógico, una legalidad racional que sienta las bases para la construcción de una nueva lógica, que tradicionalmente se consideraba como la ciencia cuyo objeto era la corrección de los pensamientos, y que deriva en una lógica que sustituye a la filosofía, es decir, que la lógica al convertirse en teoría del conocimiento, incluye dentro de sí a todas las ciencias, inclusive a la ética y a la estética, si son posibles como objetos del "logos", como entes de reflexión.

La lógica tradicional se debilita a partir de acontecimientos históricos, a los cuales no puede encuadrar dentro del marco filosófico que las doctrinas Aristotélica y Tomista habían señalado. Los descubrimientos re-

nacentistas en astronomía y física, así como en matemáticas en lo referente a los números complejos, hacen que se estrevezcan las bases de la seguridad que poseía el hombre occidental acerca de su posición privilegiada en el mundo, como creación a imagen y semejanza de un Dios que lo dota de una razón, que no es sino una parte imperfecta, de la perfecta que pertenece a Dios; en virtud de esta creencia, ciencia y teología se unen en estrecha relación, ya que aquélla trata de aprehender las verdades que una conciencia metahumana ya conoce, y por lo tanto, a medida que se avanza en el camino de las verdades científicas, se acerca el hombre hacia la esencia final de todas las cosas, que es un Dios del cual deriva toda verdad, así como toda existencia, y causa última de todos los fenómenos físicos, morales y estéticos.

Pero el surgimiento del idealismo da lugar a una nueva visión del hombre y del mundo que lo rodea. Ya no es una concepción halagadora, ahora el filósofo ha perdido los elementos tan firmes que parecían sostenerlo y se encuentra con una visión caótica de la realidad, incluido él dentro de ella, y que parece no tener un eje o teoría fundamental que sea capaz de explicarla; así, Hume sostiene que no se pueden concluir leyes acerca de la naturaleza a partir de lo observado por nosotros, ya que no se trata sino de una regular sucesión de acontecimientos, que no podemos tener seguridad, con base a lo sucedido, de que algo sucederá. Pero al filósofo queda aún una tabla de salvación para no hundirse en una visión caótica, pesimista y contra todo progreso científico: la razón. La razón objetiva es una evidencia apriorística que sin lugar a duda funciona como fundamento de todo saber, como su causa última, y que no implica el aceptamiento a priori de ningún ente metafísico; es verdad que aún a la razón se podría buscar una cau-

sa, y se ha tratado de encontrar a la lógica fundamentos psíquicos, antropológicos, biológicos, aritméticos o gramáticos; pero si tratamos de encontrar a la ciencia del "logos" explicación de su existencia, así como a la razón, en base a los conocimientos que las ciencias empíricas señaladas nos proporcionan, introducimos en nuestros juicios un error de principio, caemos en un círculo, en un "regressus in infinitum", ya que no se puede fundamentar a la lógica a partir de ciencias que derivan su validez, como tales, de ella. La lógica debe ser una disciplina de segundo grado, una ciencia, que en verdad no se origina únicamente del pensamiento del filósofo, sino que se origina de la necesidad de encontrar fundamento o razón para la credibilidad de los conocimientos que las ciencias particulares han adquirido durante siglos, pero esto no significa que estas ciencias son las que explican la causa del "logos", no, sino que al reflexionar sobre las ciencias, al filosofar, se encuentra una teoría del conocimiento que "legaliza" los enunciados de las ciencias, y si bien cronológicamente la lógica como ciencia de segundo grado o reflexión trascendental es posterior al conocimiento científico, racional o lógicamente la teoría del conocimiento es la base única sobre la que se asientan las verdades que se obtienen por las disciplinas científicas particulares. Si entendemos a la lógica como presupuesto, no susceptible de explicación a partir de otra disciplina, evitamos la concepción del conocimiento como un conjunto de enunciados circulares, que se explican tautológicamente a partir de sí mismas, y podemos concluir que las ciencias siguen un camino ascendente, no descendente ni circular, que existe una historia de las ciencias. Lo anterior no significa que la lógica sea una materia estática, con verdades eternas e inmutables, sino que se trata de una ciencia cuyas verdades varían en razón de la necesidad lógica de fundamentos para las teorías que surgen en el deve-

nir del progreso científico, o sea, las ciencias ayudan al reflexionar filosófico, a la lógica, pero no la conforman, no la explican.

### 1.2.2. Definición tradicional del Derecho.

En el inciso anterior hemos tratado de clarificar la diferencia metodológica y, por ende, de los objetos de las ciencias naturales o causalistas (en el sentido que hemos dado a la causalidad) y de las ciencias sociales, incluido dentro de éstas al Derecho; ahora bien, precisamos saber que es el Derecho, esto es, definirlo. Definir es explicitar las notas esenciales de un objeto de conocimiento, determinar lo que él es. Asimismo, para definir lo que el Derecho es (el Derecho como normas positivas de conducta y no como: a) Un arte empírico; b) Un conjunto de aspiraciones subjetivas de justicia ó c) Formas de comportamiento causal altamente probables), precisamos de un método. Según Larroyo (30), método es el procedimiento o plan que se sigue en el descubrimiento de las crecientes verdades de la investigación.

La lógica tradicional acepta tres tipos de métodos lógicos: El deductivo, el inductivo y el analógico. Estos métodos lógicos son conocidos como inferencias. Inferir significa obtener, con arreglo a ciertas leyes, un juicio llamado conclusión de otro u otros llamados premisas.

Intentar llegar a un concepto del Derecho por deducción significa conocer su género próximo y su diferencia específica. Así, se dice (31) — que el Derecho pertenece al mismo género que la moral, la religión y las reglas del trato social, ya que estas disciplinas tratan también sobre normas que regulan la conducta y así, a la unilateralidad, interioridad, incoercibilidad, autonomía de aquellas, se opone la heteronomía, la coercibilidad, la exterioridad y la bilateralidad, como rasgos distintivos del Dere-

cho. Esta concepción parte del error de considerar como verdaderos sistemas normativos a meras apreciaciones subjetivas como en el caso de la moral y la religión o, como en el caso de las reglas del trato social, a un sistema carente de unidad, esto es, carente de un criterio unificador, y - si lo que tratamos es el encontrar un método científico que nos sirva para conocer lo que el Derecho es, no podemos derivar una ciencia de juicios - subjetivos de valor, o como señala Kelsen (32), si se quiere enjuiciar al Derecho por la moral, esto sólo es posible si aparece una oposición entre las normas de la moral y las del Derecho, esto es, cuando puede darse un - Derecho moralmente bueno y uno moralmente malo.

Tampoco es posible el conocimiento de lo jurídico cuando a partir del concepto jusnaturalista de que el Derecho es el "orden materialmente justo de la conducta" tratamos de afirmar que Derecho es sólo el orden justo, esto es, las normas que sean calificadas como injustas no podrían encajar dentro del marco de lo jurídico; esto no es científicamente correcto, porque al incluir la noción de justicia en la premisa mayor de la cual vamos a inferir la definición de lo jurídico, estamos incluyendo un elemento metajurídico, el cual sería objeto de otro tipo de estudio muy diferente - al que nos ocupa.

No es posible tampoco por medio de la inducción llegar a un conocimiento de lo que el Derecho es, como afirman algunos sociólogos jurídicos, al señalar que por medio de la observación de los fenómenos llamados jurídicos, podemos llegar a conocer los elementos esenciales de las normas del Derecho, y no es posible porque el distinguir las normas jurídicas de las que no lo son, presupone un conocimiento del concepto del Derecho.

Un método analógico tampoco nos es de utilidad para conseguir el -- fin que nos hemos presupuesto, porque el usarlo implicaría el comparar las manifestaciones jurídicas con las otras disciplinas normativas, de las cules ya se vió que es muy cuestionable su carácter científico. Encontramos una enorme dificultad para encontrar objetos con los que podamos comparar al Derecho.

Genéticamente, esto es, utilizando el método que caracteriza al objeto indicando el modo como se engendra u origina éste, no podemos llegar a una definición satisfactoria del Derecho, puesto que éste regula su propia creación, esto es, formalmente el Derecho crea al Derecho, ya que cuando se designa como legislador o juez a una persona, ello es en base a una norma que les da ese carácter, y si es verdad que estas personas tienen capacidad para crear normas generales o individuales, esta capacidad proviene de una norma positiva; ya se hizo mención que es muy importante no confundir los hechos naturales, de su significación. La significación son - normas jurídicas que tienen su validez positiva, no en los anhelos de quienes las crean, ni en las causas sociales que las determinan, sino en - una norma superior que confiere validez a las normas creadas conforme a - ella. A una teoría del Derecho no interesa el que un ser humano cree De- recho en base a causas psicológicas o sociológicas que lo determinen, és- to ya es un estudio metajurídico, objeto de una ciencia natural o de una disciplina axiológica.

Es conveniente señalar, además, que una de las consecuencias a que ha conducido la doctrina tradicional, como nota W. Ebenstein (33), ha si- do la de que al dedicarse a investigar las "differentiae Specificae" entre

Derecho Público y Privado, Derecho Subjetivo y Objetivo, etc., ha pasado por alto que solamente un firme y establecido "tertium comparationis" puede dar valor científico al descubrimiento de las distinciones separadas. Solamente así podemos acercar más al ideal de toda ciencia, la sistemática simplificación y unificación de un número infinito de datos separados, lo cual intenta la Teoría Pura del Derecho, como veremos más adelante.

### 1.3. FENOMENOLOGIA

#### 1.3.1. Filosofía y "logos"

En el presente siglo han surgido una multiplicidad de doctrinas filosóficas, que tienen como nota común la de negar a la razón como fuente última de todo conocimiento. Como sucedió en el Renacimiento, que hechos históricos, como el descubrimiento del movimiento de la tierra alrededor del sol, entre otros, determinaron un cambio drástico en la concepción de las verdades filosóficas que durante siglos permanecieron inmutables, ya que éstas no fueron compatibles con la postura del hombre del Renacimiento, que se dirigía hacia un punto de vista cada vez más humanista y menos teocrática, a lo que también ayuda la crisis que vive la iglesia católica en esa época por el protestantismo, y que hace posible que se tambaleen los cimientos de la filosofía tradicional que consideraba al conocimiento como algo inmutable, estático, absoluto.

De la misma manera, en el presente siglo hechos históricos como las dos Guerras Mundiales, que por su irracionalidad ponen en duda la eficacia de la razón como fuente de explicación de tales acontecimientos, así como el palpable desarrollo agigantado de conocimientos científicos y tecnológicos, que trae aparejada una tecnocratización de la sociedad y de lo humano, y que hacen tomar conciencia al hombre de que los productos indirectos de la razón: el bienestar que proporciona la tecnología, o la explicación que proporcionan las ciencias como la psicología, la medicina, la sociología, etc. a problemas filosóficos como el de la vida, la angustia existencial ante la muerte, etc., han propiciado que muchas corrientes filosóficas del --

presente siglo muestren un rechazo hacia la razón como fuente última de todo conocimiento.

Así, algunos filósofos sostienen que la ciencia del "logos" es axio lógica por esencia, ya que tiende a conseguir el valor de la verdad, y a su vez, ésta está encaminada o supeditada a la consecución de un valor superior que determina la ética, valor como bondad, justicia, moralidad, etc.

Otra corriente filosófica, la analista, sostiene como tarea de la fi losofía el encontrar el significado de los términos que se usan en el lenguaje científico, o sea, el descubrimiento del uso social que se da en una comunidad o grupo a determinados significados, esto es, la comprensión del significado del significado, y por consiguiente, deriva en una concepción de la lógica como correctora o guía de la comunicación entre los hombres.

Una doctrina filosófica pragmaticista, por su parte sostiene que la filosofía, y con ella la lógica, tienen sus bases en una causa de utilidad para los hombres, para la realización menos problemática de sus fines "se ha creído que el principio biológico del mínimo esfuerzo por el mayor provecho (ley intrínseca de la vida), explica holgadamente la estructura lógica del pensar, y, sobre todo, del conocimiento de toda su magnitud. El Bios devora al Logos" (34)

Por su parte, una concepción psicologista de la lógica cree encontrar los fundamentos de ésta en hechos psíquicos subjetivos, en meros estados de conciencia, y por lo tanto, señala a la filosofía como una parte de la psicología; esto conlleva al error de confundir ciencia y subjetivismo, ya que

si se pretende que la lógica descansa sobre los principios que rigen a la ciencia de la "psyché", ésta, para tener tal carácter de ciencia debe respetar las condiciones que la lógica señala al conocimiento.

Existe en la actualidad otra tendencia de pensadores filosóficos para quienes la lógica no puede rebasar la estructura fáctica del "ánthropos", esto es, de que "no es posible hablar de una vigencia universal en la esfera de la lógica...el alcance de los principios de la ciencia del "logos" - no puede rebasar la experiencia meramente humana" (35). Esto significa el querer hacer del conocimiento no verdades objetivas, sino meros relativismos. Ya desde la antigüedad, Protágoras sentaba las bases para una concepción antropologista del conocimiento con su célebre frase: "el hombre es - la medida de todas las cosas".

Asimismo, se ha originado una escuela filosófica, que tiene en común el intento de rescatar a la ontología, se trata de una corriente neo-ontologista, según la cual: "Partiendo de la vida concreta del hombre, propugna - por descubrir intelectivamente, por manera universal, los estratos ontológicos de lo humano" (36), y es sustentada entre otros por Max Scheler y Nicolás Hartmann. Existe también, a raíz de las tesis de Heidegger, una escuela filosófica que hace de la filosofía un instrumento de reflexión acerca de la existencia concreta, individual, del hombre. A esta corriente se ha dado por llamar existencialismo, y ha sido también desarrollada por J. P. Sartre y afirma que es esencial a lo humano el angustiarse ante la nada: la muerte.

Mención aparte merece la escuela Filosófica creada por E. Husserl, -

según la cual, la lógica tiene su fundamento último de verdad en una posición o actitud del hombre que no es meramente reflexiva o racional: la intuición. Según Larroyo F. (37), "por intuición se entiende una especie de penetración o visión inmediata, muchas veces irracional". Entonces, según esta escuela, que es una de las corrientes que derivan de las concepciones Kantianas, por medio de la intuición aprehendemos la esencia de los objetos de conocimiento de una manera trascendental.

### 1.3.2. El método fenomenológico.

Una de las Filosofías o métodos filosóficos que han tenido más auge o importancia en los últimos tiempos es la Fenomenología, fundada por E. - Husserl, la cual encuentra múltiples puntos de contacto con las teorías existencialistas y vitalistas de un J. P. Sartre o un José Ortega y Gasset, aunque si bien es cierto que aquella muestra un método muy consistente y - una teórica más depurada.

El método de la Fenomenología se puede dividir en tres fases: a) la actitud natural; b) la reducción eidética; y c) la percepción inmanente o - reflexión fenomenológica.

En el primer momento (actitud natural), se debe recibir todo lo que se ofrece originariamente en la intuición, tal como se ofrece. Si se quiere saber lo que el recuerdo sea, siguiendo la exposición de F. Larroyo (38), tenemos que partir de un recuerdo cualquiera, concreto e individual, por - ejemplo: "el recuerdo de un pentágono dibujado ayer casualmente en un ence rado". De este hecho habrá que observar con atención los elementos que lo constituyen: color, tamaño, forma, etc.; debemos recibir el fenómeno del -- modo más natural, fielmente.

En un segundo momento o de reducción eidética, se trata de eliminar los elementos inesenciales que constituyen la intuición, esto es, de colocar dentro de paréntesis fenomenológicos los elementos no necesarios del -- objeto. En el ejemplo anterior, se hace EVIDENTE que el pentágono recordado así como su tamaño, color, etc., no son elementos esenciales de la intui

ción de un recuerdo, ya que se puede recordar una casa, un árbol, etc, así como tampoco es un elemento esencial la individualidad psíquica de quien recuerda el pentágono, ya que es evidente que cualquier persona puede tener un recuerdo. Se prescinde de todas las circunstancias empíricas, que pudieron no haberse dado. Asimismo, se prescinde también de todas las leyes de las ciencias (inclusive de la Lógica), así como de todo prejuicio; se duda metódicamente, pues "no hay que interesarse más que por aquello que se puede hacer esencialmente evidente en la conciencia misma" (39). Con la exclusión de las notas inesenciales de la intuición, se ha obtenido un residuo de notas que sí son esenciales. La actitud natural se ha transformado en una conciencia pura.

El tercer momento o fase de método fenomenológico se logra volviendo del hecho trascendente (en el ejemplo: de la conciencia del pentágono, de la duración del recuerdo, de su color, etc.) a aquellos elementos esenciales puros, regresando intuitivamente. Esta es la fase de la reflexión fenomenológica o percepción inmanente. Es el retorno de la pluralidad de elementos inesenciales a la unidad de los elementos puros. Así, fenomenológicamente podemos decir que "el recuerdo es el darse cuenta de un objeto no presente por medio de su mera imagen". La esencia es quien hace posible los fenómenos, es un elemento constitutivo de ellos.

Crítica.-Como se ve, la fenomenología basa su teoría en la modalidad de la conciencia de la "intuición". La crítica a este método deberá principiar por cuestionarse si es posible llegar al conocimiento por medio de la intuición. Husserl ha tratado de llevar a sus últimas consecuencias la duda metódica de Descartes, así como de hacer reflexión trascendental siguiendo a

Kant, y se ha alejado de Kant en la medida que se acerca a Descartes; observamos que su método desemboca en la fundamentación de la intuición por la "evidencia", así, señala que "la claridad perfecta es la medida de toda verdad" (40). Según Husserl es conveniente distinguir entre evidencia (Evidenz) e intelección (Einsicht). Evidencia es el término genérico que señala toda posición racional primaria. Existen dos clases de evidencia; la asertórica (cuando veo evidentemente este o ese objeto ante mí) y la apodíctica (cuando comprendo o entiendo que  $1 \times 2 = 2 \times 1$ ). El método fenomenológico encuentra su fundamento en la evidencia apodíctica. Para este método el intuir (Wesensschau) significa una contemplación de la esencia, y sólo por este medio, es posible a partir de un hecho concreto, el captar lo que un objeto sea, el mirar sus elementos esenciales.

Esta eidética que propone Husserl permite entrever una gran influencia Platónica y la crítica que se le puede hacer es primeramente que considera los objetos como cosas en sí, que no se ve en los objetos una existencia por y para el conocimiento, lo que afirmaría una lógica crítica, o un desarrollo de la Crítica de la Razón Pura de Kant. El afirmar que por una contemplación de la esencia se puede conocer lo que algo es, significa una creencia en un mundo independiente de toda relación de conocimiento, en espera de llegar a ser conocido por una "Wesensschau". Esto es, en lugar de partir de una fundamentación hipotética, lo que traería como consecuencia una relativización del conocimiento, pretende fundamentarse en que el conocimiento es posible mediante una posición pasiva del sujeto cognoscente, al cual se le mostrarían los objetos como realmente son en una intuición primaria. La fenomenología pasa por alto que las cualidades que los objetos poseen no son posesiones en sí de ellos, que los conocimientos que te-

nenos de un objeto son simples explicitaciones teoréticas, que los conocimientos son verdaderos en tanto nos sirvan para la fundamentación lógica de un fenómeno. La física de Newton y la de Einstein son ambas verdaderas pero los objetos de conocimiento de una y otra son diferentes, porque parten de distintas relaciones del conocimiento; en esto se observa el conocimiento como una creación del hombre (partiendo de la experiencia, claro está) y no como una contemplación, porque de no ser así se deriva hacia una ontología o metafísica.

Otra de las consecuencias a que conduce el intuicionismo teórico es a un "regressus in infinitum" ya que al señalar Husserl (41) la posibilidad de una crítica de la crítica fenomenológica, se entraña la intuición de una intuición, lo cual iría hasta lo infinito.

Al aceptar la fenomenología como criterio último de validez, no a la evidencia apodíctica misma, sino a la "captación de la esencia" nos encontramos ante otro círculo vicioso sin fin, ya que la evidencia puede ser objeto de la fenomenología, y llegaríamos a afirmar la evidencia de la evidencia apodíctica, lo cual nos conduce a meras tautologías que no nos llevan a ningún criterio último de verdad.

Asimismo, como lo nota el maestro Vallado B. (42), no podemos hacer depender algo racional: el conocimiento, de algo irracional: la intuición. Ante otra situación nos encontraríamos si la fenomenología aceptara como criterio último de verdad a la evidencia, concepto que posee una mejor connotación lógica; pero al aceptar como posible una crítica de la evidencia por una reflexión fenomenológica, lo que se hace es destacar como criterio

último de verdad a la intuición, concepto irracional que nos quiere dar a -  
entender una captación, visión o subsunción del sujeto cognoscente en el ob  
jeto, lo cual es una postura cómoda, pero incapaz de servirnos de fundamen-  
to de las leyes de las ciencias que se han hecho, y se están haciendo en un  
perenne desenvolvimiento. Concluimos nuestra crítica con la famosa cita de  
Hegel: "Lo real es lo racional, lo racional es lo real."

## 1.4 LOGICA CRITICA

### 1.4.1. Cultura y conocimiento.

El método crítico o trascendental se desarrolla como una firme doctrina filosófica que tiene sus fundamentos en el hecho innegable de que la cultura y sus productos: ciencia, arte, religión, etc, tienen su base en la conciencia, pero no en la conciencia individual y subjetiva, sino en la conciencia objetiva que posibilita el conocimiento, asimismo, esta doctrina determina a la cultura no como producto de tal o cuales individuos, sino que pone en claro que la cultura posee un carácter universal, ya que si bien es cierto que los fenómenos culturales se dan en determinadas conciencias empíricas, individuales, es no menos cierto que, la realización de actos morales, la contemplación o creación de obras de arte, la adquisición de conocimientos científicos, son hechos susceptibles de una pertenencia colectiva, y esto es posible gracias a una objetivación del conocimiento y de los valores que constituyen el acervo cultural de una comunidad de hombres.

Esta corriente filosófica es la que más funciona como explicadora de los cambios continuos que sufren las verdades científicas y los fenómenos culturales. Se encuentra en contra de cualquier punto de vista estático del conocimiento, absolutista, dada la observación del creciente desarrollo de las ciencias, por lo cual deriva hacia una visión dialéctica de la realidad, pero que no se confunde con una visión empirista del mundo que concibe a la naturaleza no sujeta a leyes determinadas por la conciencia.

Gracias a esta doctrina, es posible concebir a la filosofía como una

disciplina posible como ciencia, pero que se diferencia de éstas, en que sus principios son deducidos merced a una reflexión que profundiza en los resultados de las ciencias, esto es, las trasciende para elaborar principios conforme a los cuales sea racionalmente posible la consecución de verdades científicas, y la existencia de las ciencias como productos válidos de la conciencia universal: "Sin embargo, esta elevación metódica a un punto de vista superior, al que indica la palabra trascendental (de "trascender", trascender), no está reñida con la inmanencia del auténtico punto de vista de la experiencia, sino que coincide con él; ya que no quiere ni imponer leyes desde fuera al hecho de la experiencia, ni marcarle anticipadamente el camino en el que ha de marchar, sino precisamente exponer en su pureza la ley, por la que como problema mismo "es posible", para confirmarlo en segura conciencia, de ésta, su propia ley, y en su independencia también para su ulterior progreso, y defenderlo de toda extraña desviación. Así se convierte en método trascendental, en "crítico": crítico contra intrusiones metafísicas (es decir contra supuestas realidades no empíricas); crítico, contra un empirismo anónimo aborrecedor de la ley (pues todo fenómeno cultural es producto de una función universal de la conciencia). Hace valer la autonomía de la experiencia tanto contra la heteronomía de un metafisismo que quiera apoderarse de ella, como contra la anomía de un empirismo sin ley, aún más, de un empirismo enemigo de toda ley" (43).

Entonces, esta doctrina filosófica al descubrir que los hechos culturales tienen su razón de ser en la conciencia universal y objetiva, se avoca al conocimiento de los principios que rigen a ésta, esto significa que busca las condiciones que hacen posible el conocimiento y la producción de los bienes culturales, pero no desemboca en una psicología, ya que al -

buscar estas condiciones, encuentra presupuestos de los cuales partir hacia el entendimiento de la realidad social y natural, y deja fuera de estudio - de parte de cualquier ciencia a la conciencia, ya que de hacerlo se convertiría de sujeto a objeto de conocimiento, lo cual no es posible si no queremos caer en un círculo, en un regreso "in infinitum": "este ser sujeto no tolera que se le haga a su vez objeto" (44).

Al incluir dentro de su método a la formulación de hipótesis previas como condición para la obtención de nuevos conocimientos, la lógica crítica afirma que el saber como producto cultural no es resultado de hallazgos brillantes, sino que sigue el ascendente camino que la propia conciencia le fija de antemano, y que el progreso de la ciencia no se da en saltos, sino que las nuevas teorías que surgen, basan en la comprobación de éstas mediante las leyes que fija cada rama del saber en particular para la certeza de sus postulados: la biología fija diferente método para la comprobación de sus hipótesis que la física, la matemática o el Derecho como ciencia.

Asimismo, las hipótesis a comprobar para la obtención de nuevos conocimientos no son producto de especulaciones en el vacío, sino que surgen merced a un marco teórico que les da consistencia o carácter de hipótesis científica.

#### 1.4.2. El método crítico.

La Lógica crítica es un desarrollo necesario de la filosofía de Kant, y principalmente de su Crítica de la Razón Pura llevada a cabo preferentemente por H. Cohen, P. Natorp y E. Cassirer, sustentadores de la llamada "Escuela de Marburgo". Representa esta escuela una de las más firmes concepciones filosóficas de la actualidad, así como la teoría más consistente como base de una lógica de las ciencias.

Uno de los principios de la Lógica Crítica es el de la continuidad del conocimiento. La lógica crítica apunta sus baterías sobre toda concepción metafísica de la "cosa en sí", sobre toda concepción del conocimiento como algo acabado, y las leyes de las ciencias particulares parecen darle la razón. Tomando una posición más modesta que las tesis absolutistas, hace del conocimiento filosófico no un saber de las causas últimas o de lo condicionado, sino que, reinvertiendo el orden hace de la filosofía, y con ello de la lógica, una reflexión de segundo grado; intenta llegar a la adquisición de las verdades últimas del conocimiento partiendo de la base de que existe un caudal de verdades obtenidas por las ciencias, que existe un conjunto de conocimientos que no debemos pasar por alto si no queremos caer en el error de hacer filosofía en el vacío; como señala P. Natorp (45), la Lógica Crítica busca sus verdades en el "fecundo Bathos" o tierra honda de la experiencia y tiene las "altas torres" del arquitecto metafísico en torno de las cuales "generalmente hace mucho viento", o, como dice en otro lugar (46): "pensar es movimiento, la comprensión más profunda de un FACTUM es aquella que se logra en función de un FIERI".

La Lógica Crítica hace reposar el conocimiento científico en la "comprensión de que solamente en virtud de una precisa determinabilidad del punto de vista de nuestro juicio, y en la limitación dada por él, es posible - un conocimiento metódico, progresivo, aunque siempre relativo" (47). El método que sigue la crítica se da en tres fases o momentos: a) selección de - la formación cultural completa b) Formulación de la hipótesis y c) verificación de la hipótesis bosquejada en la segunda fase. Del método se deduce -- que el objeto no es lo indeterminado sino lo determinable, en un camino prefijado por la razón misma al fijar una hipótesis, y por lo tanto, el concepto será siempre tomando en cuenta un supuesto. Esto es, el concepto no es - el conocimiento absoluto del objeto sino su determinabilidad en un punto de vista, bajo ciertos presupuestos. Esto hace del conocimiento una tarea in-- finita, tarea que elude una filosofía Aristotélica que nos conduce a la concepción de la lógica como un compendio de tautologías derivables de la fórmula  $A=A$  o, no  $A \neq A$ . La Lógica Crítica considera que el concepto significa el punto de vista del juzgar, al juicio la consideración practicada desde - tal punto de vista, así también al concepto como un predicado de posibles - juicios (48); ésto va más allá de la concepción de la lógica tradicional, que afirma que el concepto cópula es el que une los conceptos de predicado y sujeto. La crítica pone en claro que la cópula no tiene una función más que gramatical y pensarlo de otra manera no es sino estatizar el conocimiento. Y por eso afirma que concepto y juicio coinciden en su forma original.

La Lógica trascendental deriva de una dialéctica, por lo que se en-- cuentra emparentada con la Lógica de Hegel, pero difiere completamente de - ésta en que no es absolutista. En efecto, al sostener Hegel que lo real es lo ideal, lo que se hace es encerrar al conocimiento dentro de un círculo -

estático y absoluto de una razón pura. Por el contrario la Crítica hace fi losofía en función del "fieri" de la cultura. Al preguntarse como es posible el conocimiento a partir de la experiencia, la Escuela de Marburgo, siguiendo a Kant, nos dice que solo es posible a partir de las modalidades de la conciencia de tiempo y espacio; sólo bajo estas modalidades o supuestos es posible todo conocimiento de la experiencia, y el considerar a ésta como una unidad, lo cual deriva en una concepción unitaria del conocimiento. Ve mos otra vez la reinversión de los términos, la fundamentación del mundo -- "real" en el mundo del "logos", en las categorías de tiempo y espacio, cate gorías fijadas a priori por la razón, esto es, sin fundamento en la experien cia. De aquí derivan las concepciones de la cantidad y de la cualidad que nos dan pauta para considerar al "concepto como una unidad de la considera-- ción que existe para una pluralidad de objetos por considerar, una unidad de lo múltiple" (49), o como una multiplicidad de la unidad, esto es lo que se hace cuando se dice por ejemplo que "X=a, b, c."

Kant al concebir los verdaderos juicios científicos como juicios sin téticos a priori da un gran salto en el desarrollo de la filosofía, ya que un juicio analítico, o sea un juicio que desarrolle lo ya contenido en el su jeto, como sería el caso de un juicio que dijera: Platón fue un hombre, -- Platón fue un filósofo, Platón fue griego, no nos lleva a la obtención de un nuevo conocimiento, porque los predicados de hombre, filósofo y griego están ya contenidos en el concepto Platón. Que un juicio sea sintético significa que el predicado afirma del sujeto algo que no está contenido en el concepto del sujeto; esto sucede en las ciencias naturales gracias a las categorías puras a priori de tiempo y espacio, que hacen posible la conversión de la - multiplicidad en la unidad, o, como lo afirma el materialismo dialéctico, -

se hace factible la conversión de una cantidad en una cualidad. Que sea - a priori un juicio nos da a entender que no puede estar fundado en la experiencia, porque ¿qué criterio nos lleva a afirmar que de lo observado con -- cluyamos que algo será?. Ya que la experiencia no nos proporciona ningún - criterio válido para afirmar que se encuentra sujeta a leyes, debemos encontrar el fundamento de éstas en la razón, la cual mediante categorías apriorísticas fija la base para la explicación de la "realidad". El que una ley sea de vigencia universal y necesaria significa que debe tener sustento en el entendimiento, ya que si la "naturaleza" prescribiera las leyes a nuestro entendimiento, tendríamos de ella sólo un conocimiento empírico y deficiente, y no podríamos afirmar que una ley tiene vigencia universal y necesaria. Por lo tanto, un conocimiento a priori de la naturaleza solo es posible si, a la inversa, el entendimiento es quien prescribe las leyes de la naturaleza; sólo así podemos afirmar que en una experiencia individual, presente o futura, un fenómeno se debe comportar conforme a ciertas leyes (causalidad, substancia - accidente, etc.).

Ya que todo hecho o estructura cultural se origina en la conciencia, la lógica trascendental inicia su estudio necesariamente a partir del conocimiento de los supuestos de la conciencia, lo cual no significa caer en -- un psicologismo, porque nos encontraríamos ante un círculo como en el que - tropieza la doctrina fenomenológica.

Si aceptáramos que la conciencia puede ser estudiada por la misma conciencia, con éstos convertiríamos al yo en un objeto. Esto no es posible, y nos tenemos que conformar con partir de presupuestos para toda conciencia, ya que la crítica entiende a la conciencia en su modo universal, por el ca--

rácter universal mismo de la cultura. Venos que P. Natorp, nos dice (50): "La conciencia es referencia al yo y lo que se halla en esta referencia es un contenido de la conciencia. Llamamos contenido a todo lo que está referido en la conciencia a un yo, cualquiera que sea, por lo demás, su naturaleza. Esta referencia es manifiestamente una y la misma para todos los contenidos por muy cambiantes que sean. Ella es propiamente lo que constituye lo común y específico de la conciencia. Para distinguirla del hecho total de la conciencia, la señalamos con la expresión particular de SER CONSCIO. El yo como centro subjetivo de referencia para todos los contenidos de que tengo conciencia, se halla frente a estos contenidos de un modo que no puede compararse a ningún otro; no tiene con ellos una relación de la misma especie que ellos con él; no es conciente de sus contenidos como el "contenido lo es para él"; el yo revela sólo ser igual a sí mismo, justamente es este hecho de que otra cosa puede ser conciente para él, más nunca él mismo para otra cosa. El mismo no puede tornarse contenido, y no es semejante a nada de lo que puede ser contenido de la conciencia. Por eso, no cabe describirlo con más detalle; todo aquello con que intentáramos describir el Yo o la referencia a él solo podría sacarse del "contenido de la conciencia" - y, por ende, no alcanzaría al yo ni a la referencia del mismo. Dicho de otra manera: toda representación que nos hiciéramos del yo convertiría a éste en un objeto. Pero en cuanto lo pensamos como objeto, hemos dejado de pensarlo como yo. Ser yo no significa ser objeto, sino ser, frente a todo objeto, aquello para lo que algo es objeto. Lo mismo cabe decir de la referencia al yo; esto ser sujeto no tolera que se le haga a su vez objeto".

El gran acierto de Hans Kelsen consiste en haber llevado el método que la filosofía trascendental había reservado a las ciencias naturales. -

(incluyendo dentro de éstas a la matemática), al campo de las ciencias sociales y, por ende, al campo del Derecho. Kant con su Crítica de la Razón Pura y su Crítica de la razón Práctica, había escindido como dos campos de estudio totalmente diferentes, el reino de lo natural y el reino de la voluntad, y si en la Razón Pura emprende su crítica contra toda concepción metafísica, haciendo del conocimiento algo relativo, en su Razón Práctica parte de conceptos totalmente diferentes, en donde se da por aceptada la existencia de lo incondicionado. Así vemos que P. Natorp. (51) en un desarrollo de la Crítica Práctica dice: "Cuando se equipara lo moral con lo bueno no se quiere decir que para algo condicionalmente sé es bueno o apropiado, sino que algo debe ser en sí, independientemente de otro supuesto o fin".

Kelsen emprende su estudio del Derecho partiendo de la base que existe un Derecho Positivo. Trata de hacer de su teoría una teoría pura, esto es, sin intrusiones de ningún metafisismo, similar a lo que emprendiera Kant en una Razón Pura, y así, ve en el concepto de justicia algo relativo, un concepto metajurídico y por esto la excluye del estudio de la jurisprudencia pura. Asimismo concibe al Derecho como todo unitario, esto es, para ser objeto de estudio de una teoría, el Derecho no puede tener contradicciones lógicas (aunque, como veremos más adelante, en uno de sus últimos escritos desdice esto). En consecuencia enmarca un Derecho Nacional dentro de uno Internacional.

Asimismo, su teoría parte de presupuestos que, como en el orden natural (las categorías de tiempo y espacio), sirvan para fundamentar todo el Derecho posible. Estos presupuestos son, entre otros, el de deber ser,

el de la libertad y el de la norma fundamental. Estos presupuestos a la manera de las categorías trascendentales, no tienen existencia real, sino que sirven a una función lógica, esto es, solo mediante estos principios podremos obtener una unidad de lo jurídico (como hiciera Kant con la experiencia), así como su explicación lógica. Así, vemos que la norma hipotética no es "puesta", sino supuesta, como también la libertad de la voluntad no es objeto de estudio de la jurisprudencia, sino que es un supuesto que toda norma entraña. Por otra parte, el concepto de "deber ser" no es, como para Kant, una categoría moral, sino una categoría lógica, colocada en un mismo plano que la causalidad.

En vez que preguntarse cuál es el Derecho que debiera ser, cuál es el Derecho ideal o natural, se pregunta cuales son las condiciones que supone el conocimiento de todo Derecho positivo o posible.

Se ha criticado a la Teoría Pura, aduciendo que es una doctrina panlogicista o formalista. En efecto, al definir al Derecho en un sentido estático como un conjunto de normas que el Estado como la personificación de un orden jurídico, a la persona como un haz de obligaciones y derechos, el deber (obligación), como la misma norma individualizada, etc., lo que se nos ofrece es toda una estructura fundada sobre lo normativo, toda una forma sin contenido. Como señala W. Ebenstein (52), lo mismo se podría acusar a una teoría física de ser una teoría de conceptos, y de no explicarnos, por ejemplo, el por qué un puente se construye de una forma y no de otra; una Teoría Pura deja al estudio concreto de las normas (su contenido con validez temporal y espacial) a las ciencias jurídicas especiales, las cuales necesariamente deben apoyarse en los conceptos obtenidos de la jurisprudencia

pura, que estudia todo Derecho posible.

Kelsen nos indica asimismo que el estudio de la jurisprudencia tiene por objeto el conocimiento de las leyes o principios de lo normativo, no - la creación de leyes, que es un acto de voluntad y no cognoscitivo, como - supone toda ciencia. Asimismo, contra estas críticas de panlogicismo a la Teoría Pura, podría aducirse lo dicho por Del Vecchio (53), en el sentido de que "la esencia del Derecho está constituida por la pura forma sola". - Pero Kelsen no acepta que se puedan escindir forma y materia, y así vemos que para llegar a la conclusión de que el Derecho es un orden coactivo, - no sigue un camino estrictamente formalista, sino que, continuando la tradición positivista del siglo pasado, nos dice que se funda en investigaciones empíricas; con ésto, no solo se define la estructura lógica de las normas del Derecho, sino también su contenido. En este aspecto nos parece -- que este autor ha seguido un camino de la lógica Aristotélica, ya que, primeramente nos indica que el Derecho pertenece al reino del "deber ser", - esto es, a la misma categoría que las ciencias sociales (género próximo), - las que se rigen por el principio de "imputación", a diferencia de las causales, que se rigen por el principio de causalidad; y después nos señala - como diferencia específica del Derecho de las otras ciencias sociales (moral, religión), la coercibilidad de aquél, lo cual lo lleva a decir que - en ningún modo acepta una Teoría Pura que existan normas jurídicas sin sanción. En esto último no estamos de acuerdo, ya que las normas jurídicas tienen validez o existencia independientemente de que tengan coacción o no. Kelsen afirma que un precepto jurídico sin sanción no se distinguiría en nada de una norma moral, pero siguiendo un criterio formalista diremos que una norma jurídica ha sido establecida por un órgano competente, autoriza-

do por otra norma jurídica (esta norma tampoco tiene sanción), lo cual no sucede con una norma de carácter ético, ya que no nos es posible saber si una persona está autorizada para dictar normas éticas; un cristiano dirá - que Cristo está autorizado para dictarlas, un budista dirá que Buda lo es- tá, en cambio en Derecho, por tratarse de normas objetivas, si podemos sa- ber si una norma posee el carácter de jurídica o no, esto es, por la géne- sis de una ley sin sanción podemos llegar también lógicamente a la concepción de la norma fundamental de un orden jurídico (un orden con validez tempo-es- pacial definida), aunque, en verdad, para Hans Kelsen el elemento coactivo está implícito en la norma hipotética.

## 2. CONTENIDO DE LA NORMA FUNDAMENTAL

## 2.1. VALIDEZ Y EFICACIA

### 2.1.1. "Ser" y "deber ser", principios lógicos.

Uno de los problemas más arduos que tuvo que enfrentar la Teoría Pura del Derecho, es el relativo a la naturaleza de las relaciones que guardan las normas, bajo el principio de imputación, y la realidad fáctica, sometida al principio lógico de causalidad. Problema difícil, ya que Kelsen parte del supuesto de que existe una diferencia entre los reinos del "ser" y "deber ser" como impulso para dar cuerpo a una teoría pura, a una teoría normativo-jurídica que necesita desvincularse de toda intrusión de cualquier ciencia o metafisismo para conservar su "pureza" como principio explicativo del fenómeno jurídico: "sólo si admitimos que el derecho y la realidad natural, el sistema de las normas jurídicas y la conducta real de los hombres, el "deber ser" y el "ser", son dos reinos diferentes, podrá la realidad coincidir con el derecho o ser contraria a él, y será posible caracterizar el comportamiento humano legal o ilegal" (54).

Ahora bien, si la causalidad y la imputación son dos principios lógicos que obedecen a la necesidad racional de explicar dos órdenes distintos como son el natural y el normativo, surge una gran dificultad al teórico -- del Derecho, al no poder soslayar que, por ejemplo, un hecho fáctico y no normativo, como es una revolución, deroga la validez de un orden jurídico anterior y la confiere a un nuevo orden, que dependerá de una nueva Constitución.

Para explicar tal relación entre norma y realidad, Kelsen abandona la

pureza metódica que en un principio se propone, esto es, la de estudiar lo jurídico en base a una teoría estrictamente normativa, al Derecho como objeto científico sujeto al principio de imputación, para distinguirlo de los objetos de las ciencias naturales, sometidas a principios causalistas, y afirma que entre lo natural y la norma jurídica existen relaciones, ya que un orden de Derecho, para tener existencia como tal, para que podamos presuponerle una norma básica o fundamental, que le confiera tal existencia, debe cumplirse en términos generales, debe ser eficaz, pero no puede ser cumplido totalmente, porque en tal caso, nos encontraríamos ante normas que prescribirían lo que necesariamente se daría en la realidad, se trataría en este caso de leyes causales, leyes que determinan no lo debido, sino lo que es.

También nos señala que un orden jurídico no puede dejar de cumplirse por debajo de un límite mínimo, ya que en tal caso nos encontraríamos ante un orden cuya Constitución no su cumple en términos generales, y por lo tanto, a la cual no podemos presuponer una norma fundamental que le confiera validez. Entonces, llega a una conclusión que me parece incorrecta: "La relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico—o por decirlo así, la tensión entre el "deber ser" y el "ser" —únicamente puede ser determinada en virtud de un límite superior y otro inferior. La concordancia no puede exceder de un cierto máximo, ni quedar por debajo de cierto mínimo" (55). Esta solución es incorrecta, ya que artificiosamente se une dos realidades distintas lógicamente, una causal y otra normativa. Si el ser condiciona el deber ser, entonces esa relación no puede ser otra que la de causalidad, y ante esto no quedaría otro camino que el estudio del Derecho como un ente sujeto a los principios que rigen para lo na-

tural, no como un objeto de conocimiento sujeto al "deber ser", a la imputación, y es irrelevante que el profesor austriaco afirme como condición - "sine qua non" y no "per quam" a la eficacia, o que nos diga que lo condicionado no debe confundirse con lo que condiciona, que son dos cosas diferentes.

El maestro Vallado Barrón, siguiendo un camino formalista, más riguroso de conformidad a una lógica estrictamente normativa, nos dice que entre el "ser" y el "deber ser" no puede existir ningún tipo de relaciones: - "la verdad legal y la verdad natural son aquí diferentes, aunque no opuestas. Esto se debe a que la realidad jurídica es muy distinta de la realidad natural...La afirmación de que estas dos realidades son distintas e independientes, no es una afirmación metafísica, por cuanto a que ninguna de ellas se postula como absoluta ni como condicionante de la otra, sino que ambas se hacen derivar de la misma legalidad lógica, que entiende al juicio como una ecuación del conocimiento en la que el objeto es la pregunta, cuestión o problema, y el predicado, una de las posibles soluciones de aquella incógnita a despejar" (56), "el ser no condiciona al deber en ninguna forma. Entre ser y deber no existe antinomía, dependencia ni relación alguna. Todos los fenómenos causales pueden explicarse suficientemente sin referencia alguna a la normatividad. Igualmente, todos los fenómenos normativos son plenamente comprensibles sin necesidad de recurrir a la naturaleza, esto es, a la eficacia de las normas" (57)

Según este autor, la existencia de los objetos jurídicos no tiene nada que ver con que tales objetos se consideren existentes para las ciencias causales, así, la unidad biológica hombre considerada por la biología, es -

una realidad muy distinta a la unidad ideal de imputación, a la persona con siderada por el Derecho, y no existe razón para considerar a aquella como - condicionante de ésta, ya que, por ejemplo, en la época esclavista a algu- nos hombres no se les consideraba como tales jurídicamente, como personas;- asimismo, es irrelevante para el Derecho el que un hecho natural acontezca - t empo-espacialmente, por ejemplo, la muerte, para que jurídicamente se con- sidere muerta a una persona, ya que como está previsto en numerosos códigos civiles de la actualidad, un tribunal puede válidamente hacer una "declara- ción de muerte" sin importar si realmente haya acontecido este hecho bioló- gico o no. Entonces, al abordar el problema de la eficacia de un orden ju- rídico como condicionante de la validez o existencia del mismo, cree hallar una solución metódicamente consecuente con una teoría estrictamente forma- lista, al señalar, siguiendo en ello a Verdross, que un orden es positivo - cuando éste se individualiza, cuando se va concretando paulativamente de -- normas generales a normas particulares o individualizadas. Esto equivale - a decir que un orden será Derecho Positivo cuando por medio de sentencias - o de contratos civiles se aplican las normas generales previstas en los có- digos o en la Constitución.

Esta solución no me parece del todo exacta, ya que: ¿con qué criterio vamos a saber si un orden jurídico se individualiza? Parece evidente que no podrá individualizarse del todo, ya que nos encontraríamos ante leyes -- que implicarían necesidad, que se cumplirían en todo caso posible, y que por lo tanto se asemejarían a las causales, vigentes solo para lo natural, y no lo normativo. Por otra parte, ¿con qué criterio sabremos si un orden jurídico conserva su vigencia al conocer que ciertas normas de él ya no se individualizan, y hasta que punto diremos que conserva su validez? Es evi-

dente, por ejemplo, que muchos preceptos del Derecho Mexicano no se cumplen, y resultaría absurdo el negarle validez a este orden por este hecho, asimismo, a nadie se ocurriría el sostener la vigencia del orden jurídico basado en la Constitución de 1857, por el hecho de que muchas de sus normas se siguieron cumpliendo posteriormente a la implantación de la Constitución de 1917. Entonces, el sostener que es posible una solución estrictamente jurídica al problema de eficacia y validez de las normas, por su individualización, es incorrecto, ya que necesitamos de un criterio causalista (estadístico, aceptación subjetiva de la validez por los obligados, fuerza del Estado para ejercer la coacción, por ejemplo) para poder sostener si un orden jurídico se particulariza paulativamente.

Para quienes sostienen un criterio universalista del Derecho, esto es, para quienes el Derecho Internacional es fuente de validez de los diversos ordenamientos nacionales, el problema parece resolverse de una manera estrictamente normativa, al dar cuenta que en el margen jurídico internacional existe una norma positiva que confiere validez a los ordenamientos que se ajustan a ella, es lo que se conoce como reconocimiento de un Estado por el Derecho internacional: "La norma del derecho internacional que representa este fundamento de validez por lo común es descrita en el enunciado que dice que, según el derecho internacional general, el gobierno que ejerce, en forma independiente de otros gobiernos, control efectivo sobre la población de determinado territorio, constituye el gobierno legítimo, configurando el pueblo que vive en ese territorio bajo tal gobierno, un Estado en el sentido del Derecho Internacional" (58). Esta solución, aparentemente correcta, según la cual la norma básica de un Derecho nacional encuentra su fundamento en una norma positiva del Derecho Internacional que condiciona la eficacia

de un orden con su validez, es inconvincente, ya que aparte de que es cuestionable en gran medida la existencia de un "Derecho Internacional", como veremos en el siguiente capítulo, es notorio que, cuando se lleva a cabo -- un cambio de Constitución por un Estado, sin seguir los lineamientos legales de la constitución anterior, algunos órdenes estatales pertenecientes - al llamado Derecho Internacional negarán reconocimiento a la validez del nuevo orden jurídico, y otros Estados se la concederán, según que parezca afin a sus ideologías un ordenamiento que facticamente se está aplicando o no, -- y en esta coyuntura, no se posee un criterio objetivo de si una Constitución que se implanta por una revolución o "golpe de Estado", es fundamento válido de un ordenamiento jurídico, conforme al Derecho Internacional, para presuponerle una norma básica.

### 2.1.2. La eficacia de un orden como condición de su validez.

Según el autor objeto de nuestro estudio: "Cuando suponemos la verdad de un aserto acerca de la realidad, lo hacemos porque dicho aserto corresponde a lo real, es decir, porque nuestra experiencia lo confirma..... Una norma no es un juicio sobre la realidad y, por ende, no es susceptible de ser "verdadera" o "falsa"...Una norma es válida o no lo es" (59). Siguiendo a esta autor decimos que una pluralidad de normas constituye una unidad cuando su validez reposa sobre una norma única, asimismo, una norma pertenece a un orden determinado cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental.

Según la naturaleza de esta norma fundamental, se pueden distinguir dos grupos de órdenes o sistemas normativos:

a) En el primero, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta descrita por cada una de ellas puede ser referida a la norma fundamental; como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico. En este orden la norma fundamental tiene un carácter material y estático. Ejemplo de este orden puede ser la moral o la religión.

b) En las normas jurídicas, su validez no resulta de su contenido. Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo a un método específico (señalados por otra norma válida).

La norma fundamental de un orden jurídico es simplemente la regla fundamental según la cual son creadas las normas jurídicas. Su carácter es esencialmente formal y dinámico. Como señala Kelsen en otra parte: - -

"Toda la función de esa norma básica consiste en conferir el poder creador de Derecho al acto del primer legislador y a todos los demás actos en él basados. Interpretar tales actos como jurídicos y el producto de tal actividad como normas obligatorias, es decir, interpretar jurídicamente el material empírico que se presenta como derecho, sólo es posible a condición de que la norma básica se presuponga como válida. Esta última es el supuesto necesario de toda interpretación positivista del material jurídico" (60).

Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser deducida de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad. El contenido de la norma fundamental es, esquemáticamente: Todo acto de coacción debe ser cumplido respetando las condiciones de fondo y de forma establecidas por el primer constituyente o por los órganos a los cuales ha delegado el poder de fijarlos. El contenido de esta norma en un orden jurídico particular depende de la naturaleza de los materiales a los que se debe dar una significación jurídica. Como ya vimos, dicha norma no es "puesta" sino "supuesta". La validez que se atribuye al Derecho a partir de la concepción de la norma básica no es absoluta, sino condicional y relativa.

Cuando un orden jurídico sustituye a otra por una revolución, esto supone una nueva norma fundamental. Esto tiene el significado de que el antiguo orden ha dejado de ser eficaz. Existe una relación entre la validez y la efectividad de un orden jurídico; la posibilidad de concordancia no debe sobrepasar un máximo ni descender por debajo de un mínimo. La efi-

cacia no puede llegar a ser total, pues como señala la Jurisprudencia Pura: ¿por qué dar una orden a alguien si puede admitirse que se conducirá necesariamente de la manera deseada?. Asimismo no puede descender a un punto mínimo puesto que un orden jurídico para tener validez debe ser eficaz en términos generales.

Validez y eficacia no se identifican. Si se considera la validez del Derecho como una realidad natural, resulta imposible comprender el sentido propio de las normas jurídicas. Los hechos podrán estar de acuerdo o no con la norma jurídica, sólo si no se confunden con ella.

La norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera constitución es eficaz. Se trata de una condición "sine qua non", no de una condición "per quam". Como señala el multicitado autor (61) "Una condición no puede ser idéntica con lo que condiciona. Así, un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, -- debe satisfacer otras condiciones, como por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esta condición no es cumplida, perderá la vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con los alimentos".

La relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el Derecho y la fuerza. El Derecho no puede subsistir sin la fuerza, sin que sea, por esto, idéntico a ella. El Derecho viene a ser así como un modo de organizar la fuerza.

El principio de efectividad es de un modo relativo la norma hipotética fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales, ahora bien,

al establecer el Derecho Internacional la regla de que un orden jurídico para ser válido necesita ser eficaz, la norma hipotética deja de ser un supuesto lógico para convertirse en la norma positiva a la base del Derecho Internacional. Este Derecho considera un poder de hecho como legítimo en la medida en que es eficaz. La validez de una norma aislada no depende de su eficacia, como en el caso de todo un orden normativo, depende de su relación con la primera Constitución. El principio de efectividad sólo se aplica de modo inmediato a esta Constitución.

El fundador de la Escuela de Viena resume así la relación que guardan los conceptos de validez y eficacia: "En el silogismo normativo fundante de la validez de un orden jurídico, el enunciado deóntico que formula la norma fundante básica ("uno debe comportarse de acuerdo con la Constitución fácticamente establecida y eficaz"), constituye la premisa mayor; la premisa menor está dada por la oración enunciativa que enuncia el hecho de que la Constitución fue efectivamente establecida y es eficaz, es decir, que las normas implantadas conforme a ella son, en términos generales, aplicadas y acatadas; mientras que la conclusión está dada por la oración deóntica "debes comportarte conforme al orden jurídico", es decir; el orden jurídico tiene validez. Las normas de un orden jurídico valen porque la norma fundante básica, que es regla de base de su producción, es presupuesta como válida, y no por ser ella eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez cuando (es decir, mientras) ese orden jurídico sea eficaz. Tan pronto la Constitución, y ello significa: el orden jurídico instaurado sobre esa base, pierde como un todo su eficacia, tanto el orden jurídico, como también cada una de sus normas, pierde su validez" (62).

Observaciones:

Cuando señala nuestro autor que la eficacia es una condición para la validez de un orden jurídico, pasa por alto la distinción metódica que había hecho entre ciencias sociales y ciencias normativas, entre las que existe un abismo insalvable lógicamente. Es la diferencia que se da entre los reinos del "ser" y del "deber ser" (Sollen), esto es, para las ciencias naturales rige el principio de causalidad y para las normativas rige el principio de "imputación". De nada vale que nos diga que la eficacia es condición "sine qua non", que no debemos identificar facticidad y validez, que no es aquella una condición "per quam". Así, nos dice que una condición no es idéntica con lo que condiciona y lo ejemplifica de esta manera: "Un hombre para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacer otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica con el nacer ni con el alimentarse".

Pues bien, esta solución es falsa y metódicamente incorrecta, porque, en este ejemplo, alimentarse, nacer y vida son conceptos que pertenecen todos a un sistema causalista; no estamos transgrediendo ningún principio lógico cuando ponemos como condición de la vida (como un concepto natural) un elemento perteneciente a un mismo orden: el alimentarse. Esto es, nos mantenemos dentro de un orden sujeto al principio de causalidad; otra cosa sucedería si pusiéramos como condición de la vida un concepto no sujeto al principio de causa-efecto como sería el caso si afirmáramos, verbigracia, que "el alma es una condición de la vida"; pecaríamos de falta de rigor metódico. Debemos también tomar en cuenta la diferencia que existe -

entre los actos y su significación; la norma de Derecho no se identifica con los hechos naturales que le dan origen. Si en un recinto (parlamento) se reúnen varias personas para emitir su opinión, o sea, para que en actos de voluntad, si se llega a una mayoría, dictar un imperativo categórico o hipotético, el fundamento o la validez de la nueva norma que se dicta no es el hecho natural, perceptible por los sentidos, de que ese grupo se reúna en el recinto y levante la mano en mayoría para dar su asentimiento. La validez de la norma que se dicta la encontramos en otra norma, que confiere categoría de Derecho, de norma obligatoria, a lo externado por ese grupo de personas.

Como Kelsen lo nota, este problema (relación entre eficacia y validez) es uno de los más difíciles a que se enfrenta la Jurisprudencia Pura. Este se presenta sobre todo cuando un régimen de Derecho es abolido por otro nuevo régimen, pero el cambio no se da por las vías legales, la transformación no se lleva a cabo por los caminos trazados por el antiguo orden normativo, sino que se lleva a cabo mediante una revolución o un golpe de Estado. En este caso debemos presuponer una nueva norma fundamental, una nueva norma que confiera validez jurídica a los actos del nuevo legislador (constituyente).

Asimismo, el fundador de la Teoría Pura observa que existen dos caminos para la solución del problema: uno es el realista, esto es, el que identifica eficacia y validez (Alf Ross), al que refuta de falso, ya que si la eficacia es condición para la validez, esta condición es para un orden total de Derecho, no para normas aisladas, ya que existen múltiples casos de preceptos que se consideran válidos aunque no sean eficaces, o aún no lo

sean. El otro camino que observa para la solución del problema es el que niega que exista alguna relación entre validez y eficacia, al que también refuta de falso y así nos dice: "no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada, pierden su validez cuando cesan de ser eficaces....puesto que la norma jurídica positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real" (63).

Por mi parte, veo dos posibles soluciones al problema de las relaciones que guardan la eficacia y la validez de las normas. Veamos la primera: Si suponemos una norma fundamental hipotética, la suponemos para un orden positivo. Pero debemos poner en claro qué entendemos por positividad; por una parte se entiende como positivo un orden al que realmente ajustan su conducta los sujetos a quienes se dirige. Si entendemos así a la positividad, entonces estaremos implicando una eficacia, y esto nos llevaría a identificar la efectividad con la validez. Esta es una teoría realista a la que Kelsen refuta de falsa con sobrada razón. Pero, por otra parte, se puede entender la positividad de un orden jurídico como su individualización (Verdross). Así, sólo es Derecho Positivo aquél que se va concretando de normas más generales a normas menos generales, progresivamente, hasta llegar a ser normas individuales o particulares. Esta es la solución que parece más acorde con una jurisprudencia pura, porque no echa mano de conceptos de la realidad natural, como es el caso de hablar de la eficacia como condición "sine qua non".

De esta forma entendida la positividad, esto es, como la individualización de un orden jurídico, la efectividad queda reducida a un concepto normativo; así, la jurisprudencia se mantiene dentro de un orden exclusivamen-

te deóntico, dentro del "deber ser" que menciona Kelsen al principio de su Teoría Pura. Este al no conformarse con una solución "realista", ni con una "idealista", nos da una meramente ecléctica y nos habla de una "tensión" entre el ser y el deber ser, entre eficacia y validez, lo cual nos aleja del método que al principio nos habíamos fijado para el estudio del Derecho.

El problema de la eficacia realmente surge cuando consideramos la abolición de un orden jurídico por otro nuevo orden, por medio de una revolución o Golpe de Estado, esto es, cuando no se siguieron las vías legales para modificar un sistema normativo. Cuando triunfa una revolución ¿en base a qué debemos considerar como válidos los preceptos de Derecho que el nuevo Legislador dicta?, en base a que el nuevo orden se individualiza, que cada norma, cuando se aplica, da lugar a otra nueva norma menos general y ésta a su vez da lugar a otra, hasta llegar a la norma individual o particular. Para suponer un nuevo orden como válido, debemos suponer una nueva norma hipotética fundamental que confiera validez a este orden, y para suponer una nueva norma básica, debemos hacerlo en base a un orden jurídico que se desenvuelve individualizándose, esto es, sólo podremos suponer una norma fundamental para un orden positivo. Al antiguo orden ya no le conferimos validez porque no podemos suponerle una norma hipotética que se la confiera, y no podemos suponérsela porque ya no se individualiza este orden. Es lo que sucede con el Derecho Romano, pongamos por ejemplo, el cual no es un orden positivo porque sus normas generales ya no se desenvuelven progresivamente en otras menos generales hasta llegar a ser aplicaciones particulares de aquéllas.

La segunda de las posibles soluciones que podemos encontrar para su perar las antinomias que representan el ser y el deber ser, y encontrar así la relación que guardan la eficacia y la validez, sin valernos de un método estrictamente realista o estrictamente idealista, pero sin caer en un eclecticismo, es una filosofía de los valores, una axiología, sustentada entre otros por Lask, Radbruch y Stammler. Según ésta, el ser tiende al deber ser, esto es, a la consecución de un valor. Valor que puede ser absoluto o solamente relativo.

Y así vemos que Radbruch afirma: "el Derecho es la realidad, cuyo sentido estriba en servir a la justicia" (64), y en el mismo sentido es lo que señala Stammler (65): "Justicia es la orientación de una determinada voluntad jurídica en el sentido de la comunidad pura", o cuando nos dice: "La ley suprema del Derecho sólo puede, pues, consistir en la noción fundamental absoluta que entraña el Derecho mismo como su fin último", esta mira suprema del Derecho, según Stammler, es la justicia. El concepto de justicia entraña enormes dificultades para su captación, ya que muchos autores ven en ella un valor subjetivo, históricamente determinable, y otros tratan de encontrar en ella un valor absoluto.

Adentrarnos en nuestro estudio para una más profunda comprensión de lo que la justicia significa, por el momento nos trae aparejadas más dificultades que posibles soluciones al problema que nos habíamos planteado de encontrar relaciones entre el ser y el deber ser, (más concretamente, entre la eficacia y la validez de las normas), en otro capítulo se abordará el problema de la justicia. Lo que sí se puede observar por el momento, es que los valores guardan una jerarquía, que los podemos referir con relación

a otros valores superiores, hasta llegar a los valores supremos: la Verdad, la Bondad y la Belleza. En este sentido la Justicia debe tender al valor - de la bondad, es un valor subordinado, no otra cosa nos quiere dar a entender Stammler cuando se refiere a la "comunidad pura". El punto más bajo en la jerarquía de los valores es la realidad, o mejor dicho, el punto cero, - ya que a partir de ella se puede tender a un fin, a la consecución de un - valor (o de un disvalor, pongamos por caso, la maldad como finalidad), pero la realidad no puede ser en sí un valor absoluto, no puede llegar a la plena identificación con el valor (con el valor absoluto, únicamente, ya que podemos pensar, sin que nos presente dificultades lógicas, por ejemplo, a una - sociedad justa, cuando significamos a la justicia como la no explotación del hombre por el hombre. Por supuesto que pueden existir otras concepciones de lo que la justicia sea, pero eso ya es cuestión que resuelve de muy distinta manera una teoría idealista -desde un idealismo subjetivo hasta uno objetivo- o una materialista, -en cualquiera de sus corrientes- en última instancia), - y no se pueden identificar valor absoluto y realidad, porque de ser así, no existiría el valor, que entraña la idea de finalidad, de algo a alcanzar, - que no se alcanza totalmente, ya que siempre se podrán encontrar incompatibilidades entre la obra y el valor absoluto a que tiende. De identificarse, no tendría razón de ser una axiología. Imposibilidad que se nos hace más clara si tomamos en cuenta lo que entiende Stammler por "idea": "Es la representación de la TOTALIDAD de cuantos fenómenos son posibles en el mundo de las percepciones y en el de las aspiraciones" (66).

Ya en plena concepción axiológica podemos decir: "El Derecho positivo es realidad si se le contrapone el Derecho natural que aparece como valor, - pero es VALOR si se le contrasta con la realidad social la cual pretende re

gular" (67). Y vemos que Radbruch relativiza los fines y valores supremos del Derecho al concebir tres posibles valores: El individualista, el supra individualista y el transpersonalista, y nos da a entender que la ciencia cumple su objetivo solamente al poner en claro estos tres caminos; la elección de uno de los tres, es un asunto privativo de la conciencia. También en este sentido afirma: "Sin duda alguna; si el fin del Derecho y los medios necesarios para lograrlo fueran científica y claramente determinables, se produciría como inevitable consecuencia que habría de anularse la validez o vigencia de todo Derecho positivo que disintiera de aquel Derecho natural una vez científicamente conocido, como el error enmascarado ante la verdad descubierta" (68).

La impresión que nos queda después del breve recorrido a las teorías de Stammler o de Radbruch, es la de que se intenta sustituir la Lógica por la Teleología. Esto es, pasamos de buscar el fundamento, a buscar el fin. Si con la norma básica lo que encontramos era el fundamento lógico de un orden jurídico, con una axiología lo que se trata es de justificar ese Derecho, esto es, de valorizarlo con arreglo a fines que se encuentran fuera del Derecho (morales o éticos), esto sí es posible, pero, Kelsen lo nota, -- sería objeto de un estudio más amplio, no exclusivamente jurídico. La validez, como el vocablo mismo lo indica, deriva de la palabra valor, entonces, es fácil concluir, desde el punto de vista del fin, que la validez justifica la eficacia, y esto es tanto como decir, por ejemplo, que se deberá implantar un orden que tienda a la justicia, esto es, que como se trata de un orden válido (tiene valor, puesto que aspira al ideal de Justicia), debe ser eficaz, debe imponerse en los hechos, en el reino del ser. ¿Es correcto este planteamiento?, a mí parecer, no, ya que, cuando se impone un nuevo orden -

jurídico por la violencia, sin acatar las normas del orden anterior, si se trata de un orden de derecha (valores: propiedad privada, libre empresa, - etc.), los pensadores de tendencias izquierdistas dirán que la eficacia del nuevo orden no tiene validez, esto es, que se trata de un orden eficaz que no tiene ningún valor. Por el contrario si es un régimen de izquierda el - que se impone o se trata de imponer (eficacia), los de derecha dirán que - es un orden injusto, que no tiene validez precisamente porque no tiene a la justicia. Con lo cual se ve que nos adentramos en cuestiones subjetivas. - Otra cosa sería si científicamente se pudiera establecer lo que la justicia significa, si pudiéramos hacer un concepto objetivo de la justicia, lo cual, si no es imposible, dista mucho todavía la solución para un concepto universalmente válido, y con necesidad racional, de la justicia. Ya que la solución "desde arriba", esto es, desde el fin del Derecho no nos es posible - por no poder partir de una justicia objetiva, nos tendremos que conformar con encontrar la validez del Derecho desde el punto de vista de su fundamento, esta es la función Lógica de la norma hipotética y esto es también lo - que intenta Kelsen cuando habla de la eficacia como condición "sine qua non" de la validez, que aunque encierra algunas incorrecciones lógicas, éstas - pueden superarse si se piensa al orden jurídico positivo, como el orden -- cuyas normas se individualizan. Claro está que este punto de vista es más estrecho que un punto de vista teleológico, ya que parte del fundamento, - del "Bathos" del que hablaba Natorp, pero al no partir de "altas torres" - se evitan los excesos del absolutismo, de querer englobar distintos objetos de conocimiento bajo una visión totalizadora, visión que entraña más peligros que una modesta continuidad de la ciencia por límites prefijados, un - estudio metajurídico debe presuponer siempre un estudio estrictamente jurídico.

## 2.2 SISTEMA ESTÁTICO Y DINÁMICO DEL DERECHO

### 2.2.1. "Querer" y "Saber"

El planteamiento Kelseniano en el sentido de que la unidad de un orden jurídico reposa, no tanto en que podamos referir el contenido de todas sus normas al contenido de los preceptos constitucionales, sino que la validez de los ordenamientos derivados, o inferiores a la Constitución, reposa en la facultad que confiere ésta a ciertos órganos, y mediante ciertos procedimientos para la creación de leyes, lo conduce hacia una concepción dinámica del Derecho, que se podría diferenciar de un sistema moral o religioso. caso que pudieran concebirse como órdenes normativos, que son fundamentalmente estáticos. Así, por ejemplo, la validez de la norma "no matarás" puede inferirse mediante una operación lógica, como se subsume lo particular bajo lo universal, de la validez de la norma moral general que indica "amarás a tu prójimo". Al inquirir sobre la posibilidad de un sistema moral como unidad, como objeto de conocimiento, Kelsen llega a la conclusión de que para hallar una norma básica o presupuesto que sustentaría esta clase de orden, tendríamos que tomar su contenido como evidente, y como el sentido de las normas es el de prescribir, esto es, suponen un acto de voluntad y no un acto de conocimiento, no es posible el pensar una norma fundamental con un contenido como : "el universo debe mantenerse en armonía" como base de un orden moral o religioso, y por lo tanto, para concebir a éstos es necesario también la suposición de la primera autoridad ordenadora, divinidad cuya voluntad es la de que se cumplan los preceptos que dicta, o los que se dicten por órganos que faculta para ello, y de donde derivaría la validez de todo un sistema moral o religioso; esto significa que detrás de toda norma se --

encuentra un "querer", función de la voluntad, y no un "saber", función de la razón que es muy distinta a la función volitiva, y así, señala: "pero la norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, como lo particular de lo universal, tanto en cuanto a su fundamento de validez, como también - en cuanto a su contenido válido, sólo puede ser considerada norma fundante básica cuando su contenido es aceptado como inmediatamente evidente...que - lo sea significa que está dada en la razón, o mediante la razón. El concepto de una norma inmediatamente evidente tiene como presupuesto el concepto de una razón práctica, es decir, el concepto de una razón legisladora; y - este concepto, como se verá, es insostenible, dado que la función de la razón es conocer y no querer, mientras que la imposición de normas es un acto de voluntad" (69).

Lo anterior, puede conducir a pensar que la norma básica que suponemos para un orden jurídico sea también una norma querida, y no una norma pensada. Pero esto no es así, ya que la función de la norma fundamental hipotética, es la de la explicación lógica para comprender la unidad de un sistema normativo derivado del acto de voluntad del primer legislador, por lo tanto, es supuesta en base a una Constitución que se cumple en términos generales, que es eficaz, y no es pensada como una norma cuyo contenido es inmediatamente evidente, sino que a partir de un orden dado, la suponemos para la comprensión de un objeto de conocimiento llamado Derecho.

Dinámicamente, la función de la Constitución de un Estado es la de delegar facultades, así como el señalar los procedimientos para la creación, modificación o nulificación de las normas pertenecientes a un sistema jurídico nacional. Y podemos diferenciar un ordenamiento constitucional de uno se--

cundario o inferior a la Constitución, en que ésta fija procedimientos más complejos para la creación, modificación o nulificación de sus normas, que los procedimientos que se deben llevar a cabo respecto a los ordenamientos inferiores.

Con una concepción dinámica del Derecho es más fácil poner en claro la no existencia de contradicciones lógicas entre las normas. Así, como - señala Kelsen, la afirmación de la existencia de una norma inconstitucional constituye una "contradictio in adjecto", ya que no puede existir una norma que no tenga su base en la Constitución, hablar de ello significa hablar de una norma nula, como tal, inexistente, y por lo cual no puede haber contradicción entre la norma "inconstitucional" y la Constitución; una norma nula no es ni siquiera nulificable. Cuando se habla de normas inconstitucionales, la Teoría Pura pone en claro que se trata de normas cuyo contenido no es conforme a la Constitución, para las que existe un procedimiento de nulificación o anulabilidad, y por lo tanto se trata de normas constitucionales anulables, y no contradictorias con la Constitución, ya que ésta misma establece los mecanismos a llevarse a cabo para quitar vigencia a una norma cuyo contenido no está conforme a lo contenido en aquélla. Entonces, si estáticamente parece existir contradicción entre una norma inconstitucional y la Constitución, al tener noción que el Derecho es un orden fundamental o esencialmente dinámico, se resuelven las aparentes contradicciones lógicas entre las normas al resaltar que ambas normas, cuyos contenidos son contradictorios, son simultáneamente válidas, mientras no sea una de ellas suprimida de vigencia mediante un procedimiento de nulificación: "Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución. De una ley inválida no podría ser

tenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico...Su significación sólo puede ser que la ley en cuestión puede ser derogada, conforme a la Constitución...Mientras no sea - derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional" (70).

### 2.2.2. Contradicciones normativas.

Como habíamos visto en el inciso anterior, se pueden establecer dos tipos de sistemas de normas, uno estático y otro dinámico. En el estático, podemos deducir la premisa menor a partir de una premisa mayor, esto es, el contenido de una premisa menor se puede subsumir bajo una premisa de carácter general, como lo particular está contenido dentro de lo universal. Se puede comprender ésto por un acto de razón. El imperativo "No debes robar" puede ser derivado del imperativo "Amarás a tu prójimo" y éste puede derivarse de otro más general, como por ejemplo: "El Universo debe mantenerse en armonía". La norma inferior toma su fundamento de validez, como su contenido, de la norma superior más general. Kelsen afirma que una inferencia de este tipo es imposible en las normas, ya que éstas son actos de voluntad y no actos de razón, que referir el contenido de una norma particular a una general es ver a ésta como evidente, función ésta del conocimiento y no del querer, función de lo normativo. De ahí concluye que no puede haber una norma inmediatamente evidente.

En un sistema dinámico, lo que deriva una norma inferior de otra superior no es el contenido, sino la validez, su fundamento. En un sistema de este tipo, la norma básica de la cual adquieren validez todas las demás, es una norma que simplemente regula la producción de todas las normas a ella subordinadas. El fundador de la Teoría Pura lo ejemplifica así: "Un padre ordena a su hijo ir a la escuela. A la pregunta del hijo: ¿por qué debo ir a la escuela?, la respuesta podría ser: porque el padre lo ha mandado y el hijo debe obedecer las órdenes del padre. Si el niño continuara preguntando: ¿por qué he de obedecer las órdenes del padre?; la respuesta podría ser:

porque Dios ha ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer lo que -- Dios manda. Si el niño preguntara por qué deben obedecerse las órdenes de Dios; es decir, si preguntara por la validez de esa norma, la respuesta sería: que no cabe cuestionar esa norma, es decir, que no se puede buscar el fundamento de su validez, pudiendo solamente presuponerla" (71). De esto, se observa que el contenido de la norma de ir a la escuela no puede inferirse de la norma superior de obedecer a Dios; sólo se puede encontrar el fundamento de su validez. La norma básica de este sistema solo delega autoridad para prescribir normas.

Un sistema jurídico tiene esencialmente un carácter dinámico, una -- norma perteneciente a este orden no vale tanto porque su contenido puede deducirse de otra superior a ella, sino por haberse producido de la manera determinada por la norma superior. Observa Kelsen también que algunas Constituciones pueden no sólo prescribir la manera en que deben de crearse las -- leyes a ella sujeta, sino que también en parte su contenido, como sucede, - verbigracia, cuando prohíben que leyes de cierto contenido sean dictadas - (establecen garantías individuales). En un orden positivo, la norma fundante básica cumple la función de legitimar lógicamente las leyes derivadas del primer constituyente, esta norma básica tiene la cualidad de ser pensada, no querida, su función es gnoseológica y no normativa, "es la condición bajo - la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos rea-- lizados conforme a la constitución, es interpretado como el sentido objeti-- vo de normas válidas, aún cuando se autointerpreten de ese modo" (72).

Kelsen, en la segunda edición de su Teoría Pura del Derecho, en 1960, así como en toda su obra anterior, ha visto al Derecho como un sistema de -

porque Dios ha ordenado obedecer a los padres, y se debe obedecer lo que -- Dios manda. Si el niño preguntara por qué deben obedecerse las órdenes de Dios; es decir, si preguntara por la validez de esa norma, la respuesta sería: que no cabe cuestionar esa norma, es decir, que no se puede buscar el fundamento de su validez, pudiendo solamente presuponerla" (71). De esto, se observa que el contenido de la norma de ir a la escuela no puede inferirse de la norma superior de obedecer a Dios; sólo se puede encontrar el fundamento de su validez. La norma básica de este sistema solo delega autoridad para prescribir normas.

Un sistema jurídico tiene esencialmente un carácter dinámico, una -- norma perteneciente a este orden no vale tanto porque su contenido puede deducirse de otra superior a ella, sino por haberse producido de la manera determinada por la norma superior. Observa Kelsen también que algunas Constituciones pueden no sólo prescribir la manera en que deben de crearse las -- leyes a ella sujeta, sino que también en parte su contenido, como sucede, - verbigracia, cuando prohíben que leyes de cierto contenido sean dictadas - (establecen garantías individuales). En un orden positivo, la norma fundante básica cumple la función de legitimar lógicamente las leyes derivadas del primer constituyente, esta norma básica tiene la cualidad de ser pensada, no querida, su función es gnoseológica y no normativa, "es la condición bajo - la cual el sentido subjetivo de los actos constituyentes, y de los actos realizados conforme a la constitución, es interpretado como el sentido objeti--vo de normas válidas, aún cuando se autointerpreten de ese modo" (72).

Kelsen, en la segunda edición de su Teoría Pura del Derecho, en 1960, así como en toda su obra anterior, ha visto al Derecho como un sistema de -

normas dotado de unidad. Unidad necesaria para que se configure una teoría; en otras palabras las normas no pueden tener contradicciones lógicas sin -- que se lesione la unidad de determinado orden jurídico. La norma básica - cumple la función de unificar una multiplicidad de normas; al colocarse es ta en la cúspide del sistema normativo nacional, fundamenta la validez de - todas las normas que derivan de ella. La Constitución de un Estado es váli da lógicamente su presuponemos una norma fundamental; a su vez, de la Cons- titución deriva la validez de las leyes generales que dictan un Parlamento, las Cámaras Legislativas, o un Monarca, o que son implantadas por la costumbre. De la legislación o la costumbre deriva la validez de los Reglamentos, Circulares u Oficios que al aplicarse a los súbditos de un Estado dan lugar a leyes de validez particular o personal. Se forma así un sistema escalona do de normas que gráficamente podríamos representar como un triángulo en cu yo vértice se encuentra la norma hipotética, fundamento lógico de este sis- tema.

El problema para la unidad lógica de un orden jurídico surge cuando se presentan los llamados conflictos de normas, entonces surge la cuestión de - si es aplicable o no el principio de no contradicción a las normas.

En la Teoría Pura, se hace una distinción entre enunciado jurídico y norma. Los enunciados jurídicos son tarea de la ciencia, mediante los cua- les describe su objeto de conocimiento, son proposiciones, no prescripcio-- nes. Pueden ser verdaderos o falsos. Si el Código Penal establece una pe- na de 5 años para el robo, un enunciado que diga que el hurto se castiga - con pena de muerte será un enunciado falso. El principio de no contradi--- cción se puede aplicar a las proposiciones de la ciencia jurídica en el sen

tido de que un enunciado no puede ser a la vez verdadero y falso. En cambio, las normas solamente pueden ser válidas o no válidas, pero también puede aplicárseles el principio lógico de la no contradicción, en el sentido de que una norma no puede ser simultáneamente válida y no válida, lo cual sería tanto como decir que algo existe y a la vez no existe. La función de las normas es prescribir, mandar, mientras que la función que cumplen los enunciados de la ciencia jurídica es la de describir, función cognoscitiva.

Dado que de hecho nos es posible observar, por ejemplo, que dos tribunales del mismo rango pueden dictar leyes cuyo contenido se contradice mutuamente, o que es dictada una norma inferior que se encuentra en desacuerdo con la norma superior que la regula, en la obra citada, nos señala su autor que es tarea de la ciencia el deshacer tales contradicciones, por vía de interpretación, y nos da algunas reglas. Tal contradicción lógica se da entre deberes; una ley prescribe para el aborto una pena de 5 años, en su aplicación el juez competente sentencia a una persona que ha cometido el delito de aborto a una pena de 2 años. Surge la cuestión ¿cuál de las dos normas es válida jurídicamente?. El suponer a las dos como válidas significaría un "A debe ser y A no debe ser". Pero tal contradicción, como vimos, no se puede dar entre enunciados, ya que estos sólo pueden ser verdaderos o falsos.

Una primera regla para disolver las contradicciones entre normas de un mismo nivel, y preservar así la unidad de un todo jurídico, es el principio de "lex posterior derogat priori". Este principio significa que el órgano legislador está facultado para dictar normas modificables, anulables. Si una ley señala el deber de hacer el servicio militar y después se promulga otra ley que señala el deber de ir a la guerra, esta última será válida

y deroga la validez de aquélla.

Cuando simultáneamente se dictan dos deberes que se encuentran en -- discordancia, por órganos del mismo nivel, la contradicción la resuelve de -- distintas maneras, al no poderse aplicar el principio de "lex posterior derogat priori": puede entenderse que el tribunal ante un caso concreto tiene la posibilidad de aplicar cualquiera de las dos normas, y la norma particular que dicte será válida, ya que aquéllas son válidas también. Puede suceder también que una norma limite parcialmente la validez de otra y en este caso debe entenderse como una norma única limitada según la norma que en su aplicación es menos extensiva o más extensiva, según el caso. Añade Kelsen que si no es posible ni una ni otra interpretación, el legislador había dictado algo sin sentido, "tendríamos un acto de imposición de una norma carente de sentido como tal, y, por ende, en general no tendríamos ningún acto -- cuyo sentido subjetivo puede ser interpretado como un sentido objetivo" (73). No importa que lo prescrito haya sido dictado de conformidad con la norma -- básica, ésta no puede darle validez a un acto que carece de sentido, a algo que no es un imperativo, ya que la norma fundamental es en sí un mandato: -- se deben obedecer las órdenes del primer legislador. Si el deber tiene el -- sentido de un enunciado declarativo, no se puede decir tampoco que se trata de una norma, sino de una mera opinión del órgano jurisdiccional. Y lo mismo sucede cuando en una ley se dictan palabras sin sentido, su sentido subjetivo no puede interpretarse como su sentido objetivo.

Puede darse el caso también que dos órganos de aplicación del derecho dicten dos normas individuales que se contradigan entre sí, y que ninguna sentencia tenga el poder de anular a la otra, entonces la cuestión puede

resolverse por el órgano de ejecución que opta por aplicar cualquiera de las dos normas, por lo cual la norma no aplicada permanece duraderamente ineficaz. Esta interpretación, señala la Jurisprudencia Pura, es posible ya que la norma básica menciona que la coacción debe ejercerse de acuerdo a como se establece en la Constitución que en términos generales es eficaz.

Otro problema que intenta solucionar Kelsen por vía de interpretación en la obra mencionada, es el conflicto que surge entre el contenido de una norma inferior que no está determinado por la norma superior. En este caso nos dice que una norma nula no es anulable, que no existe; esto es, que una norma que se produce sin corresponder a la norma que determina su producción, no sólo no es anulable, sino que jurídicamente es inexistente. Porque de no ser así se hablaría de una norma "contra norma", y no se podría sostener la unidad del orden jurídico. Menciona también que cuando se presenta un conflicto entre normas de distinto nivel, esto es, cuando el contenido de una norma inferior no se ajusta al contenido de la norma superior, nos encontramos ante una norma nulificable. Pero el conflicto no es solucionado por -- cualquiera, sino que solamente los órganos competentes pueden decidir si la norma es modificada o no, si el orden jurídico facultara a todos a resolver esta cuestión, "apenas si podría lograrse una sentencia judicial que obligara a las partes".

Si un órgano jurisdiccional aplica en una sentencia una norma superior, la sentencia es válida sin importar si subjetivamente parezca a los litigantes que se ha aplicado o no el Derecho. Esta norma es válida mientras no sea modificada por la sentencia de un órgano de Apelación, en cuyo caso de modificar la sentencia de su inferior, nulificaría aquella norma --

que había sido válida mientras no la revocara el superior. En caso de que tampoco la sentencia del tribunal de Alzada estuviera ajustada a derecho, - la sentencia por él dictada tendría fuerza de cosa juzgada y por lo tanto - no se podría objetar su validez, sería válida. Entonces en este caso podremos entender que el tribunal está facultado para dictar sentencias conforme a Derecho o no ajustadas a él. Pero tanto la norma general como la norma individual dictada por el juzgador están dotadas de valor jurídico, y el conflicto se resuelve entendiendo que la validez de la norma general se ve limitada en lo que respecta al afectado por la sentencia con carácter de cosa juzgada. Una sentencia judicial, mientras mantenga validez no puede ser contraria a Derecho. "Si tuviera algún sentido hablar de sentencias judiciales "en sí" legales o ilegales, conformes o contrarias a Derecho, debiera admitirse que también una sentencia legal, conforme a Derecho, pueda ser revocada por una sentencia con fuerza de cosa juzgada" (Kelsen).

Se señala también que una ley "inconstitucional" es una "contradictio in adjecto". Ya que no puede haber una ley cuyo fundamento de validez no sea la Constitución. Como sucede en las normas particulares dictadas por los jueces, el que una ley no se ajuste a lo preceptuado por la Constitución, - significa que esta ley es válida mientras no sea anulada por el órgano competente, que es el único que puede decidir la cuestión de si una ley es constitucional o inconstitucional. Aquí rige el principio de "lex posterior derogat priori", mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, - y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional. Podemos entender entonces que la Constitución autoriza a sus órganos a dictar leyes que no esten de conformidad con ella, y autoriza, además, a otro órgano para modificar o revocar aquellas leyes que a su parecer no sean de acuerdo a la Constitución.

Un órgano que va a aplicar una ley tiene que darse cuenta primero si se trata de una ley, esto es, si ha sido producida de acuerdo con la Constitución, si su sentido subjetivo puede ser interpretado como un sentido objetivo, esto, aunque sea de una mínima manera (ejemplo, constatar su publicación en -- el Diario Oficial), por ésto, la aplicación que se hace de la ley, es una - aplicación de una norma constitucional, válida mientras no sea reformada.

Si bien Kelsen había concebido al Derecho como un sistema unitario, esto es, un sistema de normas dentro del cual no cabían contradicciones lógicas, asimismo dotado de unidad por la función que desempeña la norma hipotética, la cual transfiere validez al orden que de ella deriva, en una de - sus últimas obras: "Derecho y Lógica", editada en el año de 1965, parece decirse de lo que afirmaba en la segunda edición de la Teoría Pura y en toda su obra anterior.

Así, niega que los principales principios de la lógica, como son el de no contradicción y el de las inferencias, puedan ser aplicados al campo del Derecho. Las normas jurídicas dice, son actos de voluntad y no del conocimiento, el pensar no puede ser inmanente al querer. Observa como característica de las normas, el que son establecidas por un acto de voluntad: - "Ningún deber ser, que sea una norma, sin un querer cuyo sentido sea tal de ber ser. Ninguna norma sin una voluntad que la establezca, es decir, ninguna norma sin autoridad que la cree" (74), esto es, que no hay imperativo sin "imperator".

Morris R. Cohen señala que es el "mayor disparate" confundir la lógica con la psicología, hecho que parece no tomar en cuenta Kelsen al afirmar

en su "Lógica y Derecho" que el querer es una condición del deber ser. -- Por esta vía podríamos llegar a la conclusión de que la "razón razonante", el individuo que piensa, es condición de las verdades universales de la -- ciencia, de la "razón razonada". Es un error, ya que las normas tienen va lidez, independientemente de que el legislador que las crea pueda quererlas o no, o pueda, en un momento posterior, dejar de desear que se cumplan esas leyes. Kelsen mismo había hecho una distinción tajante entre los actos y - su significación. La validez de las normas es una validez objetiva, validez derivada de otra norma que se la confiere. No se trata de una validez -- subjetiva que se podría relacionar con los deseos del legislador; cuando - en un parlamento o en una cámara se ~~dicta una~~ <sup>dicta</sup> una ley, a la jurisprudencia co-- mo ciencia no interesa el que los integrantes del Parlamento hayan dado su consentimiento libremente o no, esto es, si su voluntad era la de crear --- efectivamente esa ley, lo que interesa a una ciencia normativa es lo pres- crito, que está dotado de una existencia objetiva, con validez también obje tiva.

En otra parte de la misma obra se señala: " Un conflicto de normas - no puede ser ni una contradicción lógica ni algo análogo a ésta: y, por con- siguiente, no puede ser resuelto según el principio lógico de no-contradi-- cción o según un principio que le sea análogo" (75). Y después Kelsen com- para un conflicto de normas con dos fuerzas opuestas que operan sobre el - mismo punto y dice que las dos situaciones pueden ser descritas sin contra- dicción. Esta camino le lleva a achacar a la dialéctica Hegeliana la con- cepción de la existencia de contradicciones lógicas en la naturaleza o en la sociedad. Convierte los conflictos de normas en conflictos de obligacio- nes, es decir, el obligado por dos normas que prescriben conductas opuestas

puede optar por cumplir una y violar la otra o viceversa, pero en ningún caso tiene el poder de nulificar la norma no acatada. Asimismo, convierte al principio "lex posterior derogat priori", que le había servido para solucionar contradicciones normativas, en una norma positiva estatuida, que el legislador toma como evidente, que no la formula expresamente, sino que la presume implícitamente.

Señala también: "Del hecho que del enunciado sobre el cumplimiento de una norma general se siga lógicamente el enunciado sobre el cumplimiento de una norma individual correspondiente a la general, no se sigue, sin embargo, que de la validez de una norma general se siga lógicamente la validez de una norma individual" (76). Mediante un ejemplo lo trata de clarificar: la validez de la norma "Pérez debe ser encarcelado" no está implicada en la validez de la norma "los ladrones deben ser encarcelados", sino que está -- condicionada por un acto de voluntad del tribunal competente, por el establecimiento de esa norma individual. La condición estatuida en la norma general no es un hecho antijurídico en sí, sino la constatación de un hecho por el tribunal competente.

Si nos atenemos a las ideas vertidas por Kelsen en su "Derecho y Lógica", sería insostenible hablar de una Teoría Pura, ni siquiera podemos hablar de una ciencia jurídica. Teoría es una explicación lógica de un objeto de conocimiento; por lo tanto una teoría cumple la función de unificar lógicamente, o bien un conjunto de impresiones o percepciones (naturaleza), o bien un conjunto de normas (Derecho). Los objetos no tienen existencia objetiva fuera del conocimiento, sino que mediante la razón, esto es mediante una explicitación lógica encuentran su unidad como objeto de conocimiento.

to, o como señala Cassirer, del "caos de la conciencia (nosotros) construimos un cosmos" (77). Por lo tanto no tiene sentido hablar de la posibilidad de contradicciones lógicas en las normas, ya que la norma básica, principio explicativo de la ciencia normativa, no prescribe a la vez un deber ser y un "no deber ser", sino que enuncia únicamente un deber ser

Si por ciencia entendemos: "un conjunto de juicios. Pero no como un conjunto formado por la simple super o yuxtaposición de los juicios, de manera abirragada o inconforme, sino de modo perfectamente organizado y relacionado en sentido teórico, o sea, conectados en un sistema teórico" (78), como menciona Husserl, citado por Vallado Barrón (79), "La unidad esencial de las verdades de una ciencia es la unidad de la explicación. Pero toda ex plicación hace referencia a una teoría y encuentra su conclusión en el con ocimiento de los principios de explicación", al aceptar Kelsen la posibilidad de conflictos lógicos entre las normas de un orden jurídico, lo que hace es negar al Derecho la calidad de ciencia, calidad en sí es posible dársela mediante un desarrollo de su Teoría Pura, por el método trascendental que le sirvió para la concepción de una norma hipotética.

Cuando compara un conflicto de normas con dos fuerzas opuestas que operan sobre un mismo punto, su equiparación no puede ser más desafortunada, ya que la oposición de las fuerzas no es una contradicción lógica, y la de las normas sí. Dentro de un sistema normativo explicado teóricamente, es to es, dentro de un sistema construido en base a leyes lógicas, lo contenido en él debe obedecer a esas mismas leyes, de no ser así habríase de en con trar otra teoría que explicara ese conjunto de normas que se ofrecen al conocimiento como algo no relacionado entre sí, como objetos que no conservan

ninguna unidad. No pensar así es pensar al objeto metafísicamente, como algo que existe "en sí". De ahí que, como mencionaba Kelsen en su obra -- anterior, la jurisprudencia debe resolver los aparentes conflictos de normas mediante un análisis que ponga en claro que no existe tal contradicción lógica. Si una norma señala un deber determinado y otra norma del mismo orden jurídico prescribe la conducta contraria, el aceptar a ambas como simultáneamente válidas nos conduce a negar la función de la norma básica como fundamento de la validez de las normas que de ellas derivan, función que tiene un sentido lógico, no ilógico. El aceptar a ambas normas en conflicto como válidas, el decir que "A debe ser" y que "no A debe ser" es algo -- que carece de sentido. En cambio, la Jurisprudencia Pura puede, por medio de la interpretación demostrar que no existe contradicción entre normas, lo que existe son, por ejemplo, diferentes ámbitos de validez de las normas - (temporal, espacial y personal).

Una oposición de fuerzas de un mismo punto no es comparable a una contradicción de normas, ya que al sistema causalista dentro del cual se encuentran aquéllas, tal oposición de fuerzas no atenta contra el principio de no-contradicción. Otra cosa sucedería si afirmáramos como simultáneamente válidos los enunciados que digan "existe una oposición de fuerzas en un mismo punto" y "no existe una oposición de fuerzas en un mismo punto", entonces se puede afirmar que sólo uno de los dos enunciados es válido, pero no ambos. Un conflicto de normas, que esquemáticamente podemos reducir a un "A debe ser y A no debe ser" es algo tan erróneo dentro de un orden jurídico como un A es y A no es dentro de un orden natural. Y la equiparación no es gratuita, sino que ambos órdenes están contruidos, tanto por una ciencia normativa, como por una fáctica, como objetos de conocimiento.

La sociología jurídica ha ejercido una gran influencia de Hans Kelsen, hecho predecible por su nacionalización como ciudadano norteamericano. La jurisprudencia anglosajona se desarrolla en torno a lo que deciden o decidirán los jueces, por eso, más que hacer una ciencia de Derecho, lo que se ha hecho es una técnica del Derecho. Más que ver una objetividad en las leyes establecidas por la costumbre o por antecedentes judiciales, se han acentuado la atención en lo que en un momento determinado decidirá un juez. - Esta concepción del Derecho acepta solamente como tal al asentado por los - jueces en su función jurisdiccional, y parece pasar por alto que el juez para dictar el Derecho, primeramente debe tener tal calidad de juez, calidad que se la da una ley superior que faculta a determinada persona a dirimir - las controversias judicialmente. De donde se observa que las sentencias - son aplicaciones, aunque sea en una mínima manera, de un Derecho que faculta a un juzgador para dictar leyes conforme a un Derecho establecido, o -- "contrario al Derecho". Si señala Kelsen que de la validez de una norma - general no se sigue lógicamente la validez de una norma individual, debemos tomar ésto en el sentido de que no se sigue lógicamente la validez del contenido de la norma individual, pero si se sigue lógicamente la existencia de ésta norma. Tratándose el Derecho de un sistema dinámico, su principal función es la de delegar autoridad para dictar normas. Entonces, el Derecho que se establece en una sentencia, será la aplicación de un Derecho legislado o consuetudinario que confiera calidad de juzgador a determinada - persona, a su vez, el Derecho que por vía de costumbre se establece, es aplicación de una norma constitucional que le confiere tal calidad como Derecho, y la constitución tiene tal calidad como la norma superior de un orden jurídico, gracias a que un Congreso Constituyente (con autoridad que le es conferida lógicamente por una norma hipotética) la ha establecido. Por

eso la lógica sí es aplicable al Derecho, es y debe de ser aplicable si se trata de ver en él una ciencia; mientras no se apliquen las leyes de la lógica al Derecho, se podrá ver en él o un arte empírico, o un conjunto de aspiraciones subjetivas, o cualquier otra cosa, pero nunca una ciencia.

### 2.3. CAMBIO DE LA NORMA BASICA

Cuando se lleva a cabo una revolución por las vías no legales, si ésta triunfa, ello da lugar a que se presuponga como válido lo que el poder constituyente establezca en una primera Constitución. Si el intento de revolución fracasara, los dirigentes serían juzgados de conformidad con las leyes que de acuerdo con la constitución del régimen no derrocado son válidas, y esta constitución es válida ya que se aplica en términos generales, es decir, ya que es eficaz.

A la pregunta de cuando debe presuponerse que ha cambiado la norma fundamental de un orden jurídico, Kelsen contesta que debe suponerse que existe una nueva norma hipotética cuando el orden jurídico anterior no se cumple en términos generales, y el nuevo orden sí. Entonces existirá una nueva norma básica que confiere autoridad al poder constituyente. Para afirmar esto, se basa a su vez en el principio del reconocimiento del Derecho Internacional y así dice que "según el derecho internacional general, el gobierno que ejerce, en forma independiente de otros gobiernos, control efectivo sobre la población de determinado territorio, constituye al Gobierno legítimo, configurando el pueblo que vive en ese territorio bajo tal gobierno, un Estado en el sentido del derecho internacional; sin tomar en cuenta para ello, que ese gobierno ejerza el control efectivo con base en una constitución ya existente previamente, o sólo con base en una constitución establecida revolucionariamente" (80).

Cronológicamente, la revolución es anterior a la nueva norma básica, pero lógicamente la nueva norma básica es el fundamento de validez del nue-

vo orden jurídico. Una revolución lleva al poder a determinado grupo de - personas o partido político, entonces, autonombrándose poder constituyente, dictan una nueva Constitución, esta Constitución en sentido material, sólo se entenderá en su sentido formal cuando efectivamente las leyes que prescriba se cumplan en términos generales, entonces y sólo entonces podremos - suponer al poder constituyente facultado por una norma fundamental para establecer una Constitución. Lógicamente es anterior la norma hipotética y - cronológicamente sucede primero el derrocamiento del antiguo orden jurídico.

Puede suceder que se dé un Golpe de Estado y que la antigua Constitución así como las leyes que de ella deriven permanezcan siendo reconocidas como válidas por el nuevo gobierno usurpador. En esta caso también debe -- presuponerse que la norma fundamental ha cambiado, ya que ésta nueva norma confiere validez jurídica a los actos del poder constituyente, el cual reconoce como válidos los preceptos que un anterior constituyente había dictado. Como el Derecho es un orden fundamentalmente dinámico, aunque el contenido de las normas continúa siendo el mismo, la razón de su validez ha cambiado, ahora se fundamenta en una nueva norma hipotética que confiere la calidad - de órganos estatales a los individuos que toman el poder de un Estado sin - haber seguido los cauces legales que el antiguo orden establecía. Hablamos de un nuevo orden porque está fundamentado en una nueva norma hipotética, - aunque nos sea dado observar que el contenido de las normas sigue siendo el mismo, o que ha permanecido el orden anterior, y se han modificado únicamente los preceptos constitucionales que se refieren a la elección o designación de los órganos estatales.

El problema se nos presenta cuando nos preguntamos ¿en qué momento -

se debe presuponer una nueva norma hipotética, después de llevada a cabo una revolución o Golpe de Estado? Los partidarios de una concepción unitaria del derecho, en base al Derecho Internacional, supondrán la razón de validez del nuevo orden jurídico, en el reconocimiento del Derecho Internacional general para el nuevo gobierno, que hace cumplir una Constitución a un pueblo determinado en un ámbito espacial determinado también. Pero para los partidarios de una concepción nacionalista del Derecho, se presupone la nueva -- norma básica en base a que una Constitución es fácticamente eficaz en términos generales, y el reconocimiento que den o no los países pertenecientes - al Derecho Internacional es irrelevante para el orden jurídico que ha surgido sin seguir los lineamientos legalmente establecidos. Queda a este nuevo orden la facultad de reconocer validez al Derecho Internacional, o de negársela. En el primer caso, el Derecho Internacional pasará a ser Derecho nacional, gracias a que se incorporan dentro de la constitución disposiciones que se refieren al ámbito de validez extraespecial del Derecho nacional.

Asimismo, existe un período de tiempo que media entre la eficacia en términos generales de una nueva Constitución y el establecimiento de un nuevo poder constituyente. En este período de tiempo, podemos presuponer ya - sea a una nueva norma básica que confiere validez a los actos del nuevo poder constituyente, o podremos presuponer que la norma básica no ha cambiado, en tal caso supondremos a la Constitución nueva como una Constitución en sentido material que no corresponde a una nueva en sentido formal, ya que en -- términos generales no es eficaz, esto es, que no se cumple por un determinado pueblo en un ámbito espacial.

3. LA "GRUNDNORM" Y EL DERECHO INTERNACIONAL

### 3.1. ¿Existe un Derecho Internacional?

A mí parecer, es cuestionable en gran medida el carácter jurídico -- del llamado Derecho Internacional. Es cuestionable que exista tal como Derecho, al menos en la forma que se ha tratado de definir páginas atrás, es to es, como un "orden coactivo de la conducta", como un sistema de normas con unidad lógica. Algunos tratadistas niegan al Derecho Internacional el carácter del verdadero Derecho, algunos otros le conceden tal característica jurídica, basados en una concepción jusnaturalista, y algunos otros, entre ellos Kelsen, afirman del Derecho Internacional que se trata de un ordenamiento susceptible de un conocimiento netamente jurídico, ordenamiento que se diferencia de los sistemas jurídicos nacionales, en la relativa centralización de éstos, y la descentralización en la aplicación y creación - de las normas de aquél, y se llega a comparar al Derecho de Gentes con el - nacional, a la relación que existe entre éste y un Derecho primitivo, con - órganos para su aplicación y creación en gran medida descentralizados, que por un desarrollo histórico evolucionista da origen a lo que actualmente entendemos por Derecho, un sistema de normas relativamente centralizado y legislativo.

En el presente inciso se hará un desarrollo de los planteamientos - que hace el fundador de la Teoría Pura del Derecho y que lo llevan hacia - una concepción universal de lo jurídico, esto es, a la conclusión de que el Derecho Internacional es un orden normativo coactivo y con unidad lógica de sus normas, que fundamenta y confiere validez a los diferentes órdenes jurídicos nacionales. Una vez expuestos los fundamentos de la postura de Kelsen, se harán las observaciones que considero pertinentes, respecto a la cuestio-

nabilidad de la existencia jurídica del llamado Derecho Internacional.

### 3.1.1. Afirmación de la Teoría Pura

En su obra "Teoría General del Derecho y del Estado", al abordar - Kelsen el problema del Derecho Internacional y sus relaciones con los di-- versos ordenamientos jurídicos nacionales, parte por preguntarse si es po-- sible la atribución a aquél del carácter de "Jurídico", esto es, si corres-- ponden al Derecho Internacional las características que hemos dado en los capítulos anteriores para el Derecho, el cual se ha estudiado desde el pun-- to de vista de un orden jurídico nacional.

Entre las principales características que hemos anotado del objeto de estudio denominado Derecho, se encuentran las de ser un orden coactivo de la conducta, cuya unidad reposa en una norma básica presupuesta, unidad, por ende, donde no cabe encontrar contradicciones lógicas y cuyas normas - se encuentran relacionadas por el principio lógico de la imputabilidad (de-- ber ser). Así, dice (p. 390): "Planteada científicamente, la cuestión con-- siste en saber si el llamado derecho internacional puede ser descrito como un conjunto de "normas jurídicas".

Menciona que es esencial a lo jurídico el que un acto coactivo sea susceptible de ser interpretado, o bien como un acto antijurídico, ilegal, o bien como un acto permitido, como una sanción impuesta como consecuencia de la conducta determinada como antijurídica. Entonces, para la atribución de jurídico al orden internacional, es necesario que a un acto coactivo de un Estado contra otro sea posible interpretarlo como una sanción o como un acto antijurídico, y nos dice que : "si un Estado, sin una razón específica reconocida por el derecho internacional, invade un territorio que, de acuer

do a tal derecho, pertenece a otro Estado, o si deja de observar un tratado concluido con otro Estado de acuerdo con el Derecho Internacional, su conducta es considerada como opuesta a ese orden" (p. 392), y contra esta conducta considerada como ilegal existen dos sanciones específicas señaladas por el Derecho Internacional: las represalias o la guerra. Aquéllas se refieren a la intervención limitada en la esfera de intereses de otro Estado, y ésta significa la intervención ilimitada en los mismos; tales intervenciones, según opinión generalizada, sólo se admiten como reacciones contra actos antijurídicos.

Señala en la mencionada obra que existen dos posibles interpretaciones jurídicas para el fenómeno de la guerra. Una de ellas niega el carácter a ésta de hecho ilegal o de sanción, esto es, afirma que según el Derecho Internacional la guerra no está prohibida. Y según otra tesis, la guerra se encuentra prohibida por el Derecho Internacional, esto significa que sólo está permitida como reacción contra un acto ilegal de otro Estado, es la famosa teoría del "Bellum Justum".

Entonces, para hacer posible la concepción del Derecho Internacional como un orden jurídico es necesaria la comprobación de la tesis del "bellum justum" y nos dice que contra la guerra ilegal sólo existe prevista como sanción por el Derecho de Gentes, otra guerra, una "contraguerra". Prueba la teoría de la "guerra justa", por el hecho de que existe la convicción jurídica de que la guerra está prohibida por el Derecho Internacional, a no ser como sanción contra un hecho ilegal; se basa en que los gobiernos de los Estados que declaran la guerra, históricamente, en todos los casos "tratan siempre de justificar su actitud ante sus propios pueblos y ante el mundo"

(p. 395), asimismo, se basa en que el principio de "no-intervención", según el cual el Derecho Internacional protege la independencia de los Estados, presupone la aceptación de la teoría del "bellum justum", para esto. - se apoya en los documentos de Derecho Internacional conocidos como Tratado de Paz de Versalles, el Pacto de la Liga de las Naciones y el Pacto Kellogg, entre otros.

Históricamente, señala Kelsen, prevaleció la tesis de la "bellum justum", hasta que el positivismo del siglo XIX la pone en entredicho.

A la tesis de que la doctrina de la "guerra justa" es incompatible con la idea de la soberanía de un Estado, opone este autor: más que negar el contenido de una norma, lo que hace es negar la existencia del Derecho Internacional "in toto", ya que la idea de soberanía es incompatible con cualquier regulación superior que limite a un Estado.

Asimismo, señala otra objeción que se ha esgrimido contra la "bellum justum" : para que exista una sanción, el órgano aplicador debe ser más fuerte que el ejecutado (que se puede oponer), lo cual no sucede siempre en Derecho Internacional, ya que si el Estado que sufre un acto ilícito es más débil que el ofensor con la guerra, contra éste sufriría más daño que el que podría aplicar como sanción, "El victorioso en la guerra no es el que procede de acuerdo con el "derecho", sino el más fuerte" (p. 401).

Nota que la objeción más fuerte que se hace contra la teoría de la guerra justa consiste en la afirmación de que el Derecho Internacional no prevee un órgano encargado de decidir si el acto de un Estado es un ilícito,

simplemente un acto permitido, o si se trata de una sanción. ¿quién podría resolver la cuestión de si un Estado ha violado el Derecho de otro?; la ciencia jurídica no puede resolver esta pregunta, no existe una opinión uníforme sobre la solución, ya que el Derecho Internacional no posee un tribunal que se encargaría de ello. En esta conjetura, los únicos facultados para decidir sobre si un Derecho ha sido violado, y, por lo tanto, para aplicar una sanción, son los mismos Estados en conflicto, y de no decidirlo mediante un tratado, se presenta un problema de difícil o imposible solución para el jurista.

Para superar el obstáculo que presenta la anterior objeción, Kelsen compara al Derecho como se conoció en épocas primitivas con el actual Derecho Internacional. En el Derecho primitivo, tampoco existía un órgano centralizado que desempeñara la función de aplicar las sanciones cuando a su juicio se cometiera un acto antijurídico. En la antigüedad priva el principio de la autodefensa (vendetta), o venganza de la sangre, según el cual, quien se considera ofendido por un delito, está facultado por el orden jurídico para proceder en contra del ofensor. Se trata de orden completamente descentralizado, en donde se presentan los mismos problemas de interpretación respecto al Derecho de Gentes, puesto que la privación de la vida de un sujeto a manos de otro puede ser interpretada, o bien como el acto de un órgano descentralizado del orden jurídico primitivo (vendetta), o bien como un acto antijurídico (asesinato); y no existiendo un tribunal fuera o independiente de las partes, corresponde sólo a ellas la decisión a este conflicto. Asimismo, este sistema primitivo presenta el inconveniente para la aplicación de las sanciones, que consiste en que no garantiza al vengador la victoria sobre el sujeto que cometió el acto antijurídico, priva el "derecho" -

del más fuerte. El Derecho primitivo evoluciona gradualmente, e históricamente es posible observar su desarrollo hasta el estado en que se encuentra actualmente: un sistema centralizado con órganos que, por división de trabajo, se encargan de la creación de normas (Parlamento o Cámaras) y aplicación de las mismas (poder judicial). Se concluye que si se pretende entender al Derecho Internacional como orden jurídico, debe ser posible una interpretación de los actos de los Estados en base a la teoría del "bellum -- justum", es decir, debe existir una distinción entre represalias y guerra -- como sanciones, y represalias y guerra como ilícitos.

Más adelante señala que es incorrecta la afirmación de que el Derecho Internacional sólo regule la conducta entre los Estados, ya que todo -- Derecho se refiere a la conducta de individuos; así, cuando se dice que el Derecho de Gentes faculta a determinado Estado, se debe entender que faculta a un órgano de éste, y tal calidad de órgano no significa otra cosa, sino que su conducta se imputa a la unidad personificada de un orden jurídico -- (Estado). Entonces, afirma una particularidad del Derecho Internacional: -- la de ser incompleto, ya que al prohibir o permitir determinada conducta, -- deja a los diversos órdenes nacionales la decisión de las personas con tales obligaciones y derechos (elección o designación de sus órganos). Pero existen también normas internacionales que se dirigen directamente a los individuos, como son las que se refieren a la piratería o al contrabando de guerra.

El Derecho Internacional tiene como función primordial la de delimitar los ámbitos personal, territorial y temporal de validez de los diversos ordenamientos nacionales que lo conforman, conforme a la eficacia de los --

mismos, también en algunos casos delimita el ámbito de validez material de estos ordenamientos, al prescribirse en un tratado que no podrán dictar -- leyes para regular determinadas materias.

Como el Derecho Internacional necesita de la existencia de órdenes jurídicos nacionales para la complementación de sus normas, y como a la vez estos órdenes fundamentan su existencia en la delimitación de sus ámbitos de validez por el Derecho de Gentes, se deriva una concepción unitaria del Derecho.

Las fuentes del Derecho Internacional son la costumbre y los tratados. Los defensores de la soberanía estatal conciben a la costumbre como "tratados tácitos", lo que es incorrecto según Kelsen, ya que el fundamento de validez de los tratados internacionales se encuentra en la norma -- consuetudinaria "pacta sunt servanda", a mas de ser posible la obligación de los Estados sin su consentimiento, como ocurre, por ejemplo, cuando un nuevo Estado nace al Derecho Internacional, por el reconocimiento de los demás ordenes, adquiere derechos y obligaciones. Cuando se habla de la responsabilidad de un Estado frente a otro, se debe entender una responsabilidad absoluta, no del Estado como orden antropomórfico, sino de los individuos que lo componen, que son quienes sufren las sanciones impuestas por vía de represalias o guerra, y es absoluta en el sentido de que los órganos jurídicos que ejecutan el acto ilícito no son responsables ante el Derecho Internacional, sino que sus actos se imputan al orden que los faculta para actuar en tal calidad de órganos estatales.

Contra quienes sostienen que el Derecho Internacional y el nacional

constituyen dos órdenes jurídicos separados e independientes entre sí, al regular aquél la conducta entre Estados y éste la conducta entre individuos, afirma Kelsen que, como hemos visto, el Derecho Internacional regula también la conducta de individuos, a más de que : "Desde el punto de vista lógico no es posible sostener que normas simultáneamente válidas pertenezcan a sistemas distintos e independientes entre sí" (p. 432), ya que el sostener ésto implicaría el que ante conflictos de normas de estos sistemas, se llegara a las fórmulas: "a debe ser" y "no a debe ser", inaceptable lógicamente. Si bien es cierto que el Derecho Internacional guarda una diferencia con el estatal: en aquél las normas son creadas por la cooperación de dos o más Estados y en éste, son creadas por un solo Estado. Asimismo, guardan una diferencia en las fuentes de creación de sus normas, en el Derecho Internacional son la costumbre y los tratados y en el nacional son la costumbre y la legislación, pero "tal diferencia de fuentes no significaría que las normas creadas de maneras diversas perteneciesen a sistemas jurídicos distintos y recíprocamente independientes" (p. 436).

Para llegar a la conclusión de que sistema internacional y nacional forman un todo único, esto es, para llegar a una concepción monista del Derecho, deriva la validez de la norma fundamental hipotética de un orden jurídico nacional, de una norma positiva del Derecho Internacional: el principio de efectividad. Según hemos visto anteriormente, se presume la validez de un orden jurídico nacional, si presuponemos una norma básica que confiera validez a los actos del constituyente, el cual establece una Constitución que en términos generales es eficaz, sin importar si esta Constitución es impuesta por medios violentos, o siguiendo el procedimiento señalado por una anterior Constitución. Por el principio de "reconocimiento", la comunidad

de Estados reconoce a un gobierno como representante de un Estado, si se origina en una Constitución que se aplica, o que es eficaz en términos generales. De esta manera el Derecho Internacional, por el principio de efectividad confiere validez a un orden jurídico nacional, y delimita sus ámbitos de validez (territorial, personal y temporal).

La norma que confiere validez a los tratados internacionales, sigue mencionando Kelsen, es la "pacta sunt servanda" la cual a su vez deriva su validez de una norma hipotética que se podría formular: "los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo" (p. 440).

Ante la posible objeción que se presentaría a la concepción monista del Derecho, por la afirmación de que normas nacionales dictadas en contradicción con el Derecho Internacional no pueden ser derogadas por éste, y que por lo tanto devienen en contradicciones lógicas, sostiene que no se dan tales contradicciones, ya que "la creación de una cierta norma puede ser, de acuerdo con otra superior, un acto antijurídico, y exponer a su autor a una sanción, pero esa norma puede conservar-también de acuerdo con el precepto superior- su validez" (p.442). De la misma manera, ante la opinión de que Derecho nacional e internacional son dos órdenes simultáneamente válidos, pero no implicados en relación de supra a subordinación, señala: "Dos normas que por su significación son contradictorias y que, por ende, se excluyen recíprocamente desde el punto de vista lógico, no pueden ser consideradas a un mismo tiempo como válidas" (p. 446), lo cual puede ser aplicado también a quienes sostienen como simultáneamente válidos un orden jurídico y un orden moral; el mismo autor nos dice que cuando se presenta una contradicción entre un deber moral y uno jurídico, en realidad lo

que existe es el hecho psicológico de que un individuo se crea obligado por dos normas en direcciones contrarias. No existe una contradicción lógica entre la norma moral y la jurídica, o se acepta sólo uno de estos dos órdenes como válidos, o se reconoce a ambos como pertenecientes a un orden superior que los regula, el cual no existe o no se ha concebido aún.

Contra una concepción pluralista, que concibe Derecho Internacional y Nacional como dos órdenes independientes, al afirmar, como Anzilotti (81) que: "El término "Estado", al referirse al sujeto de un orden jurídico nacional, alude a un sujeto enteramente distinto del Estado como sujeto del derecho internacional, los Estados se comportan en relación de igualdad y en el orden nacional el Estado guarda la calidad de soberano; opone Kelsen el argumento de que tal creencia tiene su base en la equiparación de la persona física (sujeta a un orden jurídico, así como a las leyes causales) a la persona del Estado, la cual antropomórficamente tendría también dos personalidades, pero esto es inexacto, dice, ya que el Estado es sólo un orden jurídico, por lo tanto, orden jurídico interno y externo forman uno y el mismo orden universal.

Concluye Kelsen magistralmente su exposición acerca del Derecho Internacional, al afirmar que existen dos opciones al jurista para lograr entender lógicamente la relación que guarda este Derecho y los diversos órdenes nacionales, dos tesis que confluyen hacia una concepción monista, universal de lo jurídico, pero de significación muy distinta y antagónica: Primera.- de acuerdo con quienes sostienen que el Derecho Internacional sólo obliga a un Estado si éste le reconoce validez, ya sea expresamente, como sucede cuando en la Constitución del mismo se reconoce la obligatoriedad de

las normas internacionales (por ejemplo, el Art. 133 Constitucional Mexicano), o tácitamente, como ocurre, por ejemplo, cuando un Estado envía a su Cuerpo Diplomático y Consular a los Estados miembros de la comunidad internacional; de acuerdo con esta postura, el Estado es soberano y debe entenderse con ésto que no existe un orden superior al del propio Estado. En este orden de cosas, al delimitar el Derecho Internacional los ámbitos de validez (territorial, personal y temporal) del Derecho nacional, sólo lo hace de una manera relativa, ya que en éste es en donde encuentra su razón de ser el Derecho de Gentes, por lo cual debemos concluir también que la razón última de validez de éste es la misma norma fundamental hipotética que presuponemos para una Constitución que es eficaz en términos generales. Si esta postura es congruente, señala Kelsen, debe admitir únicamente como soberano al Estado base de la construcción teórica, ya que los demás encuentran su validez en el orden internacional, que se fundamenta en una norma hipotética del Estado base de la construcción.

Segunda.- quienes sostienen la supremacía del Derecho Internacional sobre los diversos órdenes jurídicos nacionales, porque "de dos órdenes jurídicos nacionales, únicamente se puede afirmar simultáneamente su validez si tales órdenes son concebidas como partes de un solo sistema (p. 452); -- niegan por lo tanto que el Derecho Internacional positivo contenga alguna norma en donde haga depender la validez de este orden del reconocimiento -- que se le haga de parte de un Estado, y se afirma lo contrario: Por el principio de efectividad, norma internacional consuetudinaria, adquiere validez un determinado orden jurídico nacional, por lo tanto, se interpreta el reconocimiento del Derecho Internacional en una Constitución, como una transformación de este Derecho en normas nacionales. Según esta tesis, al ser el or

den internacional superior a los diferentes ordenamientos nacionales, pues encuentran su razón de validez éstos en aquél, establece una delegación de facultades a favor de los órdenes jurídicos nacionales para que creen y apliquen el Derecho en sus ámbitos de validez. Esta tesis deriva hacia considerar únicamente como soberano al Derecho Internacional, y los Estados serían soberanos solo relativamente: sobre ellos sólo existe un orden superior, el internacional.

Sostiene Kelsen que la elección de cualquiera de las dos hipótesis es igualmente válida, que la ciencia jurídica no puede decidir cual de las dos debe prevalecer sobre la otra, aunque dice de la primera: que corresponde a quienes adoptan una posición subjetivista ante el mundo, "la soberanía del ego" , por lo tanto, da a entender que la opción segunda corresponde a quienes adoptan una postura objetiva ante el conocimiento.

### 3.1.2. Negación del carácter jurídico del Derecho de Gentes.

A mi parecer, Kelsen no está en lo justo cuando concluye que, ya sea partiendo de una posición "subjetivista" (con el Estado "base de la construcción" como único soberano), o partiendo de una visión "objetiva" (con el Derecho Internacional atribuido de soberanía, por encima de los Estados que lo conforman), se presenta al jurista como única alternativa la de una concepción universalista, monista del Derecho. Esto es, concluye que el Derecho Internacional está conformado por normas que, como asentamos en el capítulo anterior para un orden nacional, constituyen un sistema normativo dotado de unidad lógica, unidad que reposa sobre una norma hipotética que señalaría: "Los Estados deben conducirse en la forma en que han solido hacerlo". Esto, más que una norma, un deber, señala la justificación para la conducta futura de los Estados, ya que es tal su amplitud, -- que cualquier conducta que históricamente hubiera llevado a cabo un Estado, aún de las tratadas como "ilegales" (guerra o intervención), conferiría validez a una conducta que en el mismo sentido realizara otro Estado, y con esto la teoría de la "bellum justum", supuesta como válida por Kelsen, carecería de razón de ser. Por otra parte, esta norma está enunciada en tal forma que, causal y no normativamente, nos permite coludir de lo que es, -- algo que será, lo cual podría reducirse a la fórmula: "si A es; es o será B".

Puede observarse que si aceptamos como cierta la teoría de la "bellum justum", careceremos de un criterio objetivo para saber en que caso se está ante una guerra como sanción, y ante una calificada como ilegal o anti jurídica, lo mismo que ante las represalias. En un orden jurídico nacio--

nal, tal criterio objetivo nos lo da un órgano de aplicación, que al ser el único facultado por este orden para aplicar las sanciones, crea normas válidas y ante las cuales no cabe duda de su legalidad, ya que es intrascendente el que a las partes parezca, subjetivamente, si el Derecho ha sido aplicado o no al caso concreto. Para afirmar el carácter jurídico del Derecho Internacional, Kelsen compara a éste con un orden primitivo, en donde se faulta al ofendido para sancionar al infractor (vendetta), pero pasa por alto que en el Derecho primitivo, a diferencia del orden internacional, sí existe un órgano legislador, esto es, creador de leyes, aunque adolece de la deficiencia técnica que significa el no tener un órgano centralizado, que por división de trabajo se encargue de aplicar las sanciones, motivo por el cual, descentralizadamente, se faulta a los ofendidos; para suponer un orden normativo, diferente de un orden natural, es necesario lógicamente que exista un legislador: "Ninguna norma sin una voluntad que la establezca, ninguna norma sin autoridad que la cree...No hay imperativo sin "imperator" (82). - Es decir, para poder distinguir entre hechos naturales, como la reacción ante una agresión (instinto de defensa, individual o colectivo), de actos normativos (vendetta o guerra como sanción), se requiere la suposición de una autoridad superior a las partes que legitima cierta conducta y prohíbe otra: " Es indeclinable el concepto de que la irritación y la reacción provocadas por un ataque venido del exterior, respondieron primero al instinto de conservación, dando nacimiento a la lucha y a la venganza privada cuando la ofensa se había consumado; y sólo después, lógica y ontológicamente, se idearon explicaciones o justificaciones que atribuyeron tal conducta a la necesidad de dar satisfacción a las divinidades ofendidas, aún cuando entre una y otra cosas mediara muy corto intervalo" (83). De ahí que el Derecho primitivo no fuera completamente descentralizado, sino que, por los datos socio

lógicos. que de él se tienen, podemos saber que existía una autoridad que - creaba las leyes, o bien, que en base a las costumbres tribales, legitimaba ciertos actos como sanciones, aunque dicho órgano no los aplicara directamente, así, señala Felipe López Rosado (84): " La tribu puede ser definida así: conjunto de familias seminómadas, por lo común del mismo origen, - que obedecen a un jefe"; pues bien, en Derecho Internacional no podemos suponer una autoridad superior a los Estados que lo conforman, ya que, o se - entiende a los Estados como soberanos, por lo cual no sería posible la existencia de un orden superior que los regulara, o bien, se entiende a la costumbre internacional como fuente de derecho y obligaciones estatales; ésta sería la que confiere validez a la norma "pacta sunt servanda". Pero la - costumbre es un hecho sociológico, por lo cual es lógicamente necesaria la concepción de una norma superior que confiera calidad de normas a las establecidas por la costumbre, dicho de otro modo, que delegue autoridad jurídica en esta última, y si pensamos que tal delegación la hacen los Estados -- miembros de la comunidad internacional, entonces esto no puede significar - sino que dichos Estados son soberanos, por lo cual no cabe la existencia - de un orden superior a ellos.

Por otra parte, Kelsen hace depender la existencia del Derecho Internacional de la certeza de la teoría del "bellum justum", y prueba esta última por el hecho de que, históricamente, desde épocas primitivas hasta la actualidad, la opinión pública internacional se ha dado en el sentido de que la guerra sólo está permitida como reacción ante un acto estatal violatorio, esto es, que sólo es lícita la que se impone como sanción:" Esa convicción se manifiesta en el hecho de que los gobiernos de los Estados que recurren a la guerra tratan siempre de justificar su actitud ante sus propios pue--

blos y ante todo el mundo" (85). Si bien esto es verdad, ello no prueba - la teoría de la guerra justa, ya que tales justificaciones para el hecho de la guerra, sirven simultáneamente para los países que se encontraran en dicho conflicto, es decir, subjetivamente el Estado A señalará que su contendiente, el Estado B, cometió un acto antijurídico, y que en tal tenor la guerra reviste el carácter de una sanción, pero igual el Estado B justificará su actuación, en el sentido de que su intervención es una sanción al Estado A. Entonces, tal teoría justifica hechos subjetivos que bien pueden ser "legales" o "ilegales"

Tampoco comparto la opinión del autor mencionado en el sentido de que el Derecho Internacional delimita los ámbitos de validez territorial, personal y temporal de los distintos órdenes jurídicos nacionales sujetos a él. Si la norma básica hipotética de cada uno de estos órdenes es presupuesta - para una Constitución que es eficaz en términos generales, por el principio de eficacia, que Kelsen apuntó, es posible determinar los ámbitos de validez personal, territorial y temporal de los distintos órdenes jurídicos, sin recurrir a la concepción de un orden superior, ya que tales ámbitos estarán - delimitados únicamente porque la Constitución se cumple en ellos, es decir, hasta donde ésta es eficaz, y es en este sentido que Baruch de Espinosa opina (86) : "el derecho llega hasta donde alcanza el poder".

Kelsen afirma la imposibilidad de que dos sistemas normativos puedan ser considerados como independientes y al mismo tiempo válidos, y por lo -- tanto, confluye hacia una concepción unitaria del Derecho, esto es, hacia la consideración del Derecho Internacional como un orden jurídico superior a - los ordenamientos estatales; para ésto, se basa en la afirmación de que dos

normas, cuya significación sea contradictoria, no pueden ser al mismo tiempo válidas lógicamente. Esta afirmación no me parece correcta, ya que, por ejemplo, en el orden natural es posible la validez simultánea de dos enunciados aparentemente contradictorios lógicamente, como sería el caso de una teoría geocéntrica, que afirmara que el sol gira alrededor de la tierra, y una teoría heliocéntrica que afirmara que, por el contrario, es la tierra - la que gira alrededor del sol. Es posible afirmar que ambas teorías son vá lidas simultáneamente, sin existir contradicción entre ellas, gracias a que una y otra *parte* de hipótesis diferentes, es decir, de puntos de vista o - presupuestos distintos, y dichos enunciados no implican contradicción por - no ser los objetos de conocimiento de una y otra teoría los mismos; sola mente si pensásemos a los objetos de conocimiento como "cosas en sí" llegaría- mos a la conclusión de que no pueden ser al mismo tiempo válidas una teoría heliocéntrica y una geocéntrica. De la misma manera, es posible que conciba- mos dos órdenes jurídicos nacionales independientes entre sí, con normas cuyo sentido sea contradictorio, como sucede, por ejemplo, cuando en un or- den se dictan normas penales con carácter extraterritorial; dichas normas se encuentran en contradicción con las leyes penales del orden jurídico en cu- yo ámbito territorial se pretende su aplicación.

Como vimos, para un orden natural la aparente contradicción lógica no se sostiene. De la misma manera, para un orden normativo; si tomamos en - - cuenta que una norma es válida en tanto la podemos referir a una Constitución eficaz cuyo fundamento se encuentra en una norma hipotética, será válida la ley penal con ámbito de validez extraterritorial, desde el punto de vista - del orden jurídico que le da origen; pero esta norma carecerá de validez -- desde el punto de vista, o referida, al orden en cuyo ámbito territorial se

pretende su aplicación, por su imposibilidad de ser derivada del ordenamiento penal, cuyo ámbito de validez está delimitado por una Constitución eficaz en términos generales. Y si Kelsen niega racionalmente la concepción de dos sistemas normativos independientes que no pertenezcan a un orden superior que les confiera posibilidad lógica, entonces el problema es resuelto cuando tomamos en cuenta que ambos órdenes jurídicos independientes pertenecen al reino de lo normativo, esto es, obedecen al principio de la imputación (Sollen).

Por otra vía, podemos resolver la cuestión de la independencia de dos órdenes jurídicos, si damos la solución que encontramos en el capítulo anterior para la aparente contradicción entre una norma general y una individualizada (sentencia) en desacuerdo con ésta. Dicha contradicción se deshizo en el momento en que notamos que ambas tenían ámbitos de validez personales distintos: la general obliga a las personas, excepto al sujeto en quien recae la sentencia, en cambio la norma individualizada vale (mientras no sea derogada, por un procedimiento previsto para las normas en contradicción con normas superiores) sólo para un individuo, sólo para la persona a quien se dicta una sentencia anulable, no nula. Entonces, para los diversos órdenes nacionales, podemos decir lo mismo, son válidos e independientes jurídicamente, y sus normas no se encuentran en contradicción si notamos que tienen ámbitos de validez temporal, espacial y personal distintos, delimitados por el principio de eficacia (que "condiciona" a la norma hipotética de cada orden estatal).

Si bien, de lo dicho anteriormente se concluye que el llamado Derecho Internacional no es un verdadero orden jurídico (orden-lógicamente con-

figurado-coactivo de la conducta), es innegable que entre los Estados existen un sinnúmero de relaciones recíprocas. Relaciones susceptibles de un estudio normativo, si bien, no jurídico. Es notable el parecido que guardan las reglas que rigen las relaciones interestatales con las normas que regulan los convencionalismos sociales; en éstos, no existe un órgano encargado de aplicar la sanción al que los desacata, así como tampoco están previstas sanciones específicas a quien viole los usos sociales, pero una conducta que determinado grupo social considera inconveniente, trae aparejada la desaprobación general, o bien el desprecio, o el aislamiento dentro del grupo de la persona que lleva a cabo una conducta contraria a las normas sociales. Dentro del orden internacional, cuando se considera que un Estado actúa contra la costumbre establecida, la opinión pública internacional desaprueba esta conducta, asimismo, algunos Estados rompen toda clase de relaciones con el Estado infractor, y otros Estados le niegan la calidad de orden jurídico (verbigracia, cuando se establece un orden por vía de Revolución o Golpe de Estado). Al tomar en cuenta la imposibilidad de conceder un carácter objetivo de sanciones a la guerra y represalias, puede afirmarse de éstas, o bien, que se trata de una reacción contra una agresión ("contraguerra"), o bien, que se está ante una desaprobación subjetiva, por parte de un Estado, de la conducta de otro (éste, a su vez puede considerar que actúa conforme a la costumbre internacional), y que por lo tanto, puede hacer el uso de represalias económicas, políticas, o que conlleven el empleo de la fuerza física (intervención limitada o ilimitada).

Estas observaciones, aunadas al paralelismo que se da entre uso social y relaciones interestatales, al carecer ambos de un órgano centralizado que confiera validez a las normas establecidas consuetudinariamente (que

dando, por lo tanto, dichos órdenes condicionados por la opinión subjetiva generalizada de los individuos a quienes se dirigen), me han llevado a la conclusión de que las normas del incorrectamente llamado Derecho Internacional, son de la misma naturaleza que las normas que rigen en lo referente a los usos o convencionalismos sociales, lo cual guarda cierta semejanza a lo afirmado por John Austin, en el sentido de que "el derecho internacional es sólo un conjunto de normas morales "positivas" que son impropia- mente llamadas leyes. El derecho internacional no es derecho positivo, sino una rama de la moral positiva. El derecho positivo, a diferencia de la moral, emana de un legislador y es susceptible de aplicación coactiva, en tanto que aquélla emerge de la opinión pública. Son normas "positivas" por que de hecho se aplican" (87).

## CONCLUSIONES

Parece ser que la justicia y la norma hipotética Kelseniana cumplen funciones totalmente diferentes y antagónicas. Queda fuera de este estudio la problemática que entraña el concepto justicia: si es un fin inmanente al Derecho, o si por el contrario, le es trascendente, si es un valor subjetivo u objetivo, por lo tanto, si es un valor relativo o absoluto, si es un objeto susceptible de conocimiento, si es antinómico de los valores de bien común y seguridad jurídica, etc. La norma básica fundamenta al Derecho, es to es, le da posibilidad lógica como objeto de conocimiento; por el contrario la idea de justicia "justifica" al Derecho, lo pone al servicio de un valor. Aceptar como científico el concepto justicia, significa la afirmación de la existencia de una "razón práctica", que, a la manera Kantiana, se coloca sobre una razón teórica, o razón en sentido restringido, posición opuesta a una mentalidad positivista que acepta como única fuente de conocimiento a la razón, a la lógica.

Es evidente que el Derecho, desde sus orígenes, ha sido una materia ideal para que se hicieran sobre ella toda clase de teorías axiológicas, teleológicas, esto es, para razonamientos jusnaturalistas. No es sino hasta el siglo XIX que se reacciona contra ello, y el positivismo trata de hacer del Derecho un objeto exclusivamente científico, no valorativo, y si bien no se niega que éste persigue fines, se pone en claro que éstos no son susceptibles de conocimiento científico - Strictu Sensu-, por tratarse de concepciones subjetivas, por lo tanto relativas.

Esta contraposición entre positivismo y jusnaturalismo, podemos en--

contrarla en toda mentalidad, ya que el sujeto cognoscente es susceptible de colocarse ya en una postura racional, l3gica, ya en una postura emocional, ideol3gica, ante la realidad; as3, vemos que Kelsen adopta una faceta diferente a la racional, a la l3gica de su Teor3a Pura, cuando afirma: "Si la democracia es una forma de gobierno justa, lo es en cuanto significa libertad... no existe otra forma de gobierno m3s favorable para la ciencia -- que la democracia... Deb3 conformarme con la justicia relativa: puedo decir 3nicamente lo que para m3 es la justicia" (88).

Que s3 es posible el conocimiento por la "raz3n pr3ctica", por la intuici3n, por el arte, por el amor, por la virtud, o por cualquier otra funci3n del hombre m3s all3 de su raciocinio l3gico, te3rico, yo no lo pongo en duda, pero no me atrever3a calificar a tales conocimientos de cient3ficos, de verdades absolutas y universales para todos los hombres; antes - bien, dar3a a ellos la calidad de juicios relativos, subjetivos, aunque, - en verdad, existen bienes culturales que sobrepasan la mera apreciaci3n subjetiva o individual: valores est3ticos, 3ticos, religiosos, sociales, afectivos, etc.

Aceptar a la justicia como immanente a lo jur3dico, como fuente de - su validez, nos conduce a la negaci3n del car3cter obligatorio de normas -- consideradas como injustas, pero, como no se ha llegado a una satisfactoria definici3n del concepto justicia, despu3s de tantos siglos en que se ha hecho alusi3n a 3l, una teor3a jusnaturalista consecuente deber3a renunciar - a su pretenci3n de que hace ciencia, y deber3a aceptar el hecho de que su - funci3n ha sido la de dar pautas, gu3as para el Derecho, convirtiendo a 3ste te, no en un objeto cient3fico, sino en un arte, en una t3cnica.

Los conceptos de norma hipotética fundamental y justicia parecen antinómicos, y así, se ha acusado a Kelsen de panlogicista, y a su teoría de formalista, carente de contenido; por su parte, se acusa a la posición jusnaturalista de acientífica, de metaficista. Al fundamentar la norma hipotética lógicamente cualquier Derecho posible, significa que el contenido de las normas de determinado orden puede ser ya justo, ya injusto, por lo cual, la Teoría Pura, más que implicar una negación del estudio de la justicia, niega a ésta su carácter de immanente, de esencial a lo jurídico y así, deja abierto el campo para un estudio axiológico del Derecho, en donde la justicia sea vista como un fin, como un valor de naturaleza metajurídica. Es necesario entonces, en principio la obtención de un conocimiento estrictamente jurídico, para posteriormente poder llevar a cabo un estudio teleológico del Derecho, ya que es innegable que éste es un medio para la realización de fines, que pueden ser el bien común, la justicia, o la seguridad social, o los tres a la vez, o cualquier otra finalidad, aún de las que no son vistas como valores culturales.

## NOTAS

- 1.- Larroyo, Francisco, La lógica de las ciencias, p.57
- 2.- Kelsen, Hans, Derecho y Lógica, p.7
- 3.- Ibíd, p.6
- 4.- Ibíd, p.27
- 5.- Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho, UNAM, p. 217
- 6.- Vallado Berrón, F., Teoría General del Derecho, p. 218
- 7.- Kelsen, Hans, La idea del Derecho Natural y otros Ensayos,  
P. 59
- 8.- Ibíd, p.69
- 9.- Ibíd, p. 9
- 10.- Ibíd, p. 62
- 11.- Ibíd, nota a pie de página, p. 62
- 12.- Ibíd, p. 66
- 13.- Ibíd, p. 87
- 14.- Ibíd, p. 87
- 15.- Ibíd, p. 85
- 16.- Pérez Carrillo, A., Introducción al Estudio del Derecho, -  
pp. 75 y 76
- 17.- Ibíd, p. 80
- 18.- Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, EUDEBA, p. 16
- 19.- Kelsen, Hans, La Idea..., p. 81
- 20.- Kelsen, Teoría Pura del Derecho, UNAM, p. 99
- 21.- Kelsen, H., La Idea..., p. 56
- 22.- Ibíd, p. 79

- 23.- Ibíd, p. 80
- 24.- Ibíd. p. 86
- 25.- Vallado Berrón, F., Ob. Cit., p. 84
- 26.- Kelsen, La idea...pp.217 y **55**.
- 27.- Ebenstein, W., La Teoría Pura del Derecho, pp.63 y 64
- 28.- Stammler, Rudolf., Tratado de Filosofía del Derecho, p. 73
- 29.- Kelsen, H., Teoría Pura...UNAM, p. 112
- 30.- Larroyo, Ob. Cit., p. 206
- 31.- García Maynez, E., Introducción al Estudio del Derecho, --  
p. 15 y 55
- 32.- Kelsen, Teoría Pura...UNAM, p. 80
- 33.- Ebenstein, Ob. Cit., p. 24 y **55**.
- 34.- Larroyo, Ob. Cit, p. 88
- 35.- Ibíd, p. 102
- 36.- Ibíd, p. 427
- 37.- Ibíd, p. 270 y **55**.
- 38.- Ibíd, p. 271
- 39.- Husserl, citado por Larroyo, Ob. Cit., p. 272
- 40.- Husserl, Ibíd., p. 274
- 41.- Ibíd, p. 276
- 42.- Vallado Berrón F., Ob. Cit., p. 57
- 43.- Natorp., P., Propedéutica Filosófica y Otros Ensayos, p.81
- 44.- Natorp, citado por Larroyo, Ob. Cit., p. 276
- 45.- Natorp. Ob. Cit., P. 80
- 46.- Citado por Larroyo. Ob. Cit., p. 279
- 47.- Natorp., Ob. Cit., pp. 10 y 11

- 48.- *Ibíd*, pp. 15 y 16
- 49.- *Ibíd*, p. 15
- 50.- citado por Larroyo, *Ob. Cit.* p. 275
- 51.- Natorp., P., *El ABC de la Filosofía Crítica*, p. 77
- 52.- Ebenstein, *Ob. Cit.*, p. 30
- 53.- Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p.-  
142.
- 54.- *Ibíd.*, p. 27
- 55.- *Ibíd.*, p. 142
- 56.- Vallado Berrón F., *Teoría General del Derecho*, p. 13
- 57.- *Ibíd*, p. 14
- 58.- Kelsen, *Teoría Pura..UNAM*, p. 226
- 59.- Kelsen, Hans, *Teoría General del ...p.* 129
- 60.- *Ibíd*, p. 137
- 61.- Kelsen, *Teoría Pura, UNAM*, p. 223
- 62.- *Ibíd*, p. 224
- 63.- *Ibíd*, pp. 221 y 222
- 64.- Azuara Pérez L., *Los Problemas Fundamentales de la Filosofía Jurídica en el Pensamiento de G. Radbruch*, p. 460.
- 65.- Stammler, *Ob. Cit.*, p. 248
- 66.- *Ibíd*, p. 217
- 67.- Azuara Pérez L., *Ob. Cit.* p. 460
- 68.- *Ibíd*, p. 474
- 69.- Kelsen, *Teoría Pura...UNAM*, p. 203
- 70.- *Ibíd*, p. 277
- 71.- *Ibíd*, p. 204
- 72.- *Ibíd*, p. 213
- 73.- *Ibíd*, p. 216

- 74.- Kelsen, Derecho y Lógica, p. 10
- 75.- Ibíd, p. 13
- 76.- Ibíd, p. 20
- 77.- Cassirer, Ernst, citado por Ebenstein, Ob. Cit, p. 39
- 78.- Vallado Berrón, Ob. Cit, p. 229
- 79.- Ibíd, p. 231
- 80.- Kelsen, Teoría Pura, UNAM, p. 226
- 81.- Kelsen, Teoría Gral. del Derecho y del Estado, p. 448
- 82.- Kelsen, Derecho y Lógica, p. 10
- 83.- Villalobos, citado por Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, p. 33
- 84.- Rosado López, Felipe, Introducción a la Sociología, p. 65
- 85.- Kelsen, Teoría Gral. del Derecho y del Estado, p. 395
- 86.- Sepúlveda, César, Derecho Internacional Público, p. 41
- 87.- Ibíd, p. 43
- 88.- Toral Moreno, Jesús, Ensayo sobre la Justicia, p. 31.

## B I B L I O G R A F I A

- 1.- Alchurron-Bulygin, Metodología de las Ciencias Sociales, - Ed. Astrea.
- 2.- Azuara Pérez, Leandro, Los Problemas Fundamentales de la - Filosofía Jurídica en el Pensamiento de G. Radbruch, Revista de la Facultad de Derecho, Julio-sept. 1974.
- 3.- Cassirer, Ernst, El mito del Estado, Fondo de Cult. Ec. 1974.
- 4.- Cassirer, Ernst, Kant, Vida y Doctrina, Fondo de Cult. Ec. - 1978.
- 5.- Carnelutti, Francesco, Metodología del Derecho, Uteha, 1962.
- 6.- Dworkin M., Ronald, ¿Es el Derecho un sistema de Reglas? - UNAM 1977.
- 7.- Ebenstein, William, La Teoría Pura del Derecho, Ed. Nal. - - 1974.
- 8.- Engisch, Karl, Introducción al Pensamiento Jurídico, Guadarrama 1967.
- 9.- García Maynez, Eduardo, La Definición del Derecho, Univ. - - Ver. 1960.
- 10.- Hart, H. L. A., El Concepto del Derecho, Ed. Abeledo- Penot.
- 11.- Hart, H. L. A., Obligación Jurídica y Obligación Moral. Cuaderno de Crítica, UNAM, 1977.
- 12.- Kelsen, Hans, Derecho y Lógica, Cuad. de Crítica, 1978.
- 13.- Kelsen, Hans, La idea del Derecho Natural y Otros Ensayos, - Ed. Nal. 1974.
- 14.- Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, Ed. Nal. 1972.
- 15.- Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, Textos Univ. 1969.
- 16.- Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Eudeba 1970.
- 17.- Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, UNAM 1979.
- 18.- Klug, Ulrich, Problemas de Filosofía del Derecho, Ed. Sur.
- 19.- Larroyo, Francisco, La Lógica de las Ciencias, Porrúa. 1967
- 20.- Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, Los Fines del Derecho, -- UNAM, 1975.
- 21.- López Rosado, Felipe, Introducción a la Sociología, Porrúa - 1968.
- 22.- Natorp, Pablo, El ABC de la Filosofía Crítica, Ed. Nal. 1974

- 23.- Natorp, P., Propedéutica Filosófica y Otros Ensayos, Porrúa 1975.
- 24.- Pérez Carrillo, Agustín, Función del Poder Judicial, Inst. de Invest. Jur. 1977.
- 25.- Pérez Carrillo, Agustín, Introducción al Estudio del Derecho, Textos Univ. 1978
- 26.- Preciado Hernández, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, Ed. Jus. 1976.
- 27.- Radbruch, Gustav, Introducción a la Filosofía del Derecho, Fondo, de Cult. Ec. 1974.
- 28.- Recaséns Siches, Luis, Direcciones contemporáneas del Pensamiento Jurídico, Ed. Nal. 1974.
- 29.- Sepúlveda, César, Derecho Internacional Público, Porrúa, -- 1976.
- 30.- Stammler, Rudolf, Tratado de Filosofía del Derecho, Ed. Nal. 1974.
- 31.- Toral Moreno, Jesús, Ensayo sobre la Justicia, Ed. Jus, - - 1974.
- 32.- Vallado Berrón, Fausto, Teoría General del Derecho, Textos Univ. 1972.
- 33.- Wroblewski, S., La Decisión Legal y su Justificación.
- 34.- Hart, H. L. A., El Concepto del Derecho, Ed. Abeledo-Penot.