

ERROR DE No. ___ DE PAGINA

385
20j.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



**CONCEPTO POSITIVISTA
DEL ORDEN JURIDICO**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALFREDO GUTIERREZ ORTIZ MENA

MEXICO, D. F.

1994



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 está 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

C. ALFREDO GUTIERREZ ORTIZ MENA
P r e s e n t e .

Me es muy grato comunicarle, en mi calidad de Director de Tesis y Director del Seminario de Filosofía, la aprobación de su trabajo "CONCEPTO POSITIVISTA DEL ORDEN JURIDICO", que tuve la satisfacción de dirigir.

Cabe señalar que la tesis que presenta a este Seminario es un importante trabajo de investigación. La tesis contiene la erudición requerida para estos trabajos y examina las más importantes autoridades en materia de argumentación jurídica.

La tesis que usted presenta a este Seminario, maneja con gran dominio los diversos tipos de información. Las referencias y el manejo de la bibliografía es absolutamente solvente.

El trabajo está escrito con pulcritud y rigor y se convierte en un trabajo obligado para todo aquel interesado en estos temas.

A T E N T A M E N T E
Cd. Universitaria, a noviembre 9 de 1994.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"



SEMINARIO DE
FILOSOFIA del DERECHO
UNIVERSITARIA

DR. ROLANDO TAMAYO Y SALMORAN
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
FILOSOFIA DEL DERECHO.

RTyS/mva*

EL CONCEPTO POSITIVISTA DEL ORDEN
JURIDICO

ALFREDO GUTIERREZ

CAPITULADO

Introducción.....	5
-------------------	---

I.

CAPITULO PRIMERO EL POSITIVISMO JURIDICO

A.- Origen del positivismo.....	11
B.- Clasificación del positivismo jurídico hecha por Norberto Bobbio.16	
C.- Crítica de Eduardo García Máynez a la clasificación de Norberto Bobbio	21
D.- Austin, Kelsen, Hart.....	25
E.- Resumen.....	30

II.

CAPITULO SEGUNDO EL CONCEPTO DE SISTEMA JURIDICO EN LA OBRA DE JOHN AUSTIN

A.- Antecedentes biográficos.....	35
B.- John Austin y los utilitaristas.....	36
C.- El sistema jurídico de John Austin.....	45
D.- La crítica al sistema jurídico de John Austin	56

III.

CAPITULO TERCERO EL CONCEPTO DE SISTEMA JURIDICO EN LA OBRA DE HANS KELSEN

A.- Antecedentes biográficos.....	71
B.- Meta de la teoría pura	72
C.- El Orden Estatal	85
D.- El criterio de existencia	92
E.- El criterio de identidad	93
F.- La estructura del orden jurídico.....	96
G.- El Orden Internacional	97
H.-Resumen.....	103
I.-Crítica.....	103
J.-Conclusiones.....	109

IV.
CAPITULO CUARTO
HACIA UNA TEORIA DEL SISTEMA JURIDICO

A.-El problema.....	113
B.-Replanteando el problema.....	115
C.-El otro enfoque.....	118
D.-La estructura del orden jurídico.....	119
E.-El problema de la identidad.....	124
F.-El problema de la existencia.....	129
G.-El contenido mínimo del orden jurídico.....	131

V.
CAPITULO QUINTO
EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

A.-Planteamiento del problema.....	135
B.- Las teorías imperativas del derecho internacional	135
C.- El derecho internacional visto desde una perspectiva no imperativa.....	140

VI.
CAPITULO SEXTO
CONCLUSIONES

A.-Conclusiones.....	153
----------------------	-----

BIBLIOGRAFIA

Bibliografía.....	159
-------------------	-----

Introducción

Al estudiar el derecho es común concentrar nuestra atención en la norma olvidando o quizá restándole importancia al sistema. El uno de los muchos es el tema de esta tesis, el orden que contiene las normas. Para que haya una norma se necesita un orden (condición de posibilidad de los muchos). El orden es lo que presenta, pone, sitúa, hace presente a las normas. Toda norma está en un orden. Hans Kelsen claramente lo advierte en su libro Teoría general del Derecho y el Estado:

El derecho es un orden de la conducta humana. Un "orden" es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho.¹

El objeto fundamental de esta tesis consiste en analizar el concepto de sistema jurídico y el criterio de membresía de las diferentes normas para formar parte de un sistema dentro de la corriente positivista del derecho.

¹Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. por Eduardo García Máynez, México, U.N.A.M., 1988, p.3.

Las teorías de John Austin(1790-1859), Hans Kelsen(1881-1973) y H.L.A. Hart(1907-1994) se analizarán en este trabajo.

En cuanto al método, pretendo establecer primero el criterio para clasificar como "positivistas" a los autores citados arriba. Posteriormente en lo que constituye la parte central de la tesis, examinaré el hecho de que toda norma pertenece a un orden jurídico. Sigo, en gran medida, las categorías establecidas por Joseph Raz.² Estas se pueden resumir de la siguiente manera:

1) El problema de existencia: ¿Dónde existe el orden jurídico mexicano? ¿Acaso aún existe el derecho romano? ¿Qué criterio me permite decir que el derecho mexicano existe y el romano ya no? ¿Cuándo nace y cuándo muere un orden jurídico? Estas preguntas las debe responder un criterio de existencia.

2) El problema de la identidad: El artículo 81 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

La elección del Presidente será directa y en los términos que disponga la Ley Electoral.

¿Cómo sé cuál Ley Electoral usar? ¿La de Canadá, la de Italia o la de México? ¿Cómo sé cuál es la de México? ¿Acaso la elección del Presidente de los Estados Unidos de América se debe sujetar a este artículo? El criterio de identidad debe proporcionar la respuesta a la membresía de una norma a un orden jurídico determinado.

3) El problema de la estructura: ¿Existe sólo un tipo de norma? ¿Todas las normas son unidades independientes, circuitos cerrados, o las normas se fundamentan en otras? ¿Sólo se puede hablar de mandatos o

²Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp.1-2.

existen normas facultativas? ¿Se puede constituir un orden de puros mandatos o son las normas facultativas requisitos *sine qua non* de todo orden jurídico? ¿Hay una estructura común a todos los sistemas jurídicos?

4) El problema del contenido: ¿Existen ciertas instituciones, normas, garantías que necesariamente debe contener todo orden? ¿Para obtener el rango de sistema se requiere de cierto contenido?

Los primeros dos criterios son necesarios para una teoría adecuada del orden jurídico. El tercero y el cuarto ya presuponen un orden y nada más sirven como clasificadores. Como se mencionó arriba, antes de abordar el tema del orden jurídico, es necesario esclarecer el término "positivista" en oposición al término "naturalista" con el propósito de dilucidar el monismo jurídico, objeto central de esta tesis.

I.
CAPITULO PRIMERO
EL POSITIVISMO JURIDICO

I.
CAPITULO PRIMERO
EL POSITIVISMO JURIDICO

SUMARIO: A.Origen del positivismo. I.La génesis del derecho positivo como término. II.La génesis del derecho positivo como corriente doctrinaria. B.Clasificación del positivismo jurídico hecha por Norberto Bobbio. I.El positivismo como modo de acercarse al derecho. II.El positivismo como teoría del Derecho. III.El positivismo como ideología del derecho. VI.Conclusión de Norberto Bobbio. C.Crítica de Eduardo García Máynez a la clasificación de Norberto Bobbio. I.Crítica al método. II.Crítica a la teoría. III.Crítica a la ideología. VI.Opinión personal. D.Austin, Kelsen, Hart. I.John Austin. II.Hans Kelsen. III.H.L.A. Hart. E.Resumen.

A.- Origen del positivismo

Resulta importante distinguir el nacimiento de derecho positivo como término y el nacimiento del positivismo como corriente doctrinaria.

I.- La génesis del derecho positivo como término

Un claro antecedente del término derecho positivo lo tenemos en el *ius civile* del derecho romano. El *ius civile*, era "el antiguo derecho romano, que se manifiesta en costumbres, *leges*, senadoconsultos y plebiscitos, desarrollado por la jurisprudencia sacerdotal y seglar."³ En su sentido estricto este se oponía al *ius honorarium*, derecho pretorio creado por los magistrados, cuya función era de suplir al *ius civile*. También, en un sentido más lato que incluía al *ius honorarium*, se oponía al *ius gentium* y al *ius naturae*. El *ius gentium* "es aquel fondo jurídico común que encontramos en todo el extenso grupo de los pueblos mediterráneos."⁴ El *ius naturae* "es un derecho ideal que no existe en la práctica pero que debe orientar la actividad del legislador."⁵

³Margadant, Guillermo, Derecho Romano, México, Esfinge, 1988, p.101.

⁴*Ibidem*.

⁵*Ibidem*.

El derecho positivo como opuesto al derecho natural tiene su nacimiento con Abelardo⁶ (1079- 1142). Para el siglo XIII ya forma parte del metalenguaje jurídico. Durante toda esta época no se logra separar en sí del derecho natural. Se aceptaba un dualismo donde existe un conjunto de normas cuya validez se desprende, no de las fuentes que lo crearon, sino de la justicia intrínseca de los preceptos al lado o por encima de orden positivo.⁷ El monismo jurídico es decir, la postura que sostiene que no hay otro derecho que el positivo, no surge sino hasta mucho después con la escuela empírica. El derecho natural no deviene de actos humanos como el positivo, sino se desprende de la naturaleza. El derecho natural es a-histórico, inmutable. El positivo en cambio, es el derecho cambiante y de un lugar determinado(Roma, Galia, Sajonia).

Así tenemos que el derecho positivo requiere de dos elementos: 1) que surja de fuentes formales y, 2) que sea efectivo, es decir que exista en la historia como el derecho observado en una comunidad determinada. Estas dos características las resume el Doctor Tamayo y Salmorán de la siguiente manera:

Aunque la expresión 'derecho positivo' puede tener significados diversos (especialmente los asignados por la crítica exacerbada o fanática de algunos opositores) esta expresión, tanto en su uso originario como dentro de las diferentes corrientes del positivismo, tiene un núcleo más o menos estable que puede caracterizarse así: el derecho positivo es derecho "propia-

⁶Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, México, Themis, 1992, p.123.

⁷García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México, Porrúa, 1988, p.40.

hablando", el derecho puesto (laid down) por instituciones sociales de cierto tipo, el cual constituye el objeto propio de la ciencia del derecho y de su historia.⁸

II. La génesis del positivismo como corriente doctrinaria

La transformación del hombre medieval al moderno tiene sus raíces en tres movimientos: El Renacimiento, la Reforma y la Revolución Científica. La primera de cierta manera abrió la puerta para las otras dos. Dichos movimientos confluyeron para poner fin a la vieja concepción del mundo. Una vez rota la hegemonía cristiana brotaron una multitud de estados nacionales.

El Renacimiento: la nueva mentalidad se presentó por primera vez como un rechazo a la autoridad de la Iglesia a favor de una rehelenización. Este regreso a la autoridad helénica es un paso para la emancipación intelectual. El hombre ya no busca sus respuestas en Dios sino en el propio hombre. Constituye el paso de una visión teocéntrica a una antropocéntrica. Es importante notar que el Renacimiento no fue un movimiento masivo ni liberador de toda autoridad. El Renacimiento más bien produjo un cambio de autoridad: de la Iglesia a los clásicos. Esta posibilidad de elección tuvo dos efectos: primero, abrió paso para un humanismo secularizado y, segundo, abrió las puertas para los dos movimientos que siguieron: La Reforma y la Revolución Científica.

La Reforma: Fue una verdadera revolución intelectual y teológica en contra del imperio de la Iglesia Católica. Al disminuir la fuerza de los Papas incrementa la fuerza de los Monarcas, el poder se seculariza. La libertad de creencia es uno de los cimientos del liberalismo. El hombre empieza a pensar por sí mismo. Dada la diversidad de autoridades

⁸Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p.123.

religiosas en los distintos estados la persecución se volvía mas difícil. Así renace la independencia intelectual y espiritual en occidente.

La Revolución Científica: Con la ausencia de un poder homogéneo en occidente brinca al escenario la ciencia empírica, las verdades de esta nueva fe se podían comprobar. El hombre empieza a tener confianza en sí mismo y en sus conocimientos. Al alejarse de la "verdad" religiosa se vuelve la ciencia el único criterio de verdad. Sólo el mundo empírico como objeto del conocimiento científico es verdadero. Toda especulación metafísica es una alucinación del pasado infantil e ignorante. Se desacredita el viejo derecho natural cristiano y en su lugar surge un nuevo derecho natural basado en la razón. Todo esto trae como consecuencia el desarrollo de las investigaciones empíricas y seculares.

Es en Inglaterra donde tiene su arraigo el empirismo. El continente había caído en un racionalismo que para el siglo XVIII nada mas servía al *status quo*.

El tiro de gracia al sistema racionalista lo es dado por Hume (1711-1776). Lo expuesto en el Tratado de la naturaleza humana (1739) revoluciono todas las ciencias sociales. De ser aceptado la postura de Hume la validez científica de un Derecho Natural resulta imposible.

El Empirismo al aplicarse al derecho entra en conflicto con el derecho natural. Donde el derecho natural sostiene la existencia de un orden jurídico basado en un concepto metafísico de justicia por encima del orden jurídico positivo, el positivismo jurídico sólo tendrá como objeto el derecho positivo. El positivismo jurídico se limita a describir las relaciones funcionales entre las normas positivas. El derecho natural en cambio hace juicios de valor acerca de las normas positivas. Todo el derecho natural se basa en una idea metafísica de justicia mientras que el positivismo no va más allá que el dato empírico.

Con el nacimiento del positivismo se reduce el campo de la ciencia jurídica. Únicamente los datos empíricos, anteriormente relegados a un papel secundario, son de interés para la ciencia reformada. Ahora sólo el derecho eficaz que brota de fuentes formales constituye la materia de la ciencia jurídica.

En un sentido más general 'positivismo filosófico' es una denominación bastante vaga que se aplica a las teorías filosóficas empíricas que manifiestan adhesión hacia las especulaciones metafísicas. Esta es una característica de las teorías que excluyen la valoración del campo de la ciencia. En dos pasajes en danés, difundidos por Karl Olivercrona, Alf Ross explica que la expresión "*positivismo jurídico*" ha tenido un uso amplio e indiscriminado y se aplica a toda filosofía o teoría jurídicas basadas en principios epistemológicos empíricos y antimetafísicos.

En este orden de ideas resulta que 'derecho positivo' no indica sino una parte de la experiencia (empírica). En el otro pasaje Ross se refiere al positivismo jurídico en un sentido más propio de la tradición jurídica; explica que la expresión "*positivismo jurídico*" es usado para designar la idea de que el orden jurídico (i.e. el derecho positivo) es un "hecho empírico social".⁹

El criterio de existencia, para la ciencia del derecho, deviene en el poder referir una norma a una fuente formal. De esta manera pretenden

⁹*Ibid.*, p.132 (Las cursivas son mías).

sofocar las normas no puestas por actos humanos. Como es de esperarse la nueva ciencia jurídica o, mejor dicho, la ciencia jurídica reformada, toma distintos caminos en la multitud de autores que surgen. No es posible hablar de un positivismo jurídico. Por eso, creo importante, en lo que resta de este capítulo, ubicar de manera somera a los tres autores que pretendo analizar (Austin, Kelsen, Hart) dentro de la muy genérica corriente positivista. Adoptaré, en principio, la clasificación sobre positivismo jurídico de Norberto Bobbio.¹⁰

B.- Clasificación del positivismo jurídico hecha por Norberto Bobbio

Esta pugna centenaria entre el dualismo naturalista y el monismo positivista para Bobbio desemboca en tres distintos planos: 1) como modo de acercarse al derecho 2) como teoría del derecho y 3) como ideología del derecho. El propósito de esta división trifásica consiste en demostrar la diversidad de posturas y lo absurdo que resulta hablar de manera categórica al referirse a la postura positivista.

I.- El positivismo como modo de acercarse al derecho

El modo de acercarse al derecho consiste en la delimitación del objeto de estudio. Es decir, ¿se va incluir en el estudio de derecho el ideal o solamente el real?

Para el jurista positivista únicamente el real es materia de estudio. El científico del derecho debe mantener una actitud neutral frente a su objeto evitando cualquier clase de valoración ética. Su criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica se basa en hechos verificables. La tarea de estudiar el derecho existente le compete al jurista mientras que el estudio del contenido legislativo es problema de la política legislativa.

¹⁰Vid. Bobbio, Norberto, El Problema del Positivismo Jurídico, trad. por Ernesto Garzón Valdés, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

Según Bobbio el positivismo jurídico en este sentido se puede entender como:

El positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo.¹¹

Bobbio concluye que para un positivista el modo de acercarse al derecho parte del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser. Dicho *approach* esclarece el fin de la ciencia jurídica, la cual no consiste en justificar un orden sino en generar criterios de decisión a la jurisprudencia y construir un marco conceptual del derecho vigente.

El problema central del modo de acercamiento es llegar a un consenso acerca de punto de partida. Un jusnaturalista lo critica de insuficiente ya que no incluye los valores sobre los cuales se debe construir. Bobbio sabiamente concluye que esta seudoin suficiencia es premeditada ya que los que critican están confundiendo dos objetos: el derecho que es y el derecho que debe ser.

Lo importante, como demuestra Bobbio, es distinguir cuando el jurista crea derecho y cuando lo vuelve objeto de estudio científico.

II.- El positivismo como teoría del derecho

Bobbio nos define teoría como:

¹¹ *Ibid.*, p.41.

Un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad sino el modo de entenderla de dar una descripción y una explicación global de ella.¹²

El citado autor declara que el positivismo jurídico como teoría vincula el fenómeno jurídico a la formación del estado. Entendiendo a éste como un poder soberano capaz de ejercer la sanción. Esta vinculación resulta, de la realización por parte de los juristas, del absoluto control sobre la producción jurídica por parte del Leviatán.

Dicha perspectiva del fenómeno jurídico produce toda una avalancha de consecuencias como son:

- 1) La definición del derecho.- Un sistema coactivo de normas.
- 2) La teoría de la norma jurídica.- La norma equivale a un mandato.
- 3) La teoría de las fuentes de derecho.- La ley es la fuente suprema.
- 4) La teoría del ordenamiento jurídico.- La plenitud hermética y la falta de contradicciones.
- 5) La teoría de la interpretación y de la ciencia jurídica.- Actividad lógica por parte del juez.

Bobbio resalta el nexo histórico entre el *approach* y la teoría. Comenta que en el siglo XVIII comenzó la ruptura del derecho natural que dio lugar al nacimiento del positivismo, dicha ocurrencia, coincidió con el

¹²*Ibid.*, p.40.

poder estatal de las monarquías absolutas y así los dos tipos de positivismos (como *approach* y como teoría) surgen al mismo tiempo.

Esta sutil diferencia dentro del positivismo nos permite usar el término positivista como modo de acercamiento cuando hablamos de derecho internacional o derecho canónico sin tener que aceptar el positivismo como la teoría arriba descrita.

La otra virtud de la escisión se hace patente cuando consideramos que si declaramos como falsa la teoría no desvirtuamos el modo de acercamiento. Claro está, como bien lo declara Bobbio, el hecho de que el positivismo como teoría resulte falso no quiere esto decir que el intento mal logrado no fue positivista y, por lo tanto, seguimos ante una teoría, falsa por cierto, pero positivista de todas maneras.

Por más primitiva que nos parezca el positivismo como teoría, una cosa es innegable: el derecho vigente es inconcebible sin un estado que, como dice Bobbio, directa o indirectamente formule y aplique las normas.

III.- El positivismo como ideología del derecho.

El profesor de Turín concibe la ideología como:

Cierta toma de posición frente a una realidad dada; esta toma de posición está fundada sobre un sistema más o menos consciente de valores, se expresa en juicios de valor la realidad misma. Conservándola tal como es, si la valoración es positiva, modificándola, si la valoración es negativa.¹³

¹³*Ibidem.*

La toma de posición del positivismo jurídico como ideología consiste en dotar al derecho existente con un valor positivo. A esta postura se puede, según Bobbio, llegar de dos maneras. Ya sea uniendo el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes con el criterio para juzgar su validez o invalidez. O bien, atribuyéndole un valor teleológico como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. Ambas posturas conducen a concluir la necesidad de obedecer el derecho por sí mismo. Es una obligación moral la obediencia y por lo tanto se da por respeto en vez de por temor a la sanciones.

Una vez más el autor le atribuye el nexo de este tipo de positivismo con los otros dos a cuestiones históricas, en este caso a la exaltación del estado. La ideología del positivismo jurídico provoca una obediencia incondicional al estado, no por temor a él sino por obligación moral, independientemente del contenido de sus normas.

La crítica que se esgrima contra esta postura ideológica es la de provocar el totalitarismo. A esto, Bobbio responde, que fácilmente olvidamos la época en que se elabora la postura positivista (siglo XVIII). Dicha época, nos recalca el autor, vivía el auge del despotismo del príncipe basado en los valores absolutos del derecho natural.

IV.- Conclusión de Noberto Bobbio

Para concluir, el autor citado, sostiene que no es posible hablar de un positivismo opuesto al naturalismo. Debe considerarse cada uno de los aspectos del positivismo para clasificar a un autor determinado. Es decir, un jurista puede ser positivista en cuanto al método pero no en cuanto a la teoría o a la ideología.

El positivismo no está opuesto en todos los niveles al naturalismo. En cuanto al modo de acercarse puede existir una valoración de las normas al lado de un estudio científico del derecho. Tratándose del derecho como teoría no necesariamente se tiene que dar un orden naturalista por

encima del derecho positivo sino que al lado. Es en el campo de ideologías donde la verdadera oposición se da cuando se eleva uno de los dos al rango de valor absoluto.

C.- Crítica de Eduardo García Máynez a la clasificación de Norberto Bobbio

El Maestro Eduardo García Máynez en su libro: Positivismismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo,¹⁴ hace una crítica a la clasificación de Bobbio. A continuación analizaremos dicha crítica para concluir con un criterio modificado de la clasificación positivista.

I.- Crítica al método

Al referirse a la primera categoría dentro de la clasificación el maestro comenta:

Las fallas de esta caracterización consisten, según creemos, en lo siguiente: decir que el positivismo jurídico, como manera especial de abocarse al estudio del derecho presupone la separación de dos distintas especies de derecho, por un lado el "real" o "ideal", contradice lo que en nuestro sentir constituye la esencia de aquella postura, a saber, el monismo jurídico positivista, o afirmación de que no hay más derecho que el "positivo", entendido por tal el que el poder público, a través de sus órganos, crea, reconoce y aplica.¹⁵

¹⁴ Vld. García Máynez, Eduardo, Positivismismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, México, U.N.A.M., 1989.

¹⁵ *Ibid.*, p.22.

Siento que esta postura es demasiado estricta, puede existir un orden al lado pero no por encima del orden positivo. El propio García Máynez, al definir derecho natural en otra obra,¹⁶ lo define como existiendo al lado o por encima del positivo. Es únicamente cuando se coloca por encima del positivo que se da ese dualismo o teoría de los dos órdenes incompatible con una postura que sólo va a considerar como materia de estudio jurídico al derecho positivo. Un magnífico ejemplo de aceptar un orden ideal al lado pero no por encima del orden positivo lo tenemos, como veremos más adelante, en John Austin. Se puede aceptar un orden objetivamente válido al lado del derecho y reducir el estudio del derecho al derecho positivo.

II.- Crítica a la teoría

La crítica al positivismo como teoría del derecho la resume García Máynez de la siguiente manera:

La falla consiste en olvidar que el derecho no es, necesariamente, derecho del estado como ocurre, por ejemplo, en el caso del internacional, y en desconocer, por otra parte, que la coactividad no tiene el carácter de nota definitoria de los preceptos jurídicos.¹⁷

Esta crítica pierde por completo la intención de Bobbio. Bobbio, como claramente lo comenta, no intenta elaborar una tesis correcta del derecho objetivo:

¹⁶Vid. García Máynez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, op. cit., p.40.

¹⁷García Máynez, Eduardo, Positivismo jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, op.cit. p.23.

Hay que tener en cuenta que el no aceptar que la teoría estatal sea positivista en el primer sentido, en tanto teoría no fáctica, no conduce a tener que refutarla en nombre del positivismo en el segundo sentido; porque en este sentido aquella teoría se llama así, pura y simplemente por razones históricas, que siguen siéndolo aún si la teoría, después de un análisis ulterior, resulta ser falsa.¹⁸

Su intención es demostrar cómo con el surgimiento del estado nacieron tesis que vinculan al derecho con el estado. Estas tesis pueden estar equivocadas y por lo tanto se puede argumentar que como modo de acercamiento no son positivistas ya que no contemplan al derecho positivo pero de ninguna manera se les puede restar su carácter de positivas en cuanto teoría. Esta clasificación atiende más a cuestiones históricas que a veracidad científica- jurídica. De ser cierta la crítica de García Máynez únicamente una teoría científicamente perfecta puede ser considerada como positivista en el sentido de teoría. El mérito del positivismo como teoría siento que radica en buscar la unificación de los ordenes jurídicos su falla radica en creer hallar dicha unidad en una teoría imperativa del derecho vinculada al estado.

III.- Crítica a la ideología

García Máynez acierta con esta crítica. Bobbio no logra establecer un criterio muy sólido en cuanto al positivismo como ideología. Empieza por atribuirle características al positivismo como la aceptación de la obligación moral de obedecer las leyes positivas, para después declarar que en realidad no pertenece a ninguna de las dos ideologías:

¹⁸Bobbio, Noberto, *op. cit.*, p.46.

No es ni jusnaturalista ni positivista, porque deriva de la verificación, vieja como la filosofía del derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse confiando únicamente en una obediencia basada en el temor de la sanción.¹⁹

García Máynez atinadamente lo corrige estableciendo como criterio para una ideología positivista:

Lo que en nuestro sentir constituye el meollo de aquella actitud es la negación tajante de que la fuerza obligatoria de los preceptos legales o, en general, de los integrantes del orden jurídico estatal, esté condicionada por los juicios que, acerca de la justicia o injusticia de tales preceptos, emitan los destinatarios de estos últimos. Los encargados de legislar... no pueden admitir que su validez se haga depender de la opinión de los particulares sobre el contenido de las mismas.²⁰

IV.- Opinión personal

El rasgo característico de toda doctrina positivista es el monismo del orden jurídico. Este monismo se logra aceptando como único modo de acercamiento al estudio del derecho aquel que sólo tome como dato de investigación jurídica - científica al derecho positivo. En cuanto al positivismo como teoría y como ideología existen muchas discrepancias

¹⁹*Ibid.*, p.52.

²⁰García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, p.18.

entre los autores "positivistas". Estas características tienen origen histórico y como veremos en los capítulos que siguen, tienen mucho que ver con una concepción imperativa del orden jurídico.

El mérito de la teoría es su intento de unificar el objeto. El de la ideología consiste en restarle importancia a los juicios axiológicos de los destinatarios estableciendo como único criterio de validez el que una norma cumpla con ciertos requisitos extrínsecos. Para concluir con este capítulo pasemos a colocar a los tres autores que formaran el objeto de esta tesis dentro de la clasificación arriba estudiada.

D.- Austin, Kelsen, Hart.

I.- John Austin

Toda ciencia, según el positivismo, busca en primer termino determinar el objeto de estudio y después establecer la unidad del mismo.

En el campo del derecho uno de los primeros pasos en la unificación del derecho es dado por John Austin. Basándose en el concepto de positividad logra unificar, de manera burda pero exitosa, los distintos órdenes normativos.

El modo de acercarse al derecho es positivista:

La materia de la jurisprudencia es la ley positiva. Es la ley, estrictamente llamada o la ley establecida por aquellos que son políticamente superiores a los políticamente inferiores.²¹

²¹Austin, John, The Province of Jurisprudence Determined, U.S.A, Lenox Hill Pub & Dist. Co., 1970, p.1. (La traducción es mía).

Es importante notar como Austin, por un lado, cree en todo un orden moral puesto por Dios, revelado al hombre ya sea por mandato directo o a través del principio de utilidad. Sin embargo, no lo toma como objeto de estudio para la ciencia jurídica.

Casi por nota coincide con Bobbio en lo que constituye una teoría positivista. Define el derecho como un sistema de normas puestas por un superior político hacia un inferior con la amenaza de sufrir un daño si no se acata la orden. Toda norma es un mandato. La jurisdicción es de tipo retenida - delegada. Es decir, el que originalmente "dice el derecho" es el soberano quien puede delegarla. Así se logra la unidad del derecho refiriendo toda norma al soberano.

En cuanto a la ideología positivista Austin es muy claro en declarar que el estado es legalmente despótico. Puede ocurrir que el soberano tenga alguna limitación moral pero el criterio para la validez de una norma únicamente toma en cuenta si nació como mandato del soberano. El soberano al legislar puede acudir al principio de utilidad pero el hecho de hacerlo o no, no le quita el carácter jurídico a la norma y por lo tanto no le resta la obligación a los súbditos de obedecer.

II.- Hans Kelsen

Hans Kelsen al igual que John Austin se declara a favor del modo positivista para acercarse al derecho:

El objeto específico de la ciencia jurídica es el derecho real o positivo, en oposición a un derecho ideal, meta de la política.²²

Éticamente Kelsen es un relativista. Las opiniones morales son cuestiones subjetivas. Es importante resaltar que el relativismo de

²²Kelsen, Hans, *op. cit.*, p.VII.

Kelsen no excluye la posibilidad de juzgar el derecho de acuerdo a valores morales. Su relativismo implica que dichas evaluaciones sólo son válidas con referencia a la norma moral con la cual se compara y dicha norma moral de ninguna manera está dotada de un valor absoluto. En otras palabras toda valoración axiológica es subjetiva y por ende carece de un valor científico. Por lo tanto, cuestiones valorativas no son materia de la ciencia del derecho.

En cuanto teoría positivista con Hans Kelsen, la ciencia del derecho da un brinco definitivo hacia la unificación de los órdenes normativos. Kelsen logra unificar los tres órdenes del derecho: el derecho nacional, el Estado y el derecho internacional.

Según Kelsen no se puede concebir un orden normativo sin presuponer una norma fundamental. Cada ser humano partiendo de su norma fundamental construye el orden normativo que considera válido. Por ejemplo, un hombre religioso no encontrará su norma fundamental en los mandamientos de Dios, éstos son hechos y no un deber ser, su norma fundamental será "debo obedecer los mandatos de Dios". El problema de esta postura radica en generar una multitud de órdenes subjetivos. Kelsen, para salvar su teoría de esta aparente aporía, postula una concepción epistemológica de la ciencia jurídica que sólo aceptará como dato normativo válido el derecho positivo. Así tenemos, al orden normativo visto desde la óptica de la ciencia jurídica (o, como dice Joseph Raz, del punto de vista del hombre jurídico) donde los órdenes normativos: derecho natural, Estado y derecho internacional, forman un sólo orden normativo. Diferente del punto de vista particular en el cual toda norma que derive de la norma fundamental individual formará parte del único orden normativo personal ya sean normas morales, jurídicas o religiosas.

Esta concepción tan particular de ver la unidad del derecho produce una ideología del derecho no positivista sino mas común a la gente que

adopta un criterio naturalista. Joseph Raz²³ la denomina *justified normativity*. De acuerdo con esta postura los patrones de conducta son normas únicamente si están justificadas. Esta justificación puede provenir de la intuición, de valores absolutos o por una creencia personal. Para Kelsen, como mencionamos en el párrafo anterior, cada ser humano, partiendo de su norma fundamental, construye el orden normativo que considera válido. Personificando a la ciencia del derecho esta construirá su orden normativo desde la óptica del "hombre jurídico".

III.- H.L.A. Hart

Hart, siguiendo la ya larga tradición de la jurisprudencia analítica, es positivista en su modo de acercarse al derecho.

Si entendemos por rasgo característico de una teoría positivista la construcción de un sistema jurídico imperativo, entonces tendremos que excluir a Hart de esta corriente. Hart²⁴ critica la postura kelseniana de la norma fundamental como criterio de membresía a un orden normativo(en particular el orden normativo de el hombre jurídico). Postula como posible solución la noción de reconocimiento por los tribunales como criterio de membresía al orden jurídico.

Para Hart, el basar la unidad de un sistema sobre una norma que pretende darle validez a otra, lleva a la conclusión errónea de un sistema jurídico único que realmente no tiene sentido ni uso práctico. Por ejemplo, ¿Si Estados Unidos promulga una ley que declara válidas las leyes mexicanas tal ley tiene la misma pretensión de validez que la constitución mexicana? En otras palabras, las dos normas pretenden darle validez a las leyes mexicanas. Sin duda, el declarar que todas las

²³Vid. Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, p.134.

²⁴Vid. Hart, H.L.A. "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Núm.21, 1974, México.

normas derivan su validez de una norma fundamental y que por lo tanto forman un todo normativo si se puede postular, pero se está definiendo al sistema jurídico de una manera tan amplia que resulta irrelevante para la ciencia jurídica. Es imposible determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico específico con el puro criterio de pretensión de validez sin tener que redefinir el concepto de sistema jurídico al grado de rendirlo inútil.

Para determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico determinado se requiere tratar hechos que se refieren a la creación y al reconocimiento de las normas. La teoría pura, comenta Hart, es muy pura en este sentido, no considera el reconocimiento por los tribunales o los órganos que identifican el derecho en el territorio respectivo. Para declarar que una norma deriva su validez de otra presuponemos que pertenecen al mismo sistema. De otra manera, sólo podemos afirmar que una norma *pretende* darle validez a otra pero no que efectivamente lo haga.

La teoría de reconocimiento, sostenida por Hart, como él mismo admite no está exenta de problemas. ¿Qué constituye un reconocimiento suficiente? ¿Qué sucede con una norma promulgada debidamente pero no aplicada por los tribunales en litigios? ¿Las normas de un país son reconocidas por otros?

Ideológicamente Hart toma una postura típicamente positivista. Raz ²⁵ bautiza esta postura con el nombre de *social normativity*. Esta teoría sostiene que los patrones de conducta son normas independientemente de su valor axiológico.

Son normas sociales en tanto que están sostenidas socialmente como patrones, normas que atan ya que la sociedad

²⁵ Vid. Raz, Joseph, The Authority of Law. Essays on Law and Morality, op. cit. p.134.

involucrada ejerce presión sobre la gente a quien se le aplican las normas para conformarlos a ellas.²⁶

E.- Resumen

El termino "positivista" tiene varios significados y todo intento de clasificación resulta un tanto arbitrario. Para efectos de este trabajo adoptamos, con las ligeras modificaciones arriba mencionadas, la clasificación de Noberto Bobbio. Dicha clasificación divide al "positivismo" en un modo de acercamiento, una teoría del derecho y una ideología.

A Austin lo podemos catalogar como positivista en los tres sentidos. A Kelsen en el primer y segundo sentido pero no en el tercero. A Hart como positivista en el primero y tercer sentido pero no en el segundo.

El resultado de esta división nos dio como rasgo característico de toda doctrina positivista: el monismo del orden jurídico. El problema de orden jurídico constituye un problema del positivismo como teoría. Debemos distinguir, en un análisis del orden jurídico, los criterios de: existencia, identidad o membresía, estructura y contenido.

Entre los múltiples temas y conceptos que surgen al discutir el orden jurídico, existe uno en particular que requiere nuestra especial atención. La naturaleza de este problema- en efecto su existencia misma- ilumina la visión del orden jurídico, resaltando no sólo sus tensiones internas, sino sus relaciones con otros órdenes jurídicos, me refiero al derecho internacional.

En lo que resta de esta tesis pretendo analizar este orden jurídico monístico común a los tres autores. Para este examen pondré el acento

²⁶*Ibidem.* (La traducción es mía)

en el criterio de existencia y en el criterio de membresía usado por cada uno de los autores. Seguiré un criterio cronológico para dicho análisis, empezando por Austin después Kelsen y finalmente propondré un enfoque no imperativo basado principalmente en la obra de Hart. El penúltimo capítulo lo dedicaré al problema del orden jurídico internacional. Terminaré la tesis con las conclusiones.

II.
CAPITULO SEGUNDO
EL CONCEPTO DE SISTEMA JURIDICO EN LA
OBRA DE JOHN AUSTIN

II. CAPITULO SEGUNDO EL CONCEPTO DE SISTEMA JURIDICO EN LA OBRA DE JOHN AUSTIN

SUMARIO: A. Antecedentes Biográficos. B. John Austin y los Utilitaristas. I. Resumen de John Locke. II. La teoría de Jeremy Bentham. 1. Jeremy Bentham. I. Biografía. II. Placer y dolor. III. La influencia de los utilitaristas en John Austin. C. El Sistema Jurídico de John Austin. I. El objeto de la ciencia jurídica. II. Las normas jurídicas. III. El soberano. IV. El derecho internacional. V. Resumen del sistema jurídico de John Austin. D. La Crítica al Sistema Jurídico de John Austin. I. Crítica a la definición de norma. 1. Tipos de normas. II. Crítica a la concepción del soberano. 1. El criterio de membresía. 2. El criterio de existencia.

A.- Antecedentes biográficos²⁷

John Austin nació en 1790, se recibe en 1818 y ejerce la profesión de abogado por 7 años. En 1825 deja la abogacía para ocupar la cátedra de jurisprudencia en el University College of London. Con el propósito de prepararse para dicha cátedra viaja a Alemania donde permanece dos años. Aquí recibe una fuerte influencia del Pandektismo y de las recientemente descubiertas Institutas de Gayo.

Austin regresa a Inglaterra para iniciar sus lecciones en 1828. Durante esta época escribe su obra: The Province of Jurisprudence Determined. Como comúnmente sucede con las grandes obras y sus escritores; la obra tuvo una gran acogida pero Austin tuvo que renunciar a la cátedra por falta de fondos.

En 1834, después de un periodo como miembro de la Royal Commission on the Criminal Law and Procedure, donde escribe un proyecto de código penal, dicta una serie de conferencias en el Inner Temple sobre jurisprudencia. Se ve forzado a abandonar las lecciones por la misma

²⁷Los datos biográficos fueron principalmente tomados de: Austin, Sarah, "Preface", en The Province of Jurisprudence Determined, *op. cit.*, Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, *op. cit.*, cap. III y Morris, Clarence, The Great Legal Philosophers, selected readings in jurisprudence, novena edición, Philadelphia, Univ. of Pennsylvania, 1990, pp.335-363.

razón que lo había hecho abandonar su primera cátedra: falta de fondos e interés de los alumnos que buscaban una preparación más "práctica".

Al abandonar sus lecciones Austin abandona Inglaterra viajando primero a Bolonia y después a Malta. En 1838 regresa a Inglaterra sólo para salir en 1844 a París. Vuelve a Inglaterra en 1848 y muere en 1859.

B.- John Austin y los utilitaristas

La filosofía en Inglaterra durante esta época se ve poco influenciada por los filósofos Alemanes contemporáneos. Son más bien Hobbes, Locke, los empiristas, Hartly y Helvétius quienes preparan el camino para los utilitaristas dentro de los cuales se encuentra John Austin.

Los utilitaristas surgen en Inglaterra durante el siglo XIX. Su influencia es más política que filosófica. Esto se debe en gran medida, como comenta Bertrand Russell, en la diferencia de método entre los continentales y los ingleses.

La filosofía continental construye con deducciones basadas en principios lógicos. Esto va producir grandes sistemas filosóficos. Al contrario la filosofía inglesa deduce de datos empíricos y en vez de producir un sistema totalizador avanza por materias importándoles más la fidelidad a los datos empíricos que su consistencia lógica.

Locke es un perfecto ejemplo del método empírico. Como se adhiere fielmente a un método empírico, su sistema contiene contradicciones lógicas. Una de ellas, la contradicción entre su ética utilitarista y su aceptación de derechos naturales, es la que separa a éste de la escuela utilitarista que con Bentham acaba por desechar la noción de derechos naturales por encima del estado civil. A continuación haré una breve referencia a esta evolución para esclarecer el fundamento filosófico de Austin.

I.- Resumen de John Locke²⁸

Una de las características centrales de los empiristas es la falta de dogmatismo. De hecho, Locke, el padre del Empirismo, lo único que acepta como dogma es la existencia propia, la verdad de las matemáticas, y la existencia de Dios.²⁹ Es esta falta de dogma y el esfuerzo constante de someter todo a la razón que vuelve a Locke en el antecesor de Bentham y Austin. El común denominador entre Locke y los utilitaristas radica en la razón como fundamento de todo. Lo cual, trae como consecuencia, el rechazo de filosofías intuitivas.

Locke, sin embargo, no logra, dada su creencia en dios, un total abandono de las filosofías intuitivas. Esto produce una contradicción entre su ética que sí está basada en la razón y su filosofía del derecho que todavía es *ius naturalista*. Para lograr una concepción positivista del derecho se requiere que el último fundamento del orden jurídico recaiga sobre: 1) un hecho social (como lo hace Austin) o 2) una norma fundamental hipotética (como lo hace Kelsen). Locke todavía hace descansar la validez del orden en el derecho natural. Resulta interesante notar de estas tres posturas que el origen del derecho no es el derecho ni en el caso positivista.

En cuanto a su teoría ética Locke sostenía que las metas largas y particulares de la comunidad coincidían. Lo que el hombre necesita es prudencia para no dejarse llevar por las pasiones inmediatas. Si todo el mundo fuera prudente no habría necesidad de leyes positivas. El hombre sería guiado únicamente por la ley de Dios. Es un utilitarista,

²⁸ Escogo a Locke para esta exposición por representar el inicio del empirismo. Aún no se da el paso definitivo hacia el monismo. Hume es quien da el paso definitivo en esta dirección.

²⁹ Russell, Bertrand, A History of Western Philosophy, New York, Simon and Shuster, 1972, p.606.

sostiene que estas normas no se siguen por ser innatas sino más bien por que le convienen a los particulares a largo plazo.

La virtud es generalmente aprobada, no porque sea innata, sino por provechosa. De allí que fluye naturalmente la gran variedad de opiniones que conciernen las reglas morales halladas entre los hombres, según los diversos tipos de felicidad a los cuales aspiran o se proponen. Esto no podría ser si los principios prácticos fueran innatos, impresos en nosotros inmediatamente por la mano de Dios.³⁰

Otra característica de la ética Locke que va tener repercusiones tanto en Bentham como en Austin es su creencia en la verdad de las matemáticas y en la demostrabilidad de las normas morales.

Las reglas morales necesitan una prueba, ergo no son innatas. Otra razón que me suscita la duda sobre cualquier principio práctico es que no puede haber una regla moral propuesta sin que el hombre le exija una razón.³¹

Locke entra en contradicción con su ética utilitarista al aceptar un *ius naturalismo*. Locke se imagina un estado de naturaleza donde todo mundo es prudente y piadoso y se rige por la ley divina. Un orden basado en mandatos divinos, tomado de Santo Tomás de Aquino. Su

³⁰Locke, John, *An Essay concerning Human Understanding*, en *The Great Books of the Western World*, vol. 35, Chicago, Encyclopedia Britannica, 1952, p.105. (La traducción es mía).

³¹*Ibid.*, p.104. (La traducción es mía).

estado de naturaleza es un estado feliz, tiene una fundamentación teológica: la época de los patriarcas.

La razón principal para acabar el estado de naturaleza y formar un estado civil se debe a la preservación de la propiedad privada. En el estado de naturaleza todo hombre tiene el derecho de defender sus propios derechos siendo juez y parte. Son derechos innatos al hombre que al momento de formar el estado de derecho no desaparecen ya que estos derechos son anteriores al estado. El estado monopoliza la respuestas a las violaciones de estos derechos otorgados por Dios.

La teoría de Locke sobre los derechos humanos es incompatible con una ética utilitarista. Una teoría que acepte los derechos naturales aceptará primero a los derechos y luego al estado. Aquí los derechos son innatos al hombre mientras que en la ética de Lock se rechaza todo principio innato.

Bentham resuelve esta aporía negando los derechos innatos al hombre. De tal postura se desprende toda una gama de consecuencias, como son: cambiar al legislador divino por un legislador humano, ilimitado poder legal y una nueva concepción del soberano.

II.-La Teoría de Jeremy Bentham

Los utilitaristas, escuela a la que John Austin le debe su filosofía, surge en Inglaterra en el siglo XIX. El padre de la escuela es Jeremy Bentham.

1.- Jeremy Bentham³²

i.-Biografía

³²Los datos biográficos fueron tomados de: Morris, Clarence, *op cit.*, pp.261-262. Russell, Bertrand, *op. cit.*, pp.604-607 y Sabine, George, Historia de la teoría política, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1972, pp.492-495.

El padre de los utilitaristas, Jeremy Bentham, nace en 1748. A los cinco años ya escribía en latín y a los trece ingresa a Oxford graduándose a los quince. Estudia derecho en Lincoln's Inn y decide dedicarse al estudio de la jurisprudencia aspirando ser el "Newton de las ciencias sociales".

Bentham escribe mucho sin embargo lo que se llegó a publicar se debe más a sus amigos que a él mismo. Su primer libro Fragment of Government lo publica en 1776 consiste principalmente en una crítica a Blackstone y las doctrinas jurisprudenciales en boga. Su segundo libro An Introduction to Morals and legislation editado en 1789 ³³ forma la parte constructiva de la obra de Bentham

La influencia de Bentham en la legislación inglesa del siglo XIX es enorme. Hasta los 60 años de edad (1808) se interesa por la vida pública. Su evolución hacia los radicales filosóficos se debe en parte a su creencia en la equidad derivada del cálculo del dolor y del placer y el sometimiento de todo a la razón y por otra parte al hecho práctico de que era más factible que sus políticas legislativas sean adoptadas por los radicales que por los troyes. Al morir en 1832 Bentham, fiel a su filosofía, lega su cuerpo al University College para el estudio científico.

ii.- El placer y el dolor

Bentham funda su filosofía sobre el principio de la mayor felicidad. Con él define lo que es virtud; todo lo bueno es placer todo lo malo es dolor. Algo es bueno si da más placer que dolor. Esta teoría no es nueva ya la había propuesto John Locke:

Las cosas son buenas o malas sólo en
relación al placer o al dolor. Llamamos

³³La segunda parte de la obra se publica en 1945 bajo el título The Limits of Jurisprudence defined. Morris, Clarence, *op. cit.*, p.261.

"bueno" a aquello que es propenso a causarnos o a incrementarnos el placer o a disminuirnos el dolor.³⁴

El mérito de Bentham consiste primero en sustituir el legislador divino de Locke por el legislador humano y segundo en la divulgación y aplicación de sus teorías en la legislación positiva.

Este principio de dolor y placer permite a Bentham construir una jurisprudencia crítica y ahistórica. Partiendo de la base que todo hombre busca su propia felicidad, el legislador, cuya función es buscar el bienestar de la mayoría, puede modificar la conducta de los ciudadanos a través de castigos y placeres. Esta teoría tiene como consecuencia natural un desprecio total por las instituciones históricas ya que el legislador sólo debe buscar el bienestar general de la población y como el bienestar es algo medible no requiere de apreciaciones históricas. Esto lo logra midiendo el dolor y el placer de un acción y si el saldo final resulta favorable para el placer entonces debemos promover la actividad, si resulta adversa la debemos sancionar con un daño mayor al placer que pueda traer.

La naturaleza colocó al hombre bajo la tutela de dos señores soberanos, dolor y placer. Le corresponde a ellos solos señalar qué debemos hacer. Por una parte el patrón de bien o mal, así como la cadena de causas y efectos están atados a su trono. Nos gobiernan en todo lo que decimos, en todo lo que pensamos: cada esfuerzo que hagamos para quitarnos nuestra dependencia servirá para demostrarla y confirmarla. En palabras el hombre puede fingir retractarse de su imperio; pero en

³⁴Vid. Russell, Bertrand, *op cit.*, p.613. (La traducción es mía).

realidad permanecerá sujeto a él todo el tiempo. El principio de utilidad reconoce esta sujeción y lo asume para fundar ese tejido de felicidad por medio de las manos de la razón y de la ley. Los sistemas que intentan cuestionarlo negocian en sonidos en lugar de sentidos, en capricho en lugar de razón, en la oscuridad en lugar de la luz.³⁵

Bentham sustituye a Dios por el legislador humano pero persiste la creencia en la armonía entre los intereses particulares y de la comunidad mucho después de haber muerto la fundamentación teológica que tuvo Locke.

La doctrina de los derechos humanos es una doctrina revolucionaria³⁶ que no puede aceptar contrarios. Son derechos evidentes por sí mismos. Para un utilitarista no hay contrato social ni derechos humanos sólo la satisfacción de necesidades humanas. Se vuelve ahistórico.

III.- La influencia de los utilitaristas en John Austin

La deuda intelectual de Austin hacia Bentham es inmensurable. Todo el aparato filosófico que sustenta la teoría jurídica de Austin es el resultado natural de la filosofía utilitarista aplicada al derecho. En esencia Austin sistematiza y refina la teoría del derecho encontrada en la enorme obra de Bentham. Empezando por la teoría ética que sustenta toda la concepción filosófica encontramos una similitud impresionante entre los dos autores.

Bentham:

³⁵Morris, Clarence, *op cit.*, p.262. (La traducción es mía).

³⁶Sabine, George, *op cit.*, p.489.

Por utilidad queremos indicar aquella propiedad en cualquier objeto por el cual tiende a producir beneficio, ventaja, placer, el bien o felicidad (todo esto en el caso presente apunta a lo mismo), prevenir el acontecimiento de daños, dolor, mal o infelicidad al sujeto cuyo interés es considerado: si ese sujeto es la comunidad en general, luego entonces la felicidad de la comunidad; si es un particular, entonces la felicidad de ese individuo.³⁷

Austin:

Dios diseña la felicidad de todas sus criaturas conscientes. Algunas acciones humanas fomentan ese propósito, o sus tendencias son benéficas o útiles. Otras acciones humanas son adversas a tal propósito, o sus tendencias son dañinas o perniciosas. Dios ha prescrito las primeras porque promueven su propósito. Las segundas se oponen al propósito divino por el cual Dios las prohibió. El nos dio la facultad de observar, de recordar, de razonar, y al aplicar esas facultades debidamente podremos coleccionar las tendencias de nuestras acciones y conociendo su propósito benévolo, conocemos sus órdenes tácitas.³⁸

³⁷Morris, Clarence, *op cit.*, p.263. (La traducción es mía).

³⁸Austin, John, *op. cit.*, p.31. (La traducción es mía).

Esta similitud se debe, como mencionamos arriba, a la herencia de Locke, como consecuencia natural de esta postura esta la demostrabilidad de la moralidad.

Bentham:

...Suma los números que muestran los grados de buena tendencia que el acto tiene, con respecto a cada individuo, y en relación a tal acto la tendencia es buena de acuerdo al todo: haz esto una vez más con respecto a cada individuo, en relación al cual la tendencia es mala de acuerdo al todo. Toma la balanza, la cual, si está al lado del placer, dará la buena tendencia general del acto, con respecto al número total o comunidad de individuos interesados; si a lado del dolor, la tendencia mala en general, con respecto a la misma comunidad.³⁹

Austin:

El deseo, la esperanza, la predicción del Sr. Lock, serían, al tiempo, cumplidos: y la ética figuraría con las ciencias que son capaces de ser demostradas. Los adeptos en las ciencias éticas y matemáticas, concordarían en sus resultados.⁴⁰

³⁹Morris, Clarence, *op cit.*, p.266. (La traducción es mía).

⁴⁰Austin, John, *op cit.*, p.71. (La traducción es mía).

La soberanía ya no es derivada de la moralidad sino de el hecho social del hábito de obediencia. Bentham no desarrolla un concepto de sistema jurídico dado a la limitabilidad de su soberano.⁴¹ No es hasta Austin que vemos un soberano ilimitado y un concepto implícito de sistema jurídico.

C.- El sistema jurídico de John Austin

I.- El objeto jurídico de la ciencia jurídica

En su obra The Province Of Jurisprudence Determind Austin intenta diferenciar el derecho positivo tanto del derecho divino como de la moral positiva.

Comienza la obra con la declaración:

La materia de la jurisprudencia es la ley positiva. Es la ley, estrictamente llamada o la ley establecida por aquellos que son políticamente superiores a los políticamente inferiores.⁴²

Esta delimitación del objeto de la ciencia del derecho lleva toda la carga cultural del utilitarismo y del empirismo inglés. La ciencia del derecho sólo estudia el derecho positivo. Derecho que se compone de hechos empíricos. El objeto de la jurisprudencia es lo que es y no lo que debe ser.

En Austin la transformación del derecho natural al derecho positivo ya es completa. Dicho jurista no pretende fundar su definición de derecho

⁴¹Raz, Joseph, The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, *op. cit.*, pp.8-10.

⁴²Austin, John, *op. cit.*, p.1. (La traducción es mía).

en valores absolutos derivados de dios o de la naturaleza sino en consideraciones prácticas derivadas de hechos sociales.

Este arraigo en los hechos sociales permite formular una definición del derecho que, como veremos más adelante, lleva implícita toda una teoría del orden jurídico. El punto medular tanto de la definición del derecho como de la teoría del orden jurídico radica en la concepción novedosa del viejo término de soberano. Antes de entrar de lleno al concepto de soberanía y la concepción del orden jurídico que mora detrás de este concepto debemos esclarecer qué entiende Austin por norma.

II.- Las normas

Austin define el derecho positivo como mandato puesto por un superior político a un inferior político. Toda norma es un mandato. El derecho positivo configura un especie de mandato. El mandato consiste en un deseo de un ser racional dirigido a otro ser racional, expresado de manera explícita o tácita, y que amenaza con un mal en caso de ser desobedecido. La diferencia específica del derecho positivo radica en que la persona que emite ese deseo reviste el *status* de superior político. "Superioridad" significa: la posibilidad de afectar a otros con un mal. Superioridad se entiende como sinónimo de poder.

Una orden, luego entonces, es una significación de deseo. Pero una orden es distinguida de otras significaciones de deseo por esta particularidad: que la parte interesada a quien se le dirige es expuesto al mal por el otro, si no cumple con el deseo.⁴³

⁴³*Ibid.*, p.6. (La traducción es mía).

Así podemos tomar como los elementos de una norma: 1) deseo 2) dirigido a un ser racional 3) por un superior 4) expresado de manera explícita o tácita 5) amenaza con un mal en caso de ser desobedecido.

Las leyes de la naturaleza, por ejemplo, no son derecho positivo, porque no son actos de voluntad de un ser racional.

La moral se divide en dos especies, una formada por normas propiamente dichas, pero que no son dictados por un superior político a un inferior político y las que se asemejan a las normas por analogía.

Aquellas de la primera especie (normas propiamente dichas) ocurren en cualquier caso donde no exista un relación de superior - inferior ya sea entre soberanos, en un estado de naturaleza o simplemente entre personas que no tienen el carácter de autoridad. En ausencia de un superior político nos encontraremos con normas morales y no con derecho positivo.

La segunda especie de moral que, como dato distintivo, se asemejan a una norma por mera analogía. En realidad son meros sentimientos de un cuerpo político indeterminado. Aquí no sólo falta el elemento de superior sino se le agrega la ausencia de un mandato expreso por estar en presencia de un cuerpo indeterminado. Las reglas de la moda caben dentro de esta especie de moral. Este también es el caso del derecho internacional. El derecho internacional surge en una comunidad indeterminada de Estados. *Ergo*, Austin lo considera un especie de sentimiento mantenido por este grupo indeterminado.

El derecho internacional consistente meramente en un sentimiento entre un grupo de soberanos. Sólo se vuelve derecho positivo - propiamente dicho- cuando una sociedad políticamente independiente reconoce tal sentimiento y se lo impone a la masa de sociedad que está bajo el hábito de obediencia al soberano.

En todos estos casos el elemento que falta para volver la moral positiva en derecho positivo es el superior político ya sea porque quien expresa el mandato no es superior o por que no hay mandato de persona determinada sino un sentimiento vago. Una norma sólo es derecho positivo en el contexto de una sociedad política independiente; situación que no se puede dar sin su término correlativo de soberano. Ahí en una sociedad política independiente existe una persona o grupo determinado que manda, amenazando con un daño a quien no lo obedezca.

Así, descritas las normas jurídicas como mandatos del Soberano a sus súbditos y entendiendo por mandato el deseo expreso que amenaza con un daño. Austin coloca como única fuente de todo derecho en el soberano y así niega la necesidad de relaciones lógicas internas entre sus normas.

Un ejemplo de la fuente única en la teoría de Austin resalta el trato que le da al derecho consuetudinario. Para Austin el derecho consuetudinario se convierte en derecho positivo cuando es adoptado como tal por los tribunales y ejecutados por el poder del estado. Antes de esto constituye mera moral positiva. Otro ejemplo sobresale en la justificación del poder del juez como poder delegado por un mandato expreso o tácito.

Como vemos la única fuente de derecho emana del soberano y aunque no niega la posibilidad de normas punitivas ni de normas facultativas no las considera necesidades lógicas de un sistema jurídico. En efecto Austin concibe la posibilidad de un sistema jurídico donde el soberano no faculta a otras personas para legislar y todas las normas contienen sus sanciones en la misma expresión del mandato.

De lo anterior se puede apreciar la imposibilidad de definir y explicar el concepto de norma sin hacer uso de los términos soberano y su correlativo sociedad política independiente. Estos dos términos que a

continuación pretendo analizar constituyen el eje de toda la teoría del sistema jurídico en la obra de Austin.

III.- El soberano

Joseph Raz sostiene, en The Concept of a Legal System, como uno de los grandes méritos de Bentham⁴⁴ y Austin, el no derivar la soberanía de la moral y hacerla depender totalmente del hecho empírico de la obediencia. El mismo autor caracteriza al soberano de Austin en la siguiente manera:

1) no subordinada, esto es, (a) el poder soberano no puede ser conferido por una disposición jurídica y (b) este poder legislativo no puede ser revocado jurídicamente;

2) *Ilimitada*, esto es, (a) el poder legislativo soberano es jurídicamente ilimitado, es el poder para legislar cualquier disposición jurídica cualquiera que ésta sea y (b) el soberano no puede ser sometido a deberes jurídicos en el ejercicio de su poder legislativo;

3) *Única*: para todo sistema jurídico hay (a) uno y (b) sólo un poder legislativo no subordinado e ilimitado;

⁴⁴No trataré a Bentham por estar de acuerdo con Raz, en que Bentham dada su concepción de soberano (como no necesariamente ilimitado ni unido) no formula, ya sea explícitamente o implícitamente, en su obra una teoría sobre el sistema jurídico. Para una discusión mas profunda sobre el tema véase: Raz, Joseph, The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, *op. cit.*, pp.6 - 11.

4) *Unitaria*: ese poder legislativo se encuentra en las manos de una persona o de un cuerpo de personas.⁴⁵

Austin define al soberano como:

Si un determinado humano superior, que no está habituado a obedecer a un superior semejante, recibe una obediencia acostumbrada del grueso de una sociedad, aquel superior determinado es el soberano en aquella sociedad, y la sociedad (incluyendo al superior) es una sociedad política e independiente.⁴⁶

En efecto dicha definición no alude a la moral y pone como condición *sine qua non* el hecho de obediencia.

En la teoría austiniana el soberano resulta indispensable para cualquier explicación de derecho. Cada sistema jurídico tiene sólo un soberano. El soberano equivale a la única fuente del orden jurídico en una determinada comunidad política independiente. Un austiniano responderá a la pregunta: ¿A qué orden pertenece tal norma? Buscando al creador exclusivo del derecho de la comunidad, es decir, al soberano.

Pero cada norma positiva, o cada norma así llamada estrictamente, es una orden directa o indirecta de un monarca o número soberano a una persona o personas en un estado de

⁴⁵*Ibid.*, p.8. (La traducción es de la versión española: El concepto de sistema jurídico. Introducción a la teoría del sistema jurídico, Trad. por Tamayo y Salmorán, Rolando, México, U.N.A.M., Instituto de investigaciones jurídicas, 1986, p.26).

⁴⁶Austin, John, *op cit.*, p.170. (La traducción es mía).

sujeción a su autor. Y siendo una orden (y luego entonces emanando de una fuente dereminada), cada ley positiva es una ley propiamente llamada.⁴⁷

Son condiciones de la soberanía⁴⁸: 1) obediencia habitual de parte de la generalidad o del grueso de los miembros de la sociedad. 2) Tal obediencia debe ser prestada a una misma persona(o grupo de personas) 3) que el "superior común" no se encuentre en obediencia habitual a cierto superior común.

Este soberano secularizado se basa exclusivamente en el hecho social de obediencia. De aquí se apoyará Austin para construir su orden jurídico. Un orden existe cuando la fuente de sus normas es obedecida, en otras palabras el soberano. El soberano obtiene obediencia únicamente si sus normas son obedecidas. En resumen, el orden existe si es eficaz.

El soberano debe ser un individuo o cuerpo determinado. Necesita actuar de forma unitaria. Los mandatos impuestos por él son derecho positivo- propiamente dicho- para sus inferiores. Si se trata de un individuo sin el *status* de Soberano sus mandatos no pueden ser más que simple moral.

Sin embargo, si consiste en un grupo determinado, entonces, cuando un miembro de ese grupo actúe solo, esta sujeto a la soberanía del grupo y sujeto a las normas del derecho positivo- propiamente dicho. Sólo el grupo actuando de forma unitaria adquiere el *status* de soberano. Dicho individuo o grupo soberano requiere no tener un superior. Expresado de

⁴⁷ *Ibid.*, p.121. (La traducción es mía).

⁴⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op cit.*, p.43.

otra manera, no está habituado a la observancia o sumisión hacia un superior común determinado.

El concepto de soberano resulta vacío sin una comprensión cabal de la sociedad política independiente.

Quando decimos 'una sociedad política independiente' o 'una nación independiente y soberana', queremos dar a entender una sociedad política que consiste de un soberano y sus súbditos, a diferencia de una sociedad política meramente subordinada.⁴⁹

La sociedad política independiente está compuesta por:

1) La mayor parte de una sociedad está acostumbrada a la obediencia o sumisión a un superior determinado y común: podría ser una persona individual, o un cuerpo o unión de personas individuales. 2) Ese individuo o cuerpo de individuos no está acostumbrado a obedecer un determinado humano superior.⁵⁰

Independiente lo es, en realidad sólo el soberano. El que no obedece habitualmente a nadie. La parte no soberana no se puede considerar, en sentido escrito, independiente ya que está sujeta su obediencia al superior. Por el mismo hecho de que el soberano carece de superior no está sometido al derecho positivo. La moral internacional, la moral del grupo y la ley de Dios establecen las pautas de conducta del soberano.

⁴⁹Austin, John, *op cit.*, p.171. (La traducción es mía).

⁵⁰*Ibid.*, p.170. (La traducción es mía).

El atributo de político lo adquiere una sociedad política independiente por el número y la obediencia habitual prestada a un superior común. Si tomamos, por ejemplo, a una familia de esquimales en Alaska, no podemos revestir al padre del *status* de soberano y suponer la madre e hijos el grupo en hábito de obediencia. Tampoco se puede atribuir el carácter de sociedad política a un grupo que por lo regular está en un estado de naturaleza y sólo ocasionalmente, se agrupe para defenderse contra un enemigo común.

Los elementos de una sociedad política independiente son: 1) el grueso de la población que presta obediencia habitual a un superior común. Este grupo no puede ser muy reducido en número y la obediencia no debe ser meramente ocasional además 2) ese superior común requiere ser determinado y de ninguna manera estar en hábito de obediencia hacia otro superior.

Una manera de explicar lo tratado arriba se logra al ver cómo Austin analiza el derecho internacional y de qué manera lo relaciona con su concepción de un orden jurídico.

IV.- El derecho internacional

Austin sostiene que existen varios soberanos que se coordinan entre ellos para mantener una moral internacional. Su régimen jurídico estatal es total. Austin no acepta la posibilidad de un derecho internacional.

Consideradas en tanto comunidades enteras, y consideradas respecto unas a otras, las sociedades políticas e independientes viven, se dice comúnmente, en un estado de naturaleza. y consideradas como comunidades enteras, y conectadas por el intercambio mutuo, las sociedades políticas e independientes forman una sociedad natural...

Luego entonces sigue que la ley existente entre naciones no es una ley positiva: cada ley positiva se establece por un soberano y se dirige a una persona o personas en estado de sujeción al autor de la ley.⁵¹

Como hemos visto, para Austin, el derecho positivo equivale a un mandato expresado por un superior político y dirigido a un inferior político. Esto sólo ocurre en el ámbito de una comunidad políticamente independiente. Para que exista una comunidad política independiente se requiere de un individuo o grupo determinado que no esté en hábito de obediencia hacia un superior y un grupo de individuos en hábito de obediencia hacia un superior común.

Los requisitos para constituir un soberano son: 1) Ser determinados y 2) no obedecer habitualmente a un superior. Primer requisito que no reúne la comunidad internacional. De la ausencia de éste se sigue que no puede haber mandatos de un superior político a un político inferior y tampoco darse un derecho, propiamente hablando, por la misma indeterminación de la comunidad internacional. Lo único que se puede dar resulta un mero sentimiento. En otras palabras, normas morales por analogía. Ahora bien, una norma moral se vuelve derecho positivo únicamente si lo reconoce el soberano de una comunidad política independiente.

Existen casos en que las comunidades políticas independientes se unen para formar federaciones o confederaciones.

El derecho internacional no constituye más que un vago sistema de moral positiva. La comunidad internacional, como ya vimos, está compuesta por un número indeterminado de soberanos. Ahora bien, la confederación se forma cuando varios soberanos deciden unirse. Las

⁵¹ *Ibid.*, pp.176-177. (La traducción es mía).

normas expedidas por la confederación únicamente adquieren validez dentro de una comunidad políticamente independiente si el soberano así desea reconocerlo. El tratado que un soberano celebra con otros soberanos no tiene carácter de derecho positivo; su única fuerza radica en ser norma de moral positiva. En la medida en que el derecho positivo se traduce en un mandato de un superior político dirigido a un inferior político se concluye que los tratados internacionales sólo cobran fuerza de derecho positivo en el momento que un soberano adopta esa norma moral y se le impone a sus súbditos. John Austin concibe un estado jurídicamente despótico.

La federación es una comunidad política independiente, a diferencia de la confederación donde varios soberanos deciden de manera más o menos permanente, asociarse por tratados con validez moral. La federación por ser una comunidad política independiente tiene un sólo soberano. Las normas dictadas por dicho soberano tienen validez de derecho positivo. El soberano en una federación está compuesto por el cuerpo colegiado. Este a su vez, formado por los estados y la federación.

V.- Resumen

La teoría del sistema jurídico en Austin está implícita en su definición de norma. Esta definición se erige sobre el concepto de Soberano. Lo novedoso de éste concepto radica en su sustentación en el hecho empírico de la obediencia. Una norma pertenece a un orden determinado si tiene como fuente al soberano de dicho orden (criterio de membresía). Un orden existe cuando las normas expedidas por el soberano reciben obediencia habitual (criterio de existencia).

Las relaciones internas entre las normas (normas que facultan, normas punitivas) aunque pueden existir resultan innecesarias. Puede, según Austin, existir un orden jurídico donde un soberano expida todas las normas y que dichas normas contengan sus sanciones respectivas.

Así, tenemos que un sistema jurídico existe cuando: 1) existe un soberano 2) único que legisla directa o indirectamente 3) existe una comunidad política independiente.

SOBERANO

DERECHO INTERNACIONAL

DERECHO INTERNACIONAL

LEGISLA

SOCIEDAD POLITICA INDEPENDIENTE

Por soberano entendemos: 1) que es habitualmente obedecido 2) que no obedece a nadie.

Por legislar entendemos: 1) un deseo 2) la amenaza de un daño 3) la expresión de ese deseo.

Por comunidad política independiente entendemos: 1) el grueso de la población que presta obediencia habitual a un superior común. Este grupo no puede ser muy reducido en número y la obediencia no debe ser meramente ocasional además 2) ese superior común requiere ser determinado y de ninguna manera estar en hábito de obediencia hacia otro superior.

Por derecho internacional entendemos: un mero sentimiento. En otras palabras, normas morales por analogía.

D.- La crítica al sistema jurídico de John Austin⁵²

La teoría de Austin captura la imaginación por la belleza de su sencillez. Sin embargo este primer intento de un sistema imperativo no resiste una

⁵²Para una crítica más extensa confróntese: Hart, H.L.A., The Concept of Law, Oxford, Oxford University Press, 1990, cap., III y IV. También Raz, The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, *op. cit.*, cap., II.

crítica minuciosa de sus fundamentos. Más que un sistema perfeccionado sirve como punto de partida para un estudio analítico del sistema jurídico.

La rigurosa crítica que se le pueda hacer a esta teoría de ninguna manera debe descalificar al sistema imperativo como una explicación viable del fenómeno jurídico.

Hans Kelsen, quien también adopta esta postura, corrige muchos de los errores cometidos por Austin. En este tenor de ideas sólo criticaré al sistema imperativo austiniano en este capítulo. Dejo para después de Kelsen, su más acabado expositor, la crítica del sistema imperativo en sí.

Como se expuso arriba, la teoría del sistema jurídico en Austin está implícita en su definición de norma. Resulta central para esta definición el concepto de soberano que utiliza Austin. Para efectos de esta exposición dividí la crítica en dos partes: 1) crítica a la definición de norma y 2) crítica al concepto de soberano.

I.-Crítica a la definición de norma

Tomando literalmente a Austin cuando declara:

A menos que los términos de una teoría puedan resolverse en verdades particulares, la teoría es un mero balbuceo (una mera jerga): un enredo de aquellas abstracciones sin sentido que frecuentemente atrapan a los instruidos; y en donde se atrapa y se enreda el juicio de los ignorantes, cuando se salen del camino de la autoridad y se atreven a pensar por ellos mismos.

Aquellos que hablan de la teoría como antagónica de la práctica, o de una cosa que es verdadera en teoría mas no en práctica, significan (si es que tienen un significado) que la teoría en cuestion es falsa: las verdades particulares que le conciernen son tratadas imperfectamente o incorrectamente; y que si se aplicara en la práctica, podría engañarnos.⁵³

Debemos ver si su definición de norma pasa el frío examen de la praxis.

Austin define norma como:

Cada ley o regla es una orden... Una orden es la significación de un deseo. Pero una orden es distinguida de otras significaciones de deseo por esta particularidad: la persona a quien se le dirige es susceptible a caer en el mal del otro en caso de que no cumpla con el deseo.⁵⁴

A esta definición le debemos hacer la siguiente observación: ¿Toda norma encuadra en este tipo?

1.- Tipos de normas

¿Es posible, establecer un tipo y esperar que todas las normas de un sistema jurídico se encuadren en él? Tomemos algunos ejemplos:

⁵³Austin, *op. cit.*, p.43. (La traducción es mía).

⁵⁴*Ibid.*, pp.5-6. (La traducción es mía).

El delito de difamación se castigará con prisión hasta de dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

La difamación consiste: en comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral, en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien.⁵⁵

Aquí, en el ámbito penal es donde tal vez tenga más sentido la definición de Austin. Si manipulamos un poco la estructura de este delito podemos ver un encuadramiento con la definición de Austin. La orden consiste en no difamar. La orden entraña la amenaza en caso de difamar: prisión hasta de dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez.

Trasladándonos al campo civil también podemos encontrar normas que guardan cierta analogía con la definición de Austin:

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma que tienen los demás.

⁵⁵Código penal, art 350.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual ...⁵⁶

En esta norma tanto la orden como la amenaza se pueden encontrar con una leve modificación de la estructura gramatical: el precepto ordena que no causes un daño moral. Sufrir una afectación en el patrimonio, resulta la amenaza.

¿Acaso tuvo razón Austin y todas las normas son órdenes con la amenaza de provocar un daño en caso de ser desacatadas? Hasta aquí, con pequeñas modificaciones gramaticales las normas han encuadrado con la definición. Sin embargo, estas dos normas no dan una fiel representación de todas las normas pertenecientes a un orden jurídico. Existen normas que, en vez de mandar, facultan a personas para realizar actos jurídicamente trascendentales:

Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.⁵⁷

Por más que tergiversemos esta norma jamás encontraremos una orden con la amenaza de un daño en caso de no ser acatada. No existe

⁵⁶Código civil, art.1916.

⁵⁷*Ibid.*, art.1295.

una norma que nos force a elaborar un testamento. La norma sí creará la posibilidad de hacer un testamento amparado por la ley.

Emanuel Kant⁵⁸ (1724-1804) ya había establecido esta diferenciación. El divide todo imperativo en categóricos o hipotéticos y denomina imperativo categórico a las órdenes que mandan una acción por sí misma, como objetivamente necesaria. Los imperativos hipotéticos a su vez son los que prescriben una conducta como medio para el logro de determinado fin. Por ejemplo, no matarás o no difamarás son imperativos categóricos. También se pueden presentar como imperativos categóricos los mandatos como: paga impuestos. Estos imperativos categóricos constituyen todo lo que Austin requiere para explicar un orden jurídico, es decir, A debe ser o X no debe ser.⁵⁹

Austin no reconoce en su orden jurídico la existencia de imperativos hipotéticos. Dicha grave omisión se debe muy probablemente al hecho de simplemente remplazar a Dios por el legislador humano. Los imperativos que en un orden basado en Dios son mandatos divinos, con Austin, se convierten en mandatos del soberano. Así, como Dios tiene su decálogo con amenaza del infierno al pecador, Austin, pretende tipificar las normas del derecho en una especie de decálogo del soberano. No difames. No robes. Son los mandatos ya no de Dios eterno sino del soberano todopoderoso.

La norma que faculta la creación de un testamento ejemplifica un imperativo hipotético. Si deseas hacer un testamento (fin perseguido) debe ser hecho de manera personal por persona capaz (condición necesaria).

⁵⁸García Máñez, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, *op. cit.*, pp.9-10.

⁵⁹Es importante hacer notar que Kant considera, al contrario que Austin, las normas de derecho como imperativos hipotéticos. Kelsen también rechaza esta concepción "psicologizada" de mandato sostenida por Austin y como veremos en el capítulo siguiente usa el concepto de proposición prescriptiva. En vez de "A debe ser" sostienen "si es A debe ser B".

Otro tipo de normas que la definición de Austin no contempla son las normas que facultan a funcionarios para actuar con efectos jurídicos:

El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

- I. Al Presidente de la Nación
- II. A los diputados y senadores al Congreso de la Unión;
- y
- III. A las legislaturas de los estados...⁶⁰

Como expresa la máxima del derecho penal *nula poene sine lege*; sin la norma tipificadora el delito de difamación no existe. Lo mismo podemos afirmar de la norma que faculta la creación de un testamento; sin ella no puede haber tal. Sin embargo, hay una norma, la que faculta la iniciativa de leyes, sin la cual no puede crearse ninguna de las otras dos normas. No sólo existen las normas que facultan, sino que sin éstas no puede haber normas que mandan. Las normas que describe Austin tienen como presupuestos normas que facultan.

Austin intenta salvar su definición dándole mayor extensión al término de sanción. Dentro de las sanciones coloca la nulidad.⁶¹ Con esta modificación se establece la amenaza de sufrir un daño ausente en las normas facultativas. El no acatar lo establecido por la norma trae como consecuencia una sanción.

La asimilación de la nulidad con la sanción resulta incorrecta. Siguiendo a Hart, imaginemos a un menor de edad que firma un papel donde dona todas sus posesiones. La donación es nula por ser hecha por

⁶⁰Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., art.71.

⁶¹Hart, *op. cit.*, pp.33-35.

una persona incapaz. ¿Dónde se encuentra el mal amenazado en caso de incumplimiento con el mandato? El no seguir la receta para crear un acto jurídico no constituye una sanción. No provoca un mal, deviene, al contrario, una protección. Así, no estoy obligado a crear un testamento, ni el Senador una iniciativa de ley. Constituye una facultad de éste presentar una iniciativa de ley pero no está ordenado a hacerlo y en caso de presentar una iniciativa que no se convierta en ley, no se le está sancionando con un mal. El no adecuarnos a la condición necesaria para el logro de un fin es muy distinto al sufrir un mal por no cumplir una orden.

Aún aceptando esta asimilación, ¿Acaso estoy obligado por una orden del soberano a crear un testamento o casarme? ¿Será correcto decir que la norma al establecer la adopción me ordena a adoptar? Por supuesto debemos responder no, Austin sólo contempla la existencia del *ius exigendi* y del *ius omitendi* se le olvida el *ius optandi*.

El *ius optandi* lo define García Máynez como la libertad en sentido jurídico:

La libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio.⁶²

Usando los conceptos del propio García Máynez; Austin no contempla la facultad fundada que da derecho a optar entre el ejercicio o no ejercicio de la facultad fundante. La norma me faculta a testar, no me lo ordena. Tengo el derecho de libertad fundado en ese derecho de primer grado de testar.

⁶²García Máynez, Introducción al estudio del Derecho, op. cit., p.222.

La definición de Austin no agota la infinidad de funciones que realizan las normas en un sistema jurídico. El reducir todas las normas a órdenes que amenazan con un daño equivale a concebir todas las reglas del fútbol como órdenes y amenazas. La regla que faculta al portero a agarrar la pelota con las manos no lo obliga a hacerlo. Claro, muchas normas sí ordenan una conducta, pero resulta incorrecto ignorar las demás funciones que se cumplen dentro de un orden.

II.- Crítica a la concepción de soberano

La crítica hecha a la definición de norma intenta demostrar cómo Austin se equivocó al no considerar las normas facultativas como esenciales para todo sistema jurídico. Se mencionó cómo en gran parte esto se debió al sincretismo que resultó de sustituir a Dios por el soberano.

Aún nos falta analizar el concepto de soberano. Concepto que pretendió arraigar en el principio de obediencia habitual. El soberano cumple con dos funciones muy importantes en el sistema de Austin. En primer lugar, como única fuente del derecho. Respondiendo a la pregunta de membresía de las normas, una norma sólo pertenece a un sistema sí y sólo sí fue creada por el soberano. En segundo lugar como criterio de existencia de un orden. Un orden existe únicamente cuando existe un soberano habitualmente obedecido. Para concluir la exposición del sistema jurídico de Austin debemos analizar primero el criterio de membresía y después el criterio de existencia

1.- El criterio de membresía

El criterio de membresía en la obra de Austin se resume de la siguiente manera: una norma forma parte de un orden cuando tiene como fuente al soberano de ese orden. Pongamos un ejemplo. El código civil en su artículo 12 establece:

Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentran en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando estas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

¿Cómo sé cuando estoy ante derecho extranjero o una ley mexicana? ¿Qué criterio me proporciona esta distinción? Austin razonaría de la siguiente manera: toda norma instituye una orden. El creador de esa orden se llama soberano. Luego entonces la norma pertenece al orden jurídico del soberano que emitió esa orden.

¿Será cierto que la única fuente del derecho es el soberano? ¿Acaso únicamente los deseos expresados por él son derecho? ¿Qué papel juega la costumbre?

Austin sostiene que la metamorfosis de la costumbre a derecho ocurre cuando el soberano tácitamente lo acepta. Inadmisibile resulta imaginar una federación donde el soberano (los estados y la federación actuando como cuerpo colegiado) sea consciente de y tácitamente apruebe todas las costumbres. Supongamos que así sucede, ¿Quién fue el que ordenó la costumbre? Aún aceptando que el soberano tácitamente la reconoce, ¿Dónde está esa primera persona que expresó el deseo? Si bien el soberano resulta libre para tácitamente reconocer una costumbre como derecho positivo, este acto es de reconocimiento y no de creación.

Con la costumbre, la idea de orden se extiende a tal grado que pierde su significado original. Ya no crea sino reconoce. ¿Cómo sé si una costumbre constituye ley mexicana o extranjera? Austin responde: llámese ley nacional la costumbre que reconoce el soberano. De acuerdo,

pero ya no es su fuente, en vez de brotar del soberano únicamente deviene su reconocimiento de él. Por lo tanto, el sostener que una norma pertenece a un orden sí y sólo sí el soberano la ordenó, ya no funciona.

2.- El criterio de existencia

Como mencionamos al exponer el orden jurídico implícito en la obra de Austin, el gran logro de esta teoría consiste en ligar al soberano con el hecho empírico de la obediencia habitual. Para esta teoría estamos ante un orden jurídico únicamente cuando existe obediencia habitual hacia un soberano. Esta obediencia anudada a la no sumisión del soberano configura el criterio de existencia.

Este principio de obediencia en cierta manera representa un intento mal logrado de formular el principio de eficacia. El orden existe cuando son eficaces sus normas. Como el soberano es la única fuente del derecho, las normas son eficaces cuando se acata al soberano. Así, tenemos un orden basado en la sumisión personal que los gobernados le otorgan a su soberano.

¿Se puede, bajo este esquema, explicar el cambio de soberanos? ¿Acaso será correcto sostener que al morir un soberano caemos en un estado de naturaleza hasta ver surgir un nuevo soberano con la obediencia habitual del pueblo? ¿Cuánto tiempo debe pasar para considerar dicha sumisión lograda? ¿Cómo es posible que todavía sea ley el código de comercio elaborado en el siglo pasado?

El ligar la existencia de un orden jurídico a la obediencia habitual deforma la naturaleza de dicho orden. Un orden jurídico, según esta teoría, sólo dura mientras persiste la obediencia personal. Si muere el soberano deja de existir el orden jurídico y, por lo tanto, lo único que nos rige resulta moral positiva. Necesita llegar un nuevo soberano que logra la obediencia habitual para que volvamos a un estado de derecho. Las normas de este nuevo orden deben ser legisladas por el nuevo soberano.

Esta nueva legislación, si no es de manera expresa, se explica a través del mecanismo de reconocimiento tácito. Este reconocimiento está expuesto a las mismas críticas hechas a la costumbre.

El soberano tiene dos requisitos: primero, la obediencia habitual y segundo, el no prestarle obediencia habitual a nadie. Un orden deviene independiente y, por lo tanto, constituye un orden jurídico propiamente dicho, si el Soberano cumple con estos dos requisitos.

De poca dificultad resulta imaginarse un país que *de facto* obedezca a otro país de tradición imperialista. Tampoco provoca gran estreñimiento de la imaginación concebir un país económicamente fuerte imponiéndole órdenes *de facto* a un país endeudado. ¿Acaso estos países al acatar órdenes no son soberanos? Una aparente salida a esta aporía consiste en establecer una distinción entre mandatos *de iure* y mandatos *de facto*. Austin no lo hace, para hacer esta diferenciación se requiere de normas cuya esencia escriba en establecer reglas para mandar, en otras palabras normas facultativas. Con Austin el legislador ordena y se le obedece, no hay diferencia entre órdenes jurídicas y sus demás deseos.

El aparente triunfo de Austin; vincular al soberano con hechos empíricos falló. El mérito de Austin no radica en la perfección de su sistema sino en la dirección que marcó para posteriores indagaciones. Como veremos en el capítulo siguiente muchos de los defectos son corregibles con conceptos como: imputación, centralización, descentralización y norma fundamental.

III.
CAPITULO TERCERO
EL CONCEPTO DE SISTEMA JURIDICO EN LA
OBRA DE HANS KELSEN

III.
CAPITULO TERCERO
EL CONCEPTO DE SISTEMA JURIDICO EN LA OBRA DE HANS KELSEN

SUMARIO: A. Antecedentes biográficos. B. Meta de la teoría pura. I. Emanuel Kant y la teoría pura. 1. Hume y Kant. i. Lógica trascendental. ii. Yo pienso. II. La epistemología de la teoría pura. 1. Hecho natural y norma; ley natural y ley jurídica. 2. El principio de causalidad. 3. El principio de imputación. 4. Acto y Significado. C. El Orden Estatal. I. El sujeto de derecho. I. Historia del concepto de persona. 2. El concepto jurídico de persona. 3. El Estado como persona. i. Los elementos del Estado. D. El criterio de existencia. E. El criterio de identidad. I. La norma fundamental hipotética. 1. Las dos tareas de la norma fundamental. II. La cadena de validez. F. La estructura del orden jurídico. G. El Orden Internacional. I. La centralización y descentralización del orden jurídico. II. Naturaleza del derecho internacional. 1. Teoría dualista o pluralista. 2. Teoría monista de la supremacía del derecho nacional. 3. Teoría monista de la supremacía del derecho internacional. II. Resumen. I. Crítica. I. Crítica al criterio de existencia. II. Crítica al criterio de identidad. III. Crítica al criterio de estructura. J. Conclusiones

A.- Antecedentes biográficos⁶³

Hans Kelsen nace en Praga en 1881. En 1884 la familia Kelsen se muda a Viena, capital del entonces Imperio Austro-Húngaro, donde a los 25 años de edad Hans Kelsen obtiene su doctorado. Durante sus años en el liceo su interés se inclina por la literatura, pero la falta de recursos le imposibilita continuar sus estudios. En estos años empieza a leer a Kant.

Como estudiante, en la facultad de derecho de la universidad vienesa, Kelsen se caracteriza por un fuerte descontento con la gran confusión en la ciencia del derecho de la época. Dicho descontento en el método de enseñanza y en la ausencia de una división tajante entre la ciencia del derecho y las demás ciencias sociales y normativas impulsa a Kelsen a escribir su primera obra: Problemas capitales de la teoría del derecho estatal publicada en 1911. Esta obra fue escrita con un conocimiento

⁶³ Los datos biográficos fueron principalmente tomados de: Recasens Siches, Luis, Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX, México, Porrúa, 1963, p.140. También: Alarcón Olguín, Víctor, "Hans Kelsen: Bitácora de un itinerante" en Correa Oscar, El otro Kelsen, México, U.N.A.M., 1989, p.17 - 26.

indirecto de Kant, vía los positivistas lógicos, en boga dentro de la *inteligencia* vienesa de la época.

Bajo la dirección de George Jellinek, en 1908, Kelsen obtiene una beca de investigador en la Universidad de Heidelberg. Sin embargo, su situación económica lo obliga a regresar a Viena. Su carrera de catedrático comienza en 1911 como *privat dozent* en la Universidad de Viena. Durante la primera guerra mundial funge como asesor jurídico del ministro de Guerra. En 1918 regresa a la Universidad de Viena como profesor extraordinario. Durante esta época se vuelve profesor ordinario y para 1922 se convierte en decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Sus obras de este periodo son: Esencia y valor de la democracia (1920), Socialismo y Estado (1920) y Teoría general del Estado (1925).

En el año de 1930 se traslada a la Universidad de Colonia donde permanece hasta el triunfo de los nazis en 1933. Durante esta época profundiza en el derecho internacional y en 1932 es nombrado decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

Después de pasar un corto tiempo en Ginebra y Praga donde, en 1934 publica su obra, Teoría pura del derecho, emigra a los Estados Unidos en 1940. Kelsen logra ser nombrado profesor permanente de la Universidad de California en Berkeley en 1945 donde permanece hasta su jubilación a los 70 años de edad en 1952. Entre sus obras más importantes de la época podemos destacar Sociedad y naturaleza (1943), Teoría general del derecho y del Estado (1945), la segunda edición de Teoría pura (1960) y Teoría general de las normas (póstuma). Hans Kelsen muere a los 91 años de edad en abril de 1973.

B.- Meta de la teoría pura

La meta de la teoría pura consiste en realizar un "análisis estructural del derecho". Kelsen aplica un método lógico trascendental al campo del

derecho. Este método le permite: 1) utilizar un modo de acercamiento positivista 2) separar la ciencia del derecho de las demás ciencias como la antropología social y la sociología. 3) Formular conceptos universales y necesarios para todo sistema jurídico.

Como vimos en el primer capítulo el modo positivista de acercarse al derecho consiste en la delimitación del objeto de estudio. Se propone realizar una clara separación entre el derecho real y el ideal. Por lo que le asigna al científico del derecho la tarea de estudiar el derecho que es y no el que debe ser. Esta actitud produce un cambio en el fin de la ciencia jurídica: ya no justifica sino describe.

La teoría pura del derecho no considera su objeto como una copia más o menos imperfecta de una idea trascendente. No pretende concebir el derecho como creación de la justicia, o como criatura humana de un progenitor divino. La teoría pura del derecho insiste en una clara distinción entre derecho empírico y justicia trascendente.⁶⁴

Una vez centrada la ciencia jurídica sobre el derecho existente se requiere una clara delimitación con las demás ciencias. Donde las ciencias naturales basándose en el principio de causalidad estudian el comportamiento de los seres humanos, Kelsen sostiene que la ciencia del derecho se preocupa únicamente de normas positivas. La tarea del estudioso del derecho es el deber ser contenido en la norma y no la conducta real de la persona a quien se dirige la norma.

La realidad jurídica, la existencia específica del derecho, se manifiesta a sí misma en un

⁶⁴ Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, op. cit., p.VII.

fenómeno que suele designarse con el nombre de positividad del derecho.⁶⁵

Un ejemplo ayuda a entender esta diferenciación: si yo observo la explanada de la facultad de derecho a las diez de la mañana puedo observar muchos estudiantes platicando. Este hecho, puede ser explicado como una necesidad natural del hombre de ser gregario. Sin embargo, un jurista no se fija en qué hacen sino en qué deben hacer. ¿Cómo se estructura la norma que los obliga a ir a clase? ¿A qué orden jurídico pertenece? ¿Es una norma jurídica? etc...

Utilizando el modo de acercamiento positivista y separando la ciencia del derecho de las demás ciencias, logramos una circunscripción precisa del objeto de estudio. La próxima tarea consiste, según Kelsen, en extraer de ese objeto los conceptos generales y necesarios de todo ordenamiento jurídico positivo. O, para usar las palabras de Kant, buscar los *a priori*s del derecho.

Para entender los *a priori*s de la teoría pura siento necesario desviar el curso de este trabajo para comentar brevemente acerca de Kant y su influencia en la epistemología adoptada por Kelsen.

I.- Emanuel Kant y la teoría pura

Antes de entrar en el estudio de la epistemología Kantiana debo aclarar que la influencia de Kant es indirecta, deriva principalmente de la escuela neokantiana de Malburgo.

Adquirí el punto de vista epistemológico necesario, de donde, exclusivamente, fue posible construir los conceptos de estado y de derecho; a través de la interpretación de

⁶⁵ *Ibidem.*

Cohen sobre Kant, especialmente su Ética de la Voluntad pura.⁶⁶

También resulta importante subrayar que aunque Kelsen adopta la perspectiva epistemológica kantiana rechaza su postura ética.

El legado kantiano en Kelsen radica en que ambos sostienen la existencia de formas mentales anteriores a los contenidos naturales que interpretan.

En Kelsen al igual que en Kant, el conocimiento de posibilidades precede el conocimiento de la realidad. Por lo tanto, la teoría pura emplea una 'teoría crítica del conocimiento' a priori para explicar la estructura normativa que subyace bajo los sistemas legales verdaderos. Kelsen habla de esta explicación como un 'análisis estructural de la ley positiva'; la técnica analítica, dice él, es la clave para llegar a la pureza de la teoría pura de la ley.⁶⁷

Teniendo claro donde existen las similitudes entre Kant y Kelsen, pasaré a profundizar de manera brevísima estos aspectos de la filosofía kantiana para después exponer la epistemología de la teoría pura.

1.- Hume y Kant

Para entender a Kant debemos retroceder un poco en la historia de la filosofía a la época de David Hume. Hume lleva la filosofía a un aparente

⁶⁶Morris, Ronald, Legal Norms and Legal Science, U.S.A., The University Press of Hawaii, 1978, p.7. (La traducción es mía).

⁶⁷*Ibid.*, p.5. (La traducción es mía).

callejón sin salida. Este filósofo escocés, siguiendo un camino empírico, llega a ciertas conclusiones que imposibilitan posteriores avances sin recurrir a conceptos metafísicos.

Supongamos por un momento que la ciencia de la ingeniería genética avanza a tal grado que puede crear un cerebro humano en el laboratorio. ¿Tiene pensamientos? ¿Si los tiene de donde provienen? Hume declararía que únicamente a través de los sentidos podemos conocer. Llevando este argumento un paso más, Hume concluye que es imposible confirmar la substancia.

La más mínima filosofía, nos enseña, que nada se le puede presentar a la mente sino una imagen o percepción, y que los sentidos son únicamente entradas, a través de las cuales estas imágenes son transmitidas, sin poder producir ningún intercambio entre la mente y el objeto. La mesa que vemos, parece disminuir conforme nos alejamos de ella; pero, la mesa verdadera que existe independiente de nosotros, mientras nos movemos no sufre ninguna alteración: luego entonces sólo su imagen se le presenta a la mente. Estos son los dictámenes obvios de la razón; y ningún hombre que reflexione, jamás dudó, que las existencias consideradas cuando decimos, esta casa y este árbol, no son sino percepciones en la mente y copias fugaces de representaciones de otras existencias que permanecen uniformes e independientes.

...Es una cuestión de hecho si las percepciones de los sentidos son producidas por los objetos externos que se les asemejan.

¿Cómo será determinada esta cuestión? Seguramente por la experiencia como todas las cuestiones de tal naturaleza. Pero aquí la experiencia es, y debe ser enteramente silenciosa. La mente no tiene nada que se le presente sino percepciones, y no puede en absoluto lograr ninguna experiencia que confirme su conexión con los objetos. La suposición de tal conexión es, asimismo, sin ningún fundamento en el razonamiento.⁶⁸

El problema epistemológico planteado por Hume resulta tremendo: ¿Cómo comprobar la existencia de sustancia si lo único que tenemos son ideas producidas por los sentidos? Hume concluye que la sustancia está en nuestras mentes. Igualmente resulta imposible la causalidad entendida como una sucesión real. Únicamente existe la causalidad como sucesión de hechos mentales.

Kant no duda que todo nuestro conocimiento *empieza* con la experiencia sensible pero sí duda que toda *provenga* de ella. Es con esta idea en mente que escribe la Crítica a la razón pura (1781). Kant busca responder al interrogatorio: ¿Cómo conocemos?

i.- Lógica trascendental

Kant comienza su búsqueda analizando la intuición, presentación inmediata de una idea en nuestra conciencia. Establece dos, el tiempo y el espacio. Estos son *a priori*, no dependen de la naturaleza. Todo dato presentado por los sentidos necesariamente debe pasar por los "filtros" tiempo y espacio.

⁶⁸Hume, David, An Enquiry Concerning Human Understanding, vol. 35 de Great Books of the Western World, Encyclopedia Britannica, 1952, pp. 118-119. (La traducción es mía).

Imaginemos un hombre que sufre de miopía en un grado mayor. El mundo, para este sujeto, es una auténtica obra de Van Gogh. Al momento de ponerse unos lentes, nuestro pobre cieguito, logra distinguir claramente entre un objeto y otro, la contraposición de los opuestos le resaltan con intensa nitidez.

De manera análoga, Kant sostiene, funcionan las intuiciones *a priori* del tiempo y espacio. Ambos son universales y necesarios para toda conciencia y sin ellas el mundo presentado por nuestros sentidos nos resultaría incomprendible.

El objeto de una filosofía trascendental, es precisamente éste, buscar las condiciones de posibilidad de todo conocimiento. Así, descubriendo los principios *a priori*, necesarios y universales.

Como podemos ver de la postura kantiana, existen dos fuentes de nuestro conocimiento, por un lado las representaciones que recibimos de nuestros sentidos, por el otro, el poder ordenador de nuestra mente.

Las categorías del entendimiento, cumplen una función análoga a la de las intuiciones, "filtran" la información recibida por los sentidos para construir el conocimiento. La lógica trascendental, en la filosofía Kantiana, tiene el objeto de analizar dichos "filtros" divorciados de la otra fuente, la sensibilidad.

Al conocer formamos juicios *a priori* basándonos en categorías⁶⁹. Estas son, al igual que las intuiciones, *a prioris*. A diferencia de ellas, éstas no son *a prioris* de la sensibilidad sino de nuestro reflexionar. Por ejemplo: Si yo declaro "el pasar demasiado tiempo trabajando ante una computadora me produce fatiga de la vista", estoy basando la declaración en la categoría, *a priori*, de causa y efecto. Así como, no entiendo el

⁶⁹ Vid. Kant, Emanuel, Crítica de la razón pura.

mundo sin las intuiciones de tiempo y espacio, Kant sostiene, la imposibilidad de formular juicios hipotéticos sin la categoría de causa y efecto.

Imaginemos un cuarto absolutamente oscuro. Al momento de alumbrarlo, los objetos se develan. Esta es la epistemología kantiana, una fuente es oscura pero con contenido, la otra sin contenido pero alumbra. Al encontrarse las dos fuentes el que contiene ilumina el contenido.

ii.- Yo pienso

Nuestra realidad es la constante fusión de conceptos a priori y datos empíricos. Esta síntesis se da con el yo pienso, principio de unidad de toda conciencia. La tarea del yo pienso es ordenar y conjugar las representaciones y las categorías. Constituye el yo pienso un *a priori* supremo. Todo conocimiento, de manera universal y necesaria, conlleva el yo pienso.

Luis Recasens Siches declara la existencia de una analogía entre el yo pienso kantiano y la norma fundamental de Kelsen.

Ahora bien, no es difícil darse cuenta de que la norma fundamental de Kelsen significa para el derecho (y para la teoría jurídica), lo mismo que significa el yo trascendental kantiano para el conocimiento de la realidad, esto es, para la física. La norma fundamental es el principio ideal que reduce a unidad absoluta todos los elementos jurídicos y que, por tanto, crea, posibilita, condiciona, o

explica, el objeto de conocimiento, es decir, el Derecho.⁷⁰

Por mi parte no considero certera esta analogía: yo pienso - norma fundamental. Por ejemplo un anarquista, no aceptará una norma fundamental y, sin embargo, necesariamente deberá fundamentar su postura partiendo del yo pienso. El yo pienso es el *sine qua non* de cualquier pensamiento, inclusive del derecho.

La correcta analogía entre la epistemología kantiana y la teoría pura ocurre con la imputación considerada como análoga de la causalidad. Así como, para Kant es imposible hacer un juicio hipotético sin la categoría *a priori* de causalidad, para Kelsen, resulta imposible formular un juicio normativo sin la categoría *a priori* de imputación.

II.- La epistemología de la teoría pura

El primer paso para comprender la epistemología de la teoría pura consiste en tener una clara comprensión de la diferencia entre la función del conocimiento jurídico y la función de la autoridad jurídica.

La ciencia del derecho se compone de enunciados jurídicos descriptivos. Tales enunciados descriptivos poseen la forma de:

Proposiciones condicionales que expresan que conforme a un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo

⁷⁰Recasens Siches, Luis, Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX, México, Porrúa, 1963, p.176.

determinadas condiciones que el orden jurídico determina.⁷¹

Otra cosa totalmente distinta son las normas jurídicas, las cuales no son enunciados descriptivos, sino órdenes, permisiones y autorizaciones.

De esta distinción se desprende la diferencia entre la función del conocimiento jurídico y la función de la autoridad jurídica representada por órganos de la comunidad. La ciencia del derecho tiene por objeto describir lo que el derecho es, mientras que los órganos del derecho crean y aplican el derecho.

Así como el caos de las percepciones sensoriales sólo se convierte en un cosmos, es decir, en naturaleza como un sistema unitario, mediante el conocimiento ordenador de la ciencia, también la multiplicidad de normas jurídicas generales e individuales producidas por los órganos jurídicos, que constituye el material dado a la ciencia del derecho, sólo se convierte en un sistema unitario y consistente, en un orden jurídico, mediante el conocimiento de la ciencia jurídica. Pero esta 'producción' tiene un carácter puramente epistemológico. Es cosa enteramente distinta de la producción de objetos mediante el trabajo humano, o la producción de derecho por la autoridad jurídica.⁷²

⁷¹ Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, México, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p.84.

⁷² *Ibid.*, p.85.

Los enunciados jurídicos que describen el derecho pueden ser verdaderos o falsos; las normas creadas por la autoridad jurídica que obligan y facultan a los sujetos del derecho no son ni verdaderas ni falsas sólo pueden ser válidas o inválidas. La ciencia del derecho describe lo que el orden normativo prescribe.

Por ejemplo, en el derecho mexicano, quien prive de la vida a otro con premeditación, alevosía, traición y ventaja comete el delito de homicidio calificado y se le impondrá un delito de veinte a cincuenta años de prisión. Este es un enunciado jurídico descriptivo cuya veracidad depende de la existencia de una norma o normas que tipifique al homicidio calificado. En cambio los art. 302, 315, 315 bis, 316, 317, 318, 319 y 320 del código penal son validos si se cumplió con los requisitos para su creación.

1.- Hecho natural y norma; ley natural y enunciado jurídico

El derecho constituye para la ciencia del derecho lo que la naturaleza constituye para las ciencias naturales. Las ciencias naturales buscan conocer, por leyes causales, los hechos empíricos que componen la naturaleza. El sistema de la naturaleza está estructurado por el principio de causalidad. Las leyes de la naturaleza no son sino formulaciones de este principio.

Si existe ciencia distinta a la ciencia de la naturaleza, necesita describir su objeto según un principio distinto al de causalidad. Si se pretende que al lado del orden natural exista, por ejemplo un orden social debe pensarse en un principio autónomo. Sólo estableciendo otro principio ordenador se justifica el distinguir al orden social del natural.

Las leyes naturales y los enunciados jurídicos descriptivos cumplen funciones análogas dentro de sus respectivos sistemas: las dos formulaciones condicionales interpretan, según sus respectivos principios

ordenadores, el material dado. Describen una relación funcional sin hacer ninguna apreciación emotiva.

De lo anterior se sigue que existen al menos dos ciencias descriptivas distintas; la ciencia de la naturaleza que describe el mundo de conformidad con el principio de causalidad y la ciencia normativa que describe conforme otro principio ordenador: el principio de imputación.

2.- El principio de causalidad

La ciencia de la naturaleza forma una unidad; todos sus enunciados se encuentran relacionados y jerarquizados. Si tomamos cualquier enunciado de la ciencia natural este funciona de conformidad con su principio fundamental: la causalidad.

La naturaleza, objeto de la ciencia natural, es la creación de esta ciencia, entendiéndose por creación, el establecimiento epistemológico de la validez de los juicios naturales. La causalidad es el principio con arreglo al cual ordenamos los fenómenos. Todo hecho que sea causalmente interpretado es un fenómeno natural.⁷³

3.- El principio de imputación

El principio de imputación es el principio ordenador de un sistema normativo de la conducta humana. El principio de imputación funciona como análoga del principio de causalidad.

El principio de causalidad puede formularse así: 'si A entonces B' mientras que el principio de imputación se construye de la siguiente manera: si A, entonces debe ser B.

⁷³ Vid; Schmill Ordoñez, Ulises, *El problema de la soberanía*, Tesis profesional., México, D.F., U.N.A.M., 1959, p.26.

Esta distinción sólo es posible con una concepción del mundo científica, ya que una concepción del mundo religiosa metafísica atribuye el nexo causa efecto a un acto volitivo de un creador divino (o creadores divinos) y como consecuencia encuentra en la naturaleza un derecho natural.

La concepción tradicional de la imputación, el enlace de una conducta con el hombre que la lleva a cabo, no es correcta. La correcta concepción de imputación es el enlace de determinada conducta con su consecuencia punitiva; así la sanción como consecuencia, se imputa a su condición: el hecho ilícito. La sentencia no es el efecto del ilícito, ni ésta es la causa de la sanción.

4.- Acto y Significado

Un orden constituye un sistema de normas y una norma es la significación de un acto. La norma constituye un esquema de interpretación, todo acto que forme el contenido específico de ella puede ser juzgado de acuerdo con dicha norma.

Para que una conducta sea considerada jurídicamente trascendente debe existir una norma que tenga como contenido ese acto, ya sea como supuesto, ya sea como consecuencia. Un hombre priva de la vida a otro; este puede ser un homicidio, una legítima defensa, o una ejecución. Resulta la norma la que le va dar su significado y la que le imputa su consecuencia.

Vista la fundamentación epistemológica de la teoría pura, pasaremos a exponer la concepción kelseniana del orden jurídico. Para esto, pretendo: 1) analizar el orden jurídico estatal como persona jurídica. 2) Exponer los criterios de existencia, identidad y la estructura del orden jurídico. 3) Explicar, de manera somera, la teoría kelseniana del derecho internacional. El derecho internacional será abordado más a fondo en el último capítulo. 4) Finalmente hacer una comparación entre Kelsen y Austin y criticar la unidad en el sistema kelseniano.

C.- El Orden Estatal

El Estado tradicionalmente se define como: una corporación territorial dotada de un poder de mando originario. De aquí se desprenden los tres elementos característicos del estado: pueblo, territorio y poder.

Para la teoría pura, el Estado constituye una persona jurídica, no es una cosa sino una función unificadora de actos jurídicos. El Doctor Tamayo y Salmorán lo define como:

aquel sistema jurídico que unifica todos los sistemas jurídicos momentáneos de una misma comunidad nacional.⁷⁴

Los elementos del estado, para Kelsen, se reducen al problema de validez de los órdenes jurídicos: validez personal, espacial y objetiva.

En efecto, la doctrina tradicional consideraba al estado como una comunidad determinada de hombres y al derecho como un determinado orden normativo. Olvidan el hecho de que si los hombres pertenecen a una comunidad, esto implica que sus conductas son reguladas por un mismo orden. El estado, para la teoría pura, es un orden jurídico personificado y centralizado.

A continuación analizaremos, la concepción kelseniana, del estado como la personificación del orden jurídico.

I.- El sujeto de derecho

⁷⁴Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, México, Themis, 1992, p.108.

El derecho está en constante movimiento, cada acto celebrado, cada sentencia emitida, cada ley aprobada o modificada significa un cambio en el mundo jurídico. Resulta imposible considerar al derecho como algo acabado e inmóvil. El principio de imputación central⁷⁵ le da sentido a todos estos actos. La ordenación producida por la aplicación de éste principio se conoce como orden jurídico. Dicho orden se puede definir como:

El cuadro de variaciones jurídicas
unitariamente consideradas.⁷⁶

La descripción del derecho, dada su naturaleza de cambio constante, requiere de algo permanente: el sujeto. A través de la imputación central, referencia de un hecho a un sujeto, el derecho va creando ordenes jurídicos parciales, o más bien, cuadros de variaciones jurídicas unitariamente consideradas dentro de cuadros que unifican más variaciones jurídicas, hasta llegar al cuadro que unifica a todas las variaciones jurídicas: el derecho internacional.

Para poder realizar una descripción cabal de la naturaleza del orden jurídico resulta conveniente analizar los distintos cuadros de unificación, empezando por el que menos abarca: la persona física, seguido por la persona moral, después el Estado y finalmente el orden jurídico internacional.

1.- Historia del concepto de persona

⁷⁵Existen dos tipos de imputación: imputación periférica: "el enlace de dos hechos dentro de la norma jurídica" y la imputación central: "la referencia de un hecho a la unidad del orden jurídico como sistema de normas de derecho"(Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, trad. por Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1965, p.85).

⁷⁶Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, *op. cit*, p.101.

La palabra persona no es autóctona del derecho. Originalmente se usó como significado de máscara.⁷⁷ Es importante recalcar, cómo desde sus inicios persona fue una función, algo interpretativo más que un ser humano. Persona era la máscara que significaba algo dentro del contexto de la obra. Después pasó a significar no sólo la máscara sino el propio papel; al personaje. El actor al actuar personificaba al personaje descrito en el libreto. Posteriormente la palabra persona brincó al escenario de la vida real. La frase de Shakespeare "*All the world's a stage and all the men and woman mearly players*" describe muy bien la analogía que permitió el fácil traslado de este término. La persona ya se identifica con hombre pero con hombre en cuanto está actuando, realizando una función en la vida. Persona significa hombre en acción.

El concepto de persona sufrió modificaciones con la llegada del cristianismo. Adquirió una connotación de racionalidad mitad divina, mitad mortal. Esta concepción de persona se desbordó al derecho (como sucedió con muchos conceptos metafísico- cristianos en esa época).

Emanuel Kant fue otro quien dejó su marca en el concepto de persona. Kant asocia persona con las cualidades de racionalidad y autonomía libre. Así persona jurídica llegó a significar ente racional con voluntad libre. Detrás de todas estas modificaciones al concepto de persona está un común denominador: siempre significa status, cualidad, función.

2.- El concepto jurídico de persona

Desde sus inicios, persona para el derecho significó 'alguien capaz de actuar'. Persona aquí, es la posibilidad de realizar actos jurídicos. Más que significar - como vulgarmente significó - personaje, significa el

⁷⁷"La etimología de la palabra deriva de personare, resonar, reverberar.; (de 'per' : intensidad y 'sonare': hacer ruido', sonar."(Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, op. cit., 1992, p.84).

actor. Los juristas normalmente definen a la persona como ente capaz de ser titular de derechos y obligaciones.

El término jurídico de persona le debe su precisión y esclarecimiento a Hans Kelsen. Este lo define como un centro de imputación de derechos y obligaciones. Es decir, la ciencia jurídica sólo tiene como objeto de conocimiento a las normas del orden jurídico. Personificando:

Un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden.⁷⁸

Es importante trazar una clara distinción entre persona en el sentido jurídico y ser humano. El ser humano es un ente biológico mientras que la persona jurídica es una ficción creada para expresar el hecho de que ciertas cualidades (deberes y derechos) forman una unidad. Esto permite la correcta interpretación de actos que trascenden al campo del derecho. La persona jurídica no "tiene" derechos y obligaciones sino que es esos derechos y obligaciones. O como dice Radbruch:

Para el derecho, lo que queda de Goethe son sus actas de nacimiento, de matrimonio y de defunción, su diploma de abogado, la inscripción del catastro de compra de sus dos casas y sus contratos de edición.⁷⁹

Goethe existió como ser humano independiente de sus 'actas de nacimiento, de matrimonio y de defunción, su diploma de abogado, la inscripción del catastro de compra de sus dos casas y sus contratos de

⁷⁸Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, *op. cit.*, p.117.

⁷⁹Margadant, Guillermo, Derecho Romano, México, Esfinge, 1988, p.115.

edición'. Sin embargo, si le restamos a la persona jurídica sus derechos y obligaciones carecería de existencia.

La persona jurídica no es realmente una entidad separada de "sus" deberes y derechos, sino sólo su unidad personificada o - puesto que los derechos y deberes son normas jurídicas- la unidad personificada de un conjunto de tales normas.⁸⁰

Por esto, no se puede decir, que una persona tiene derechos o obligaciones; pues se comete una tautología. La persona se constituye por derechos y obligaciones. Persona es una construcción jurídica.

La distinción arriba hecha entre persona y ser humano permite no sólo precisar el término sino dejar las bases para una explicación kelseniana de las personas colectivas conocidas por el derecho mexicano como personas morales. La persona jurídica sea física o moral tiene un carácter normativo y se define como 'centro de imputación de derechos y obligaciones'.

Una primera aproximación a las personas colectivas revela a un grupo de individuos que el derecho considera como unidad. Esta observación nos permite expresar dos conclusiones: 1) persona jurídica no es ser humano y 2) la función de persona jurídica es unificar actos jurídicos.

Como se estableció arriba, para la teoría pura, el derecho se ordena creando, a través de la imputación central, sujetos de derecho que funcionan como cuadros de las variaciones jurídicas. La persona física y la persona moral son distintos tipos de sujetos del derecho.

⁸⁰Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, *op. cit.*, p.110.

Cuando todos los actos son referidos a un sólo individuo estamos en presencia de una persona física.⁸¹ En otras palabras la unidad sistemática conocida como persona jurídica se genera cuando varios actos humanos sean imputados a un solo individuo. Es importante no caer en la trampa de decir la persona "tiene" tales derechos y obligaciones. La persona jurídica es una función de relación, y por lo tanto, esos derechos y obligaciones.

La persona moral es, al igual que la física, una función de relación.⁸² La diferencia estriba en que donde la persona física es el conjunto de actos referidos a un solo individuo; la persona moral es el conjunto de actos referidos a varios individuos.

Habiendo eliminado todo elemento metajurídico del concepto jurídico de persona podemos concluir: 1) el sujeto de derecho sea esta persona física o moral no es más que una función de relación de actos jurídicos. 2) Los seres humanos y no las personas jurídicas son los que actúan. Si se dice que tal persona moral está obligada significa que cierto individuo quien el orden parcial (persona moral) va a determinar está obligado.

3.- El Estado como persona

De la misma manera como un conjunto de normas que regulan la conducta de un individuo son personificadas, también el conjunto de normas que regulan un territorio determinado y a una nación

⁸¹ $\Delta = \{\alpha : \alpha \text{ sea un acto jurídico que se impute a } A\}$
 Donde: '{y}' indican el conjunto, ' Δ ' la cuantificación universal con respecto de ' A ', la variable ' α ' indica cualquier acto jurídico y ' A ' señala a un mismo individuo" (Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, op. cit., p.103).

⁸² $\Sigma = \{\alpha : \alpha \text{ sea un acto que se impute a } \{A_1, A_2, A_n\}$
 Donde $A_i (1 \leq i \leq n)$ es un individuo" (*Ibid.*, p.104).

determinada o naciones determinadas son personificadas en Estado.⁸³ El Estado actúa a través de los individuos, así concebimos al Estado como persona actuante. Interpretamos actos del individuo, considerándolo órgano, como actos del Estado. Atribuyendo actos de individuos al Estado es la forma como lo personificamos. De lo anterior se desprende la siguiente pregunta: ¿Cuándo podemos atribuir un acto de un individuo al Estado? Del inmenso número de conductas humanas sólo se imputarán al Estado aquellas conductas que formen el contenido específico de normas referidas a él.

El Estado como persona, al igual que la persona jurídica, no es más que un concepto que da unidad a un conjunto de normas. Así como el concepto de persona no se puede separar de los derechos y deberes que lo constituyen, el Estado no se puede separar de las normas que personifica. No son "sus" normas, sino más bien es las normas.

i.- Los elementos del Estado

Los elementos tradicionales del Estado, bajo la óptica kelseniana, sufren un cambio. Los que anteriormente se llamaban pueblo, territorio y poder ahora son los ámbitos de validez espacial, territorial y objetiva.

El pueblo no se refiere a los seres humanos sino a las personas jurídicas, a la personificación de derechos y obligaciones. EL derecho no regula al hombre sino su conducta. Este constituye el ámbito de validez personal.

El segundo elemento del Estado se refiere al ámbito de validez espacial de las normas. Tanto el primer elemento, el pueblo, como el segundo, el territorio, son determinaciones normativas y no físicas.

⁸³"A = {α : α sea un acto jurídico que se impute a C} El Estado es el conjunto de todos los actos jurídicos que se refieren o se imputan al conjunto de todos los individuos que forman una comunidad" (*Ibid.*, p.106).

Al igual que los últimos dos elementos, el poder no puede ser visto desde otro ángulo que que no sea el normativo, es decir, desde un aspecto formal. Así, el poder tiene que ser visto como norma; obligatoriedad. El poder constituye la validez objetiva del sistema del derecho positivo.

La soberanía significa ámbito objetivo de validez suprema. Un ámbito de validez objetivo libre para establecer sus propios ámbitos de validez personal, espacial, temporal y material. El Estado Soberano es aquel sobre el cual no hay ningún otro orden. Esta concepción errónea, según Kelsen, del Estado, se debe a cuestiones políticas y aleja a la ciencia jurídica de una concepción precisa del orden jurídico total. Existe un orden internacional que coordina y limita los ámbitos de validez de los Estados.⁸⁴ En efecto, si concebimos a la manera de Kelsen, al Estado como persona, sujeto de derechos, tenemos que admitir que el orden Estatal es un sistema jurídico parcial dentro de un orden más amplio constituido por el orden internacional. Como veremos más adelante el Estado, para Kelsen, forma un grado de descentralización dentro del orden total.

Antes de entrar de lleno a la descripción del orden total internacional resulta conveniente asentar los criterios de existencia, identidad y estructura del orden jurídico que Kelsen utiliza. Utilizaremos como modelo para nuestro estudio el orden estatal.

D.- El criterio de existencia

Kelsen adopta como criterio de existencia la eficacia del orden jurídico. Aquí, la teoría pura parece cometer un abandono de su método. ¿Cómo es posible que una ciencia normativa que sólo estudia el "deber ser"

⁸⁴"Y = { α : α sea un acto que se impute a H} esto es como 'el conjunto de todos los actos jurídicos que son imputados o referidos al conjunto de todas las comunidades humanas'" (*Ibid.*, p.107).

contenido en la norma funde la existencia de su objeto de estudio sobre un hecho real como es la eficacia?

La solución de este problema radica en reconocer la diferencia entre derecho y poder:

El derecho, por cierto, no puede darse sin poder, pero, con todo, no es idéntico al poder. Es, en el sentido de la teoría aquí desarrollada, un determinado orden (u organización) del poder.⁸⁵

Así, un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida, perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con el alimentarse.⁸⁶

Kelsen responde a la pregunta sobre la existencia del orden jurídico diciendo que subsiste cuando es eficaz. Un orden resulta eficaz cuando sus normas son cumplidas en términos generales. ¿Cómo sabemos cuáles son sus normas? Lo sabemos, como veremos en seguida, por la norma fundamental.

E.- El criterio de identidad

Un orden, para la teoría pura, es un conjunto de normas que derivan su validez de una norma superior la cual no fue creada por otra superior, es

⁸⁵Hans, Kelsen, Teoría pura del Derecho, *op. cit.*, p.225.

⁸⁶*Ibid.*, p.223.

decir, la norma fundamental. Esta no es una norma positiva sino hipotética. Aquí vemos cómo dentro de todo orden existe una relación de subordinación y supraordenación. Por ejemplo: un juez dicta una sentencia (norma individual) que se fundamenta en una norma del código civil (norma general) que a su vez se fundamenta en una norma constitucional. Así, uno va escalando la pirámide de la jerarquía de normas hasta llegar a la norma fundamental hipotética.

Es esta norma fundamental junto con la cadena de validez que cumple la función de criterio de identidad. Una norma forma parte de un orden jurídico determinado si se puede referir, vía la cadena de validez, a la norma fundamental.

I.- La norma fundamental hipotética

Hans Kelsen explica la unidad, identidad y normatividad de cualquier sistema normativo (moral o jurídico) a través de la norma fundamental. Todo orden jurídico tiene una norma básica. Como veremos más adelante, tal norma constituye la pieza medular para sostener la unidad del orden jurídico universal tanto entre sistemas nacionales como entre los nacionales y el internacional.

La norma fundamental descansa sobre tres axiomas⁸⁷:

1) dos normas, una de las cuales autoriza la creación de la otra, pertenecen necesariamente al mismo sistema. Por ejemplo, el artículo 27 constitucional autoriza la creación de la ley agraria, luego se sigue que forman parte del mismo sistema.

2) Todas las normas de un sistema son autorizadas directa o indirectamente por una misma norma. El código civil y el código penal (aunque no autoriza uno la creación del otro) desprenden su validez de la

⁸⁷Raz, Joseph, The Authority of Law. Essays on Law and Morality, op. cit., p.123.

constitución. Estos dos axiomas permiten distinguir qué normas pertenecen a qué sistema.

La norma que autoriza la creación de otra norma no necesariamente resulta una norma escrita ya que se puede presentar como consuetudinaria. Lo que resulta inevitable es considerarla como una necesidad lógica. Esta necesidad se patentiza en el tercer axioma del sistema kelseniano.

3) La separación del ser y del deber ser. De que algo suceda no se puede concluir que algo deba suceder. En otras palabras la eficacia no confirma la validez. Tanto la tercera axioma como la necesidad lógica de una norma fundamental se hacen explícitas al analizar la cadena de validez o pirámide jurídica.

1.- Las dos tareas de la norma fundamental

Joseph Raz⁸⁸, sostiene que dentro del sistema jurídico la norma fundamental cumple dos funciones: 1) da la unidad necesaria para construir en un sistema a una multitud de normas y 2) proporciona el criterio para determinar cuando una norma pertenece a un sistema dado.

Los criterios de identidad y membresía están hechos para proporcionar un método por el cual sea posible determinar para cualquier norma dada si pertenece o no a un determinado sistema jurídico y esto puede ser usado para establecer la membresía total, i.e. la identidad del sistema. De acuerdo con Kelsen, la cuestión de si una cierta norma, N1, pertenece a un cierto sistema es resuelto al

⁸⁸ Vid. Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, op. cit., p.100.

encontrar si el sistema contiene una norma que autorice la creación de N1. Si el sistema la contiene - N1 pertenece a tal sistema -, si no - no.⁸⁹

II.- La cadena de validez

La pirámide jurídica o cadena de validez se construye de la siguiente manera: toda norma jurídica ha sido creada por un acto determinado fundado en una norma superior. Sin embargo, la norma jurídica positiva de grado más alto, la Constitución, fue creada por un acto no determinado por ninguna norma positiva. Para que ese acto tenga el carácter de acto jurídico creador de derecho, se necesita según Kelsen, suponer una norma que lo califique como acto orgánico. Esta norma, supuesta por la teoría, no ha sido creada por ningún acto, sino que es una norma inventada por la ciencia del derecho.

F.- La estructura del orden jurídico

La norma fundamental, para Kelsen, une al orden. La función creativa del orden jurídico tiene su punto de partida en la norma fundamental. Esta se formula de la siguiente manera: "Debes comportarte como la norma prescribe". El contenido de la norma fundamental puede variar de sistema a sistema pero la estructura es siempre la misma. La importancia de la norma fundamental se hace patente al momento de preguntar: ¿En qué condiciones es posible hacer juicios acerca de la validez del orden? La norma básica, a contrario de la positiva, no resulta válida por ser creada por un acto jurídico, es válida porque se supone válida. Esta constituye la hipótesis de donde deriva su autoridad el primer legislador. Resulta un error atribuir la validez de un orden jurídico a un hecho no normativo (revolución etc...). Aquello que crea un orden normativo constituye el presupuesto normativo de tener un deber

⁸⁹ *Ibid.*, p. 101. (El Concepto de sistema jurídico, *op. cit.*, p.130).

de comportarse como la norma prescribe. Este presupuesto permite interpretar como derecho positivo el material empírico dado. Posibilita leer un conjunto de hechos como datos jurídicos.

Hemos visto a la norma como esquema de interpretación pero esa interpretación del acto como normativo sólo es posible si se presupone la norma básica. La norma básica califica el esquema de interpretación como un esquema jurídico. El presuponer la norma fundamental "debes actuar como la constitución prescribe" le da validez objetiva al sistema jurídico. La norma fundamental permite decir "aquí hay un orden jurídico".

Según Kelsen no se puede concebir un orden normativo sin presuponer una norma fundamental. Cada ser humano partiendo de su norma fundamental construye el orden normativo que considera válido. Por ejemplo, un hombre religioso no encontrará su norma fundamental en los mandamientos de Dios; estos son hechos y no deber ser, su norma fundamental será "debo obedecer los mandatos de Dios". El problema de tal postura radica en generar una multitud de órdenes subjetivos. Kelsen, para salvar su teoría de esta aparente aporía, postula la concepción epistemológica de la ciencia jurídica que sólo acepta como dato normativo válido el derecho positivo.

Si se acepta la existencia del derecho nacional y del derecho internacional epistemológicamente, desde la perspectiva de la teoría pura, sólo se pueden comprender como parte de un sistema normativo. La ciencia del derecho construye su "punto de vista" bajo el presupuesto de una norma fundamental que sólo acepta como norma válida: el derecho positivo, excluyendo toda norma moral. La norma fundamental de la ciencia jurídica se formula: "los Estados deben comportarse como consuetudinariamente se comportan".

La pseudo separación derecho-Estado ha fomentado el problema de la "existencia" de un derecho internacional. Esta falsa concepción del Estado y, por contraposición, del orden internacional se comete, según Kelsen, por sólo considerar el grado de centralización de las funciones jurídicas en un Estado, olvidando su carácter de sujeto de derecho.

En efecto, si concebimos a la manera de Kelsen, al Estado como persona, sujeto de derechos, tenemos que admitir que el orden estatal constituye un orden jurídico parcial dentro de un sistema más amplio constituido por el orden internacional. Como veremos más adelante el Estado, para Kelsen, forma un grado de descentralización dentro del orden total.

El abordar el problema de la existencia del derecho internacional nos obliga a preguntar: ¿Es el orden jurídico nacional el último punto de imputación al cual han de referirse todos aquellos actos y normas para trascender al campo del derecho? ¿Es el Estado soberano? ¿Si reconocemos al estado soberano qué hacer con los demás Estados?

Para comprender la respuesta, de la teoría pura, a estos interrogatorios debemos precisar los conceptos de centralización y descentralización manejados por Kelsen y la naturaleza del derecho internacional según la teoría pura.

I.- La centralización y descentralización del orden jurídico

La teoría pura concibe la centralización y descentralización como maneras de organización del Estado (orden jurídico personificado) desde la perspectiva de su esfera de validez espacial. Como consecuencia de ésto, el problema de centralización y descentralización puede ser visto desde el punto de vista estático- como problema de validez de las normas- o desde el punto de vista dinámico- como problema de creación de normas.

Primeramente se requiere la introducción de conceptos adecuados de centralización y descentralización desde la perspectiva estática (como problema de validez de las normas). Dijimos anteriormente que el problema de la centralización y de la descentralización es un problema del ámbito espacial de validez de las normas de un orden jurídico nacional. Así, visto desde el ángulo de la validez de las normas, un orden jurídico centralizado es aquel en el cual sus normas son válidas en todo el territorio (ej. El estado de Morelos).

A la inversa, un orden descentralizado es aquel en el cual existen diferentes esferas espaciales de validez. Este orden especializado se encuentra formado por distintos órdenes parciales subordinados al orden total. Aquí, a diferencia del centralizado, las normas son válidas sólo en determinados lugares dentro del territorio total (ej. Estados Unidos Mexicanos).

Veamos ahora el problema de centralización y descentralización desde su aspecto dinámico (creación de las normas). La descentralización dinámica se da cuando existen varios órganos generadores de normas (ej. Poder legislativo municipal, estatal, federal).

Existe centralización dinámica cuando sólo existe un órgano creador (ej. únicamente el poder legislativo federal puede legislar en materia de comercio). Generalmente se identifica la centralización dinámica con la centralización estática y la descentralización dinámica con la descentralización estática. Aunque se pueden dar otras dos combinaciones: centralización dinámica con descentralización estática y descentralización dinámica con centralización estática.

Hablar de centralización absoluta o descentralización absoluta es puramente teórico. En el derecho positivo sólo se puede hablar de distintos grados de descentralización. Siempre existirá un grado mínimo de centralización, ya que toda norma, para formar parte del orden jurídico total (Estado), debe poder referirse a la norma fundamental.

Aplicando lo visto al estado federal, podemos ver cómo se constituye un grado de descentralización y por ende no hay posibilidad de hablar de soberanía entre sus estados miembros, únicamente se puede afirmar que existe un grado de autonomía dentro del orden jurídico total previsto por la constitución.

Hasta aquí hemos considerado, para efectos prácticos, al Estado como orden jurídico total o en otras palabras al Estado como soberano. Debemos ahora ampliar un poco el horizonte y considerar al derecho internacional en tanto parte del orden jurídico total. Si existe el derecho internacional, el Estado deja de ser el protagonista. Se vuelve sujeto de derecho. El orden estatal forma un orden parcial dentro del orden total descentralizado que constituye el derecho internacional. Bajo esta óptica, ¿Será posible hablar de soberanía? O, se hablará simplemente, como las entidades que componen un Estado Federal, de un grado de autonomía.

II.- Naturaleza del derecho internacional

El derecho internacional, para la teoría pura es derecho, ya que constituye un conjunto de normas que regulan el comportamiento de los Estados. Es un orden coactivo que interpreta actos de seres humanos imputándolos al Estado y atribuyéndole actos coercitivos como sanciones. Si un ser humano realiza actos antijurídicos como órgano del Estado, el derecho internacional otorga al Estado ofendido la facultad de aplicar una represalia contra el primero. Al contrario del derecho nacional centralizado tanto estáticamente como dinámicamente; el derecho internacional es descentralizado en ambos sentidos. El derecho internacional establece obligaciones a los Estados, pero delega a éstos mismos el señalamiento de los individuos que lo deben cumplir.

Admitiendo la existencia del derecho internacional, como lo hace Kelsen, surge un nuevo problema: ¿Cómo se relaciona con el derecho

nacional? Es decir, ¿Cómo están ligados los órdenes jurídicos estatales con el orden jurídico internacional?

Ante esta problemática, Kelsen analiza tres posibles soluciones: 1) teoría dualista o pluralista, 2) teoría monista de la supremacía del derecho nacional y 3) teoría monista de la supremacía del derecho Internacional.

1.- Teoría dualista o pluralista

Esta postura, considerada como la postura tradicional, sostiene que existen diferentes órdenes independientes uno del otro. Cada Estado es soberano. Ignora por completo al derecho internacional. Así se dice: "este derecho vale aquí, ese derecho vale allá". El error, según Kelsen, radica en el momento de declarar que; un derecho vale aquí y el otro allá, tácitamente están reconociendo que existe un orden que los coordina mandando un derecho aquí y otro allá. Dicho en otras palabras, hay una norma que delimita los distintos órdenes de validez.

2.- Teoría monista de la supremacía del derecho nacional

Esta teoría sostiene que el derecho nacional y el internacional forman una unidad. En esta unidad el derecho nacional es superior al internacional. En efecto, el derecho nacional deriva su validez del nacional. El derecho internacional es "reconocido" por el orden nacional. Esta postura es comúnmente establecida en las constituciones modernas. Por ejemplo, la mexicana que en su artículo 133 declara:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la

Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De esta manera la "ciencia jurídica" puede admitir la existencia de un derecho internacional sin tener que ceder su soberanía a un orden supranacional, ya que es el orden nacional soberano que reconoce y, por lo mismo, incorpora a su orden el derecho internacional. Gracias a ese reconocimiento el derecho internacional es válido.

3.- Teoría monista de la supremacía del derecho internacional

Esta teoría fundamenta la validez del orden nacional en el orden internacional. Aquí el derecho internacional establece el ámbito de validez del orden nacional. A la inversa de la otra teoría monista el derecho nacional se descentraliza del derecho internacional. El criterio que usa el derecho internacional para reconocer un derecho nacional reside en el principio de efectividad: si un gobierno, en un territorio determinado, ejerce control efectivo sobre sus miembros es un Estado, conforma un orden jurídico nacional según el derecho internacional. El derecho internacional "legitima" al orden jurídico del Estado. El orden jurídico internacional forma un orden total, mientras que los órdenes nacionales son parciales.

La norma fundamental ya no la encontramos en el vértice de la pirámide de un orden nacional, sino que nos vemos obligados a extender la pirámide al derecho internacional. Una resolución de un tribunal internacional descansa en un tratado. Este tratado, descansa en la norma consuetudinaria del derecho internacional: *Pacta sunt servanda*. La norma fundamental que mora detrás de este principio se va tener que formular de la siguiente manera: "los Estados deben comportarse como consuetudinariamente se comportan".

Debo aclarar que el tratamiento escueto del derecho internacional realizado aquí se debe al hecho de dedicarle el último capítulo a su análisis para ejemplificar las conclusiones del próximo capítulo, parte propositiva de mi tesis.

H. Resumen

Kelsen aparenta lograr la unificación del derecho. La unidad del derecho constituye un postulado epistemológico. El principio ordenador de la ciencia del derecho es el principio de imputación. Con la norma fundamental como el criterio de identidad toda norma se puede referir a ella y así formar parte del orden jurídico total.

Este impresionante logro de la teoría pura me recuerda a la anécdota del rencuentro entre Hegel y Holderlin. Hegel, al ver a su viejo amigo, le pregunta si ha seguido su filosofía. Holderlin, le contesta que sí, pero que le parece muy alejado de la realidad. Al oír esto, Hegel, le contesta: "tanto peor para la realidad".

La teoría pura, dada su lógica intrínseca, casi se escribe sola. Kelsen deduce de su premisas con gran exactitud. El problema radica en el valor práctico de esta obra monumental. Debemos preguntar: ¿Realmente cumple su función la norma fundamental de informarnos a qué orden pertenece una norma? ¿De algo sirve la unificación epistemológica del derecho creando un sistema jurídico único?

I. Crítica

I. Crítica al criterio de existencia

Austin y Kelsen coinciden en los principios sobre los que basan sus criterios de existencia, identidad y la estructura del sistema jurídico.⁹⁰

En cuanto el problema de existencia tanto Austin y Kelsen se basan en el principio de eficacia. Para Austin un orden existe cuando las normas expedidas por el soberano reciben obediencia habitual. Esta solución al problema de existencia traía consigo el dilema de la sucesión del Soberano. Si recordamos que, al analizar la teoría de Austin, vimos como su teoría no podía explicar, dado la particularidad de una obediencia habitual, la permanencia de un sistema jurídico más allá de la vida de un soberano.

Kelsen modifica esta postura sustituyendo por el soberano la obediencia a la ley. De esta manera Kelsen evita el grave problema de la sucesión de un sistema por la muerte de un soberano que la postura de Austin no pudo resolver.

II. Crítica al criterio de identidad⁹¹

A través del concepto de imputación Kelsen logra dar una descripción unitaria de todo el derecho. Comienza sujetando el derecho, siempre cambiante, al sujeto. Vía la imputación central, referencia de un hecho a un sujeto, el derecho crea órdenes jurídicos parciales o mas bien marcos de variaciones jurídicas unitariamente consideradas dentro de cuadros que unifican más variaciones jurídicas hasta llegar al marco que unifica a todas las variaciones jurídicas: el derecho internacional.

Visto el derecho con esta perspectiva se nos presenta como un todo unitario. En efecto, si concebimos a la manera de Kelsen, al Estado como persona, sujeto de derechos, tenemos que admitir que el orden Estatal es

⁹⁰*Ibid.*, p. 93.

⁹¹*Vid.* Hart, H.L.A., "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", *op. cit.*

un orden jurídico parcial dentro de un orden más amplio constituido por el orden internacional.

Esta unidad del derecho se puede lograr de dos maneras la primacía del derecho internacional o la primacía del nacional. Independientemente de la opción que se elija, la cual siempre será por cuestiones ideológicas y no jurídicas, el resultado es el mismo; la unidad del derecho y el contenido de las normas no varía de una postura epistemológica a la otra.

En la cima de todo escalonamiento jurídico está la norma fundamental. Una norma pertenece al sistema si se puede referir a dicha norma. La respuesta a la pregunta de la membresía de una norma la encontramos, según Kelsen, refiriéndola a la norma fundamental. Pero, como veremos más adelante, esta aparente solución al problema de identidad deforma, hasta rendir inútil, el concepto de sistema jurídico.

El problema de la identidad o el criterio de membresía tanto en Austin como en Kelsen, se determina por la fuente de su creación. Para Austin una norma pertenece a un orden determinado si tiene como fuente al soberano de dicho orden. Esta aparente solución no pudo responder al problema de la costumbre como derecho. Austin recurre al reconocimiento tácito para salvar su teoría de este dilema. Al hacer esto, deforma su criterio de identidad. Si bien el soberano resulta libre para tácitamente reconocer una costumbre como derecho positivo, este acto es de reconocimiento y no de creación.

La teoría pura abandona al soberano como fuente de toda norma. La norma fundamental, para Kelsen, hace la veces del soberano en Austin. Toda norma a través de la cadena de validez se refiere a la norma fundamental. Así, sigue siendo, el acto de creación el criterio para determinar la membresía de una norma. De esta manera salva su teoría de problema de la costumbre como derecho. Una norma pertenece a un sistema si se puede referir a la norma fundamental independientemente

de ser norma escrita o tácita. Lo único que importa es pertenecer a la cadena de validez.

Sin embargo, esta postura no logra proporcionar la solución al problema de membresía. Aunque por mucho supera a Austin. La teoría pura está destinada a fallar por ser una teoría imperativa del sistema jurídico.

La falla de la teoría pura, y cualquier teoría que tenga como criterio de membresía el principio de origen, fue expuesta por Hart, y la podemos resumir de la siguiente manera: imaginemos que Estados Unidos promulga una ley que declara válidas las leyes mexicanas. ¿Tal ley tiene la misma pretensión de validez que la constitución mexicana? En otras palabras, las dos normas pretenden darle validez a las leyes mexicanas. Sin duda, el declarar que todas las normas derivan su validez de una norma fundamental y que por lo tanto forman un todo normativo sí se puede postular, pero se está definiendo al sistema jurídico de una manera tan amplia que resulta irrelevante para la ciencia jurídica. Es imposible, como dice Hart, determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico específico con el puro criterio de pretensión de validez sin tener que redefinir el concepto de sistema jurídico al grado de rendirlo inútil.

Para determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico determinado se requiere tratar hechos que se refieren a la creación y al reconocimiento de las normas. La teoría pura es muy pura en este sentido, no considera el reconocimiento por los tribunales o los órganos que identifican el derecho en el territorio respectivo. Para declarar que una norma deriva su validez de otra presuponemos que pertenecen al mismo sistema. De otra manera, sólo podemos afirmar que una norma *pretende* darle validez a otra pero no que efectivamente lo haga.

En efecto la teoría pura no da una respuesta adecuada de porque una norma se aplica en Estados Unidos y no en México. El decir que se

aplican en los distintos ámbitos dado que existe una centralización estática que restringe el ámbito espacial de validez y que esta centralización se desprende de la norma fundamental, extiende el concepto de orden a tal grado que pierde todo sentido. ¿Cómo sé que una norma pertenece al orden? Debo referirla a la norma fundamental. Pero, ¿Cómo sé a qué norma fundamental referirla? Eso depende de los órganos que crearon la norma. Sin embargo, los órganos que crearon la norma sólo se pueden conocer si ya de antemano establecemos el orden al cual pertenece. Así, lo único que logra la norma fundamental como criterio de identidad es un argumento en círculo.

Esta distorsión de las relaciones que guardan entre sí los distintos ordenes jurídicos lleva a Kelsen a postular su teoría monista del derecho. Como vimos arriba, Kelsen, sostiene que el derecho forma un orden único. Este monismo se logra ya sea por la primacía del derecho internacional que legitima al nacional o por la primacía del derecho nacional que considera como producto de su norma fundamental al derecho internacional vía una norma nacional que le da validez al derecho internacional.

El problema de esta teoría resalta cuando ponemos un ejemplo concreto como el caso de la ley de Estados Unidos que pretende darle validez al derecho mexicano (Hart usa un ejemplo similar de derecho inglés y soviético). Como podemos apreciar del ejemplo no existe una auténtica relación de validez. La ley de Estados Unidos sólo pretende establecer una relación de validez, pero en la realidad, sería equivocado pensar en una cadena de validez que ligue estos dos órdenes jurídicos tan distintos. Lo mismo se puede decir de la teoría que acepta la primacía del orden internacional. El hecho que exista una norma de derecho internacional que pretenda, sobre el principio de eficacia, legitimar la existencia de un orden jurídico nacional no significa que en la realidad exista una cadena de validez que se extienda desde el derecho internacional hasta el nacional y que, sin esta cadena, no pueda existir un sistema jurídico independiente. Se han dado casos como Rodesia donde

un sistema jurídico no es reconocido por el internacional y sin embargo subsiste.

III. Crítica al criterio de estructura

Con referencia a la estructura del orden jurídico ambos sostienen su teoría sobre el principio de independencia. Las normas para ambos autores constituyen circuitos cerrados que contienen todo lo necesario para su lectura. Austin logra esto, como ya lo vimos, reduciendo el concepto de norma para sólo considerar como tales las órdenes del soberano. Kelsen logra construir la norma hermética tomando el camino contrario.

El principio de individuación de Kelsen no pone ninguna atención en la necesidad de la relativa simplicidad. Garantiza el mayor grado de autosuficiencia: todo aquello relevante para la existencia y aplicación de una disposición jurídica está contenida en ella (la especificación completa de las condiciones bajo las cuales un deber es adquirido, la especificación completa del procedimiento a través del cual es aplicado y la disposición jurídica que autoriza la creación jurídica del resto, son, todas, partes de una norma).⁹²

La estructura del orden jurídico de Kelsen se basa sobre la premisa falsa de su criterio de identidad. Si se acepta, como lo hace la teoría pura, una cadena de validez que corta por todos los órdenes jurídicos, sólo tomando en consideración, la pretensión de validez de una norma a otra. No se puede más que construir una individuación de las normas,

⁹²Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, *op. cit.*, p.115-116. (El Concepto de sistema jurídico, *op. cit.*, p.130).

basado en la independencia, que al igual corte por los distintos órdenes para incluir en esa norma desde la norma fundamental hasta lo relativo a su aplicación.

Así, Kelsen concibe a una norma como una orden coactiva dirigida hacia las autoridades para aplicar sanciones. Supongamos una ley que obliga a pagar un impuesto, esta, para Kelsen, únicamente constituye una fracción de la norma. La norma completa debe estipular la sanción que debe aplicar la autoridad en caso de que no cumpla el particular. La parte de la norma que establece la obligación de pagar es la hipótesis que se debe no cumplir para que se aplique la sanción. Al igual toda norma facultativa es reducida a una hipótesis de aplicación de una norma primaria que contiene la sanción.

Esta manera de concebir a la norma adolece de dos defectos por un lado concibe una norma demasiado amplia para tener un uso práctico y al hacer esto, oscurece la verdadera función de derecho, que como veremos más adelante, consiste en articular razones para actuar.

J. Conclusiones

Como se puede apreciar de la crítica hecha arriba, en cuanto al problema del concepto de sistema jurídico, la teoría pura falla en su criterio de identidad. Es necesario buscar otro criterio para establecer cuando una norma pertenece a un sistema jurídico determinado.

Una teoría pura de los imperativos que ignore los hechos y circunstancias que rodean la emisión y recepción de las órdenes y se restringan a la caracterización de las relaciones entre el contenido de las órdenes y la descripción de las acciones, sería necesariamente insuficiente para resolver la

cuestión de si una persona ha obedecido una orden en particular.⁹³

El hecho de que la cadena de validez no sea suficiente para establecer a que orden pertenece, no significa que no podamos concebir el derecho como lo hace Kelsen, la desventaja de esta concepción radica en extender el concepto de orden jurídico al grado de rendir su utilidad mínima. Esta concepción kelseniana no se adecúa a el concepto funcional de sistema jurídico que utilizan los abogados cuando describen un orden nacional o el derecho nacional. Para concretizar una definición más arraigada en el uso cotidiano debemos cambiar un poco la orientación y alejarnos de una concepción imperativa del derecho en gran parte responsable de la desubicación del termino kelseniano de sistema jurídico.

⁹³Hart, H.L.A., "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", *op. cit.*, p.109.

IV.
CAPITULO CUARTO
HACIA UNA TEORIA DEL SISTEMA
JURIDICO

IV.
CAPITULO CUARTO
HACIA UNA TEORIA DEL SISTEMA JURIDICO

SUMARIO: A.El problema. B.Replanteando el problema. I.La norma como axioma. C.El otro enfoque. I.Las facultades. D.La estructura del orden jurídico. I.El sistema jurídico momentáneo. E.La identidad del orden jurídico. I.El principio de reconocimiento. 1.El órgano primario. 2.*Prima face*. F.El problema de la existencia. I.La eficacia. II.La exclusión. G.El contenido del orden jurídico.

A. El problema

Como se ha podido ver, esta tesis se centra sobre el problema de lo que constituye un orden jurídico. Este problema a su vez, se ha enfocado, desde la perspectiva del positivismo como teoría, la cual, hemos explicado en el comienzo de esta tesis.

Si recordamos, en el capítulo primero, mencionamos cómo Bobbio definía una teoría:

Un conjunto de aseveraciones vinculadas entre sí con las cuales cierto grupo de fenómenos son descritos, interpretados, llevados a un nivel muy alto de generalización y unificados después en un sistema coherente; no el modo de acercarse a una determinada realidad sino el modo de entenderla de dar una descripción y una explicación global de ella.⁹⁴

En las teorías positivistas se da un vínculo histórico del fenómeno jurídico y el Estado, único ente capaz de ejercer la sanción. También mencionamos cómo dicha teoría traía como consecuencia entre otras la

⁹⁴Bobbio, Norberto, El Problema del Positivismo Jurídico, *op. cit.*, p.40.

norma como mandato y la concepción del orden jurídico como un sistema imperativo.

Al igual se mencionó cómo una postura acerca del derecho podía ser calificada positivista por el *approach* que tomaba sin aceptar la teoría positivista.

En los últimos dos capítulos analizamos dos teorías positivistas del derecho con el propósito de ver cómo construían un orden jurídico y si dicha construcción representaba satisfactoriamente lo que en la realidad constituye un orden jurídico.

John Austin, el primer autor tratado, formula un sistema jurídico de manera implícita en su definición de norma. Una norma, para Austin, es un mandato establecido por aquellos que son políticamente superiores a los políticamente inferiores. Esta definición se erige sobre el concepto de soberano. Lo novedoso de éste concepto radica en su sustentación en el hecho empírico de la obediencia. Una norma pertenece a un orden determinado si tiene como fuente al soberano de dicho orden (criterio de membresía). Un orden existe cuando las normas expedidas por el soberano reciben obediencia habitual (criterio de existencia).

Su teoría falla en cuanto al criterio de existencia por no dar solución a la sucesión del soberano. En cuanto al criterio de membresía o identidad falla por no responder al problema de la costumbre de manera consistente. Y, en lo que se refiere a la estructura del orden jurídico, su respuesta falla por no darle la suficiente importancia a otros tipos de normas que no necesariamente mandan pero sí facultan.

El segundo autor tratado, Hans Kelsen, intenta unificar todo el derecho. Toda norma, para Kelsen, a través de la cadena de validez se refiere a la norma fundamental. Esta norma fundamental es una necesidad epistemológica que se puede encontrar en el orden nacional estableciendo su primacía o en el orden internacional logrando la

supremacía de éste. Lo importante es lograr la unificación epistemológica de todo derecho.

Su teoría falla precisamente al lograr esta unificación. Ya que, esta unificación pone demasiada importancia sobre la pretensión de validez que una norma le intenta dar a otra y olvida por completo, el reconocimiento, como factor en la membresía de una norma a un sistema. De tal manera que deforma el sentido de sistema jurídico al grado de rendirlo inútil.

B. Replanteando el problema

Al replantear el problema del orden jurídico no puedo evitar mencionar, aunque sea de manera superflua, la similitud que existe entre este replanteamiento y lo que sucedió, durante el siglo pasado, en el campo de la geometría⁹⁵.

Por cerca de dos mil años la única geometría existente era la de Euclides. Esta geometría había sido responsable de innumerables construcciones y era considerada por los hombres civilizados como verdad irrefutable. De pronto, a principios del siglo XIX, comenzaron a surgir nuevas geometrías no euclidianas. Es decir, se basaban en axiomas (todo empezó al ser sustituido el postulado euclidiano de los paralelos) distintos de los euclidianos y lograban ser perfectamente congruentes en sus teoremas que se erigían sobre la base de los axiomas.

Al principio, dichas geometrías no euclidianas, se consideraban curiosidades de la lógica con poca aplicación a la realidad física. Einstein es quien demuestra la falsedad de estas conclusiones al fundar su Teoría de la Relatividad sobre la geometría no euclidiana. El impacto de este acontecimiento en las demás ciencias y en la filosofía consiste en el

⁹⁵ Vid. Kline, Morris, Matemáticas para los estudiantes de humanidades, Trad. por Helier, Roberto, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 451-475.

reconocimiento de que toda ciencia, inclusive las matemáticas, sólo son aproximaciones a la realidad y, así como la geometría euclidiana funciona para construir un puente, no funciona para explicar la Teoría de la Relatividad.

De manera análoga debemos ver las teorías sobre el orden jurídico. Ninguna teoría va proporcionar una explicación exacta del orden jurídico. Sin embargo, debemos buscar la teoría que mejor explique el fenómeno jurídico como se nos presenta en la realidad. No me cabe duda que la teoría de Austin es una mejor explicación del fenómeno jurídico en una etapa primitiva donde la distancia, la poca tecnología, y las creencias ideológicas hacían imposible la existencia de un auténtico derecho internacional. También creo que la teoría pura, explicaba el fenómeno jurídico, dentro del contexto histórico en el cual se desarrolló. La teoría que ahora voy a exponer es, a mi juicio, la aproximación más cercana al fenómeno jurídico que ahora se nos presenta. Así como, la geometría de Riemann fue una geometría más útil para el mundo de Einstein que la geometría de Euclides.

En siguiente parte de este trabajo intentaré presentar una versión, que considero la más adecuada, del orden jurídico, basándome principalmente en las obras de H.L.A. Hart y Joseph Raz.

I. La norma como axioma

En el texto introductorio de esta tesis afirmé que tanto el problema de estructura como el de contenido eran más bien criterios clasificadores de un orden, ya que presuponen la existencia del mismo. En cuanto al contenido, lo considero del todo cierto. Un orden puede tener el contenido que sea siempre y cuando conserve una estructura mínima (como veremos más adelante: facultades, un órgano juzgador y sanciones). Sin embargo, considero irrefutable la declaración hecha por

Raz⁹⁶ afirmando que una teoría del orden jurídico debe formar parte de una teoría general de las normas.

Es en atención a esta idea, que comienzo la descripción de un orden jurídico indagando acerca de su estructura. ¿Existe sólo un tipo de norma? ¿Todas las normas son unidades independientes, circuitos cerrados, o las normas se fundamentan en otras? ¿Sólo se puede hablar de mandatos o existen normas facultativas? ¿Es posible constituir un orden de puros mandatos o son las normas facultativas requisitos *sine qua non* de todo orden jurídico? ¿Hay una estructura común a todos los sistemas jurídicos? Estas son las preguntas que se deben responder al describir la estructura de un orden.

El primer paso a tomar consiste en establecer de manera tajante la diferencia entre una norma y el material jurídico, sea este legislativo, reglamentario o de cualquier otro tipo. La norma consiste en la organización de ese material jurídico.

Este proceso de organización se llama individualización y varía de autor a autor. Kelsen, por ejemplo, consideraba a las disposiciones que no fueran sancionadoras como partes incompletas de las normas. En cambio una norma completa la conformaba la condición más la sanción. Cada norma se podía encontrar en varias disposiciones y era la tarea de la ciencia jurídica individualizar la norma para contener todo el material necesario para establecer la condición y la sanción.

Como ya hemos reiterado en esta investigación, la concepción de Kelsen de norma era demasiado amplia para un uso práctico del término. A su vez, Austin también carecía de un concepto de norma apropiado. En el fondo, como ya se mencionó, el error de ambos consistía en tratar de individualizar toda norma, para tipificarla como coercitiva.

⁹⁶*Vid. Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, op. cit., p.44.*

Al analizar la norma en la obra de John Austin, vimos la imposibilidad de encuadrar toda norma en un sólo tipo coercitivo. Este problema tiene sus raíces en individualizar la norma, partiendo del principio de independencia, es decir, negando toda relación interna necesaria en un orden jurídico. Cualquier explicación adecuada de la estructura de un orden jurídico, debe partir de la imposibilidad de considerar a toda norma, como orden coercitiva aislada.

Sin embargo, no pretendo entrar, en esta tesis, al problema de individualización, por considerarlo un problema para una teoría general de normas y fuera del alcance de este trabajo. Por lo tanto, basta para esta investigación, considerar como norma jurídica: las instrucciones, reglas o directivos que definen o prescriben un curso de acción, reconocidas por la autoridad en un lugar y en un tiempo determinado.

A continuación expondré el enfoque no impositivo del derecho y de allí analizaré la estructura mínima de todo orden jurídico.

C. El otro enfoque

Un enfoque no impositivo del derecho consiste en abandonar la vieja concepción del orden jurídico, como compuesto de normas jurídicas que sólo imponen obligaciones. El acento en esta teoría no impositiva va a recaer sobre las facultades.

I.Las facultades

Definitivamente la visión imperativa del derecho debe ser complementada por un enfoque que tome en cuenta, no tanto a las instancias creadoras del derecho, sino a los tribunales y su funcionamiento. Sólo incluyendo al lado de la norma impositiva, una explicación de la facultad, podremos describir adecuadamente al orden jurídico.

Comencemos por ver qué es una facultad. La facultad la define el Doctor Tamayo y Salmorán como:

Una permisión otorgada a alguien (o a algunos) para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial.⁹⁷

Esta definición nos da el primer elemento que necesariamente se debe presentar en todo orden jurídico me refiero a una relación interna entre las normas que lo componen. Aunque esta aseveración parezca algo obvia recordemos que Austin y Kelsen contemplaron la posibilidad de un orden jurídico sin relaciones internas ya que basaban su teoría sobre un principio de independencia.

De la misma manera se nos esclarece la necesaria existencia de normas que protejan esta permisión como normas que otorgan la permisión misma.

Así tenemos: 1) todo orden jurídico debe necesariamente tener normas facultativas, 2) todo orden jurídico debe necesariamente tener normas imperativas y 3) todo orden jurídico debe necesariamente tener una relación interna entre normas facultativas e imperativas.

Con estos tres principios podemos empezar a construir una adecuada representación de la estructura del orden jurídico.

D.La estructura del orden jurídico

Aquí la teoría de Kelsen sobre la estructura jurídica es una gran ayuda. Recordemos cómo para Kelsen la pirámide jurídica o cadena de validez se

⁹⁷Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, México, *op. cit.*, p. 65.

construye de la siguiente manera: toda norma jurídica ha sido creada por un acto determinado fundado en una norma superior.

Así tenemos la estructura básica de una cadena jurídica: 1) un acto jurídico 2) fundado en una norma superior. Estos dos elementos resaltan tanto el componente fáctico como el normativo del orden jurídico.

Por ejemplo, para poder realizar un testamento debo cumplir con todos los requisitos que me marca el código civil. Así, mi acto de creación vale (*prima face*) sí, y sólo sí, cumplo con los requisitos señalados por la ley.

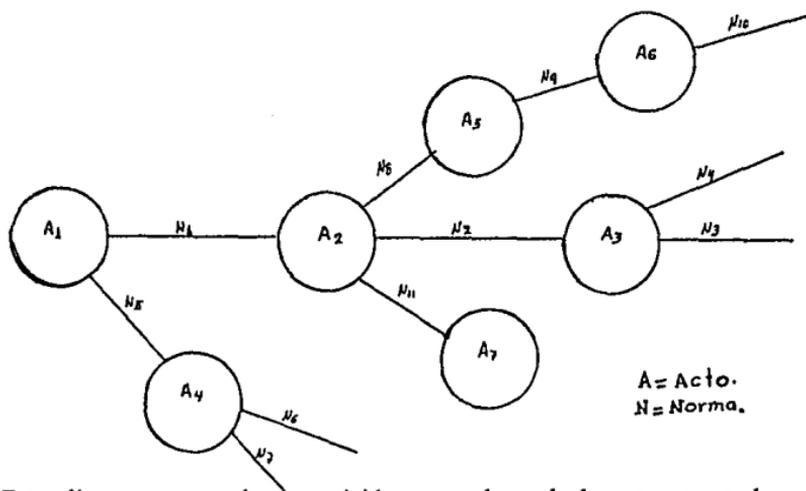
De esta manera podemos concluir: 1) todo orden jurídico debe necesariamente tener actos jurídicos y 2) todo orden jurídico debe necesariamente tener relaciones genéticas.

Esta relación genética del orden jurídico la resume el Doctor Tamayo y Salmorán de la siguiente manera:

Las normas de cualquier cadena normativa se encuentran inmediatamente precedidas por los actos jurídicos que las crean. Estos actos jurídicos de creación de normas, en tanto se conforman con las normas que les preceden, las cuales determinan las características que éstos deben tener para ser considerados actos (y normas) válidos. Una norma autoriza la creación de otra norma confiriendo facultades a ciertas instancias (órganos), las cuales, haciendo uso de estas facultades (i.e. aplicando la norma o normas que los invisten) producen normas jurídicas válidas. La última norma de una cadena normativa (e.g. una sentencia) es una norma válida del conjunto en la medida que ha sido creada por un acto

jurídico que ha satisfecho las "reglas de formación del conjunto" (reglas de formación introducidas, en primera instancia, por el acto constituyente y subsecuentemente, por los actos que progresivamente lo "aplican"). De esta suerte puede decirse que la norma que consideramos (la sentencia), encuentra su fuente, su origen o, si se prefiere, su fundamento de validez, en el acto que la crea.⁹⁸

Esta cadena normativa la podemos representar de la siguiente manera:



Este diagrama nos da una visión muy clara de la estructura de un orden jurídico. De su estudio podemos ver cómo una norma puede facultar la creación de normas de diversos niveles. Así como, lo poco afortunado del término "pirámide", ya que no toda cadena tiene un número determinado de etapas.

⁹⁸ *Ibid.*, p.231-232.

También nos dice algo del criterio de identidad, el acto jurídico creador común a todas las cadenas normativas del orden jurídico. Este dato aunque importante no es suficiente para establecer el criterio de identidad como se demostrará más adelante.

Debemos de hacer dos aclaraciones antes de acabar el análisis de la estructura mínima de un orden jurídico.

La primera aclaración consiste en recalcar el aspecto genético de esta estructura que imposibilita al mismo estar en reposo. Es decir, el orden jurídico está siempre cambiando a manera de un caleidoscopio. Esto se debe al hecho de que una facultad no se agota en su primer uso. Es esta cualidad viviente del orden jurídico la que permite a los autores diferenciar entre un orden jurídico momentáneo y el orden jurídico propiamente dicho⁹⁹. Aquí, sólo hemos considerado la estructura de un orden jurídico momentáneo. El orden jurídico propiamente dicho es el problema de la existencia del mismo y será tratado más adelante.

La segunda aclaración que debo hacer se refiere al próximo problema a tratar, el de identidad, es muy importante no mezclar el problema de estructura con el de identidad para no caer en la falla de Kelsen. Esta cadena, sí demuestra la estructura de un orden, pero de ninguna manera es suficiente para establecer su identidad, ésta se establece, como veremos en seguida, por el reconocimiento de un órgano primario.

I. El sistema jurídico momentáneo

Antes de abordar el problema de la identidad del orden jurídico, siento necesario desviarme un poco para explicar la diferencia entre un orden jurídico momentáneo y un orden jurídico propiamente dicho.

⁹⁹Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, *op. cit.*, pp. 34-35.

Visualizar la estructura de un orden jurídico momentáneo es un poco como imaginar una fotografía. El objeto representado por la fotografía es un objeto cambiante, sin embargo, la fotografía captura la imagen de manera estática. Así, debemos concebir al orden jurídico momentáneo dado que la creación jurídica es un proceso constante.

El orden jurídico, propiamente dicho, es el marco dentro del cual se dan esas relaciones genéticas. Este dinamismo del orden jurídico propiamente dicho es de cierta manera análogo a una película. A diferencia de una fotografía estática, la película logra capturar al ser en el tiempo.

¿Qué es lo que le da esta cualidad de devenir, al orden jurídico? La respuesta la encontramos en el facultamiento. Dicho facultamiento no se agota en su primer uso y esto permite una creación constante del orden jurídico a través de actos autorizados por una norma superior.

Así, el orden jurídico momentáneo forma parte de un orden jurídico propiamente dicho. En efecto es imposible imaginarse un orden jurídico sin un orden momentáneo y *vice versa*. El orden jurídico momentáneo es simplemente una visión del orden jurídico propiamente dicho, suspendido en el tiempo.

Esta distinción entre un orden jurídico momentáneo y un orden jurídico propiamente dicho nos exige formular dos criterios de identidad uno para un sistema momentáneo y otro para el orden jurídico propiamente dicho. El haber hecho esta distinción le hubiera evitado mucha confusión a John Austin, ya que es precisamente en este aspecto donde fracasa su criterio de identidad al no poder resolver el problema de la sucesión del soberano.

En realidad, el intento por establecer un criterio de identidad para un orden jurídico propiamente dicho, pone de relieve la imposibilidad de elaborar una teoría absolutamente pura del derecho. El sistema jurídico

ultimadamente es un subsistema de la sociedad que lo creó; y los cambios sociales que alteren el criterio de identidad de un orden jurídico propiamente dicho son más bien, creo yo, problemas de la existencia de un orden jurídico dado y el reemplazo por otro orden jurídico en una determinada sociedad.

Establecida esta diferencia entre un orden jurídico propiamente dicho y un orden jurídico momentáneo voy a explicar el criterio de identidad para el orden jurídico momentáneo y después expondré el criterio de existencia del orden jurídico en su totalidad. Sin embargo, debo hacer notar, que resulta imposible hablar de un criterio de identidad para un orden jurídico momentáneo sin hacer referencia al orden jurídico al que pertenece.

E. El problema de la identidad

Para John Austin el criterio de identidad se fundaba en un principio de origen. Es decir una norma pertenecía a un orden jurídico determinado, si y sólo si, la había ordenado, de manera expresa o tácita, el soberano. Como mencionamos en su debido tiempo, Austin para explicar el fenómeno de costumbre tuvo que deformar su principio hasta transformarlo, sin querer, de un principio de origen a un principio de reconocimiento. En realidad, el principio de reconocimiento es el adecuado, sin embargo, sería una mala interpretación de su obra afirmar que esta sustitución accidental, fue en realidad un acierto premeditado por el profesor inglés.

Kelsen, a su manera, también funda el criterio de identidad sobre el principio de origen. Para el profesor austríaco, la norma fundamental une a todo el derecho. Esto se logra remontando la validez de cualquier norma a través de la cadena de validez hasta la norma fundamental. Como ya mencionamos arriba esta visión del orden jurídico le resta todo sentido.

En realidad el criterio de identidad postulado por Kelsen, aunque importante, no es suficiente para establecer la identidad de una norma en un sistema de manera definitiva.

En vez de hablar de una relación de validez prefiero usar la terminología expuesta por Hart:

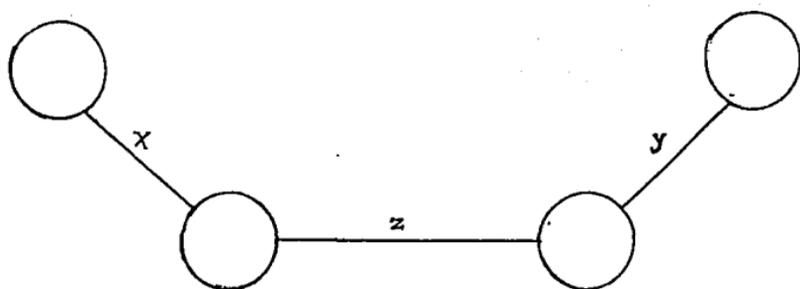
La relación de pretensión de validación es aquella relación que se presenta entre el contenido de las leyes que pretenden dar validez a otras leyes o procedimientos de creación normativos y estas leyes o procedimientos.¹⁰⁰

Esta pretensión de validación se hace patente al recordar el ejemplo que usamos al criticar a Kelsen en el último capítulo.

Imaginemos que Estados Unidos promulga una ley que declara válidas las leyes mexicanas. ¿Tal ley tiene la misma pretensión de validez que la constitución mexicana? En otras palabras, las dos normas pretenden darle validez a las leyes mexicanas. Sin duda, el declarar que todas las normas derivan su validez de una norma fundamental y que, por lo tanto, forman un todo normativo, sí se puede postular, pero se está definiendo al sistema jurídico de una manera tan amplia que resulta irrelevante para la ciencia jurídica. Es imposible, como señala Hart, determinar si una norma pertenece a un sistema jurídico específico con el puro criterio de pretensión de validez sin tener que redefinir el concepto de sistema jurídico al grado de volverlo inútil.

Un diagrama nos demuestra esto de manera más clara:

¹⁰⁰Hart, H.L.A. "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", *op. cit.*, p.134.



Como se puede apreciar en el diagrama tanto x como y pretenden darle a z su validez. La única manera como vamos a establecer que efectivamente lo hagan va ser a través de una identificación en el territorio respectivo por un órgano juzgador. Este órgano reconoce a una norma como suya y por lo tanto es razón suficiente para reconocer a las normas que pretendan convalidar

No es nada sorprendente que este principio de reconocimiento lo recoja el significado originario de la palabra *ius*¹⁰¹.

Visto de esta manera se nos presentan las normas, ya no como órdenes coercitivas, sino como las instrucciones, reglas o directivos que definen o prescriben un curso de acción reconocidas por la autoridad en un lugar y en un tiempo determinado.

¹⁰¹ *Ius* significa, así, lugar o acto de administrar justicia: el pronunciamiento del derecho, el *ius dicere* (decir el derecho), el *ius reddere* (dar, restituir el derecho). Y, por extensión, *ius* aparece como la expresión de la decisión de un juez, de ahí la frase *ita ius esto* ("que el derecho sea... o 'el derecho es'"). Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, op. cit., p. 208.

Desatendiendo la naturaleza coercitiva de las normas, con esta definición, nos enfocamos más hacia el aspecto institucional del derecho. Este aspecto institucional se acentúa al preocuparnos más por los tribunales y su funcionamiento que por las instancias creadoras del derecho. Es este aspecto institucional del derecho que lo separa de los demás órdenes normativos. Así, una definición de norma como las instrucciones, reglas o directivos que definen o prescriben un curso de acción reconocidas por la autoridad en un lugar y en un tiempo determinado, nos permite olvidar el principio de origen y adoptar el principio de reconocimiento.

I. El principio de reconocimiento

Una vez adoptado el criterio de reconocimiento para responder a la pregunta ¿A qué orden pertenece tal norma? ¿La norma deja de ser identificada únicamente por su contenido y el tribunal considera otros aspectos igual de importantes: ¿Quién la creó? ¿Cómo fue creada? ¿En qué fecha? etc...

Tanto x como y tienen el mismo contenido y las dos pretenden dar validez a z el tribunal no puede únicamente tomar el contenido como criterio de membresía sino que se debe fijar en los otros factores tan necesarios como la pretensión de validez.

1. El órgano primario

Joseph Raz define el órgano primario como:

Un órgano jurídico aplicador primario (simplemente: 'organo primario') es un órgano que está autorizado para decidir si el uso de la

fuerza en ciertas circunstancias está prohibido o permitido por el derecho.¹⁰²

Es imposible establecer un criterio de identidad para un orden jurídico momentáneo sin tomar en consideración al órgano primario. Un orden jurídico momentáneo contiene únicamente las normas reconocidas por el órgano primario.

Un órgano primario, un órgano que está autorizado a decidir si ciertos actos que hacen uso de la fuerza constituyeron una violación a una cierta disposición jurídica, está expuesto a reconocer, en el ejercicio de sus facultades, otras disposiciones jurídicas que permiten el uso de la fuerza en la ejecución de sanciones y otras disposiciones jurídicas que prohíben el uso de la fuerza que pertenecen al mismo sistema jurídico momentáneo. Un órgano primario puede reconocer, también, la existencia de otros órganos aplicadores del derecho u órganos creadores del derecho y la validez de sus acciones y de las disposiciones jurídicas que regulan sus acciones. De esta manera, un órgano primario reconoce directa o indirectamente, explícita o implícitamente, todas las disposiciones del sistema momentáneo.¹⁰³

¹⁰²Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, *op. cit.*, p.192. (El Concepto de sistema jurídico, *op. cit.*, p.231).

¹⁰³*Ibid.*, p.193. (El Concepto de sistema jurídico, *op. cit.*, p.231-232).

2. *Prima Face*¹⁰⁴

Debe quedar muy claro que de ninguna manera esto significa que el órgano primario crea las normas. Aquí solamente se está hablando del reconocimiento que da el criterio de identidad a un orden jurídico momentáneo y no de los órganos de creación de las normas.

Es en atención a esta diferencia de creación y reconocimiento que debemos introducir el concepto de las normas *prima face*. Se llama norma *prima face* a una norma cuya validez se la pretende dar otra norma y se satisficieron las condiciones para su creación, es decir, efectivamente existe una fuente que pretende dar validez a la norma. *Prima face* no significa que no existe la norma simplemente significa que su razón de validez puede ser superada por otras condiciones jurídicas. *Prima face* satisface el primer criterio de identificación de la norma. A su vez, el criterio que decide en caso de conflicto de dos o más normas que pretendan dar la validez a una norma la constituye el reconocimiento por los tribunales como ya lo mencionamos.

F. El problema de la existencia

El problema de existencia consiste en establecer en dónde existe un orden jurídico. ¿Qué criterio me permite decir que en un lugar y tiempo determinado existe un orden normativo que podemos considerar jurídico? ¿Cuándo nace y cuándo muere un orden jurídico? Estas preguntas las debe responder un criterio de existencia.

John Austin intentó establecer como criterio de existencia la obediencia habitual rendida al soberano. Kelsen por su lado, habló de eficacia, del éxito que tienen los órganos en aplicar las sanciones. Ambos dan cierta pista de dónde debemos comenzar. Como primer punto que resalta de

¹⁰⁴ Vid. Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, op. cit., pp. 74-77.

sus posturas debemos mencionar un dato implícito en ambos: ninguno establece como criterio de existencia al derecho, es decir, el origen del derecho no es el derecho. Existe un principio jurídico que dice *Ubi societas, ibi jus* donde hay sociedad, existe derecho.

El problema de existencia rebasa por mucho un análisis meramente jurídico, es decir, todo orden jurídico constituye un subsistema de un orden político más amplio. El intentar establecer una respuesta a la pregunta de la existencia del orden jurídico se torna en un estudio más sociológico que jurídico sin embargo, mucho puede ayudar a esclarecer, la ciencia jurídica, aunque no se llegue a una delimitación precisa.

Tomando en consideración los límites que tiene la ciencia del derecho para tratar un tema más de índole sociológico que jurídico, podemos establecer aquellos criterios jurídicos que todo estudio de la existencia de un orden jurídico debe tomar en cuenta.

Siguiendo a Joseph Raz¹⁰⁵, podemos dividir el criterio de existencia en dos, primero, el problema de eficacia y segundo el problema de exclusión.

I. La eficacia

La eficacia es el criterio que nos permite decir: "ahí existe el derecho mexicano" o "ahí no existe". Sin embargo este criterio no deja de ser bastante impreciso. ¿Cuántas faltas constituyen la ineficacia?, en otras palabras, ¿Cómo medimos el grado de eficacia?

Raz nos da ciertas recomendaciones¹⁰⁶, las cuales comparto, ya que pueden ayudar a precisar el criterio: 1) no debemos pensar que toda norma es igual de importante para medir la eficacia. 2) Debemos tomar

¹⁰⁵ Vid. Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, op. cit., pp. 203-208.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 205.

en cuenta el conocimiento del pueblo acerca del derecho y la influencia de él sobre la población.

Las normas varían de importancia en varios sentidos. Por un lado, no es lo mismo violar una norma de tránsito para la eficacia del orden jurídico que violar una norma constitucional. Por otro lado, no es lo mismo no ejercer una facultad que incumplir una obligación.

En cuanto, a tomar en cuenta el conocimiento del pueblo acerca del derecho y la influencia de él sobre la población, debemos necesariamente tomar en cuenta cuestiones más sociológicas que jurídicas, ésto demuestra, lo comentado más arriba, acerca de la imprecisión de establecer un criterio "puro" de la existencia del derecho.

Supongamos que dos órdenes jurídicos pretenden existir en una misma sociedad. ¿Cómo establecemos cuál de los dos efectivamente lo hace?

II. La exclusión

En esencia la prueba de la exclusión es una prueba comparativa. Se aplican básicamente los mismos criterios de existencia y quien resulte más eficaz resulta el existente. Es importante hacer notar que no todo sistema jurídico implica la exclusión del otro como es el caso del orden eclesiástico y el civil.

G. El contenido mínimo del orden jurídico

Por último debo aclarar algunas cosas acerca del contenido del orden jurídico, tanto Austin como Kelsen consideran que un orden jurídico puede tener el contenido que sea, en teoría, esto es cierto. Sin embargo, para que un orden pueda existir en la realidad, es decir, lograr un cierto grado de eficacia, la supuesta ilimitabilidad del legislador se vuelve algo académica y poco práctica.

Debemos partir de un simple presupuesto: los órdenes normativos existen para regular la vida del hombre. La vida del hombre se regula para facilitar la vida gregaria. Dicha vida gregaria surge para incrementar las posibilidades de sobrevivencia del hombre.

El orden normativo regula de manera más eficiente la vida gregaria si toma en consideración ciertas realidades del hombre y sus alrededores. Así, el problema del contenido mínimo de un orden jurídico puede ser visto, ultimadamente, como un problema de la existencia del mismo. Los únicos órdenes que van a perdurar son los que le garantizan a un grupo incrementar sus posibilidades de sobrevivencia.

Aceptando el presupuesto del deseo de sobrevivencia en el hombre, todo orden jurídico de cierta manera debe contener normas que regulen el uso de la violencia, así como, instituciones que de una u otra manera generen cierto grado de igualdad entre los hombres al grado de que se dé algún tipo de respeto a la ley. Además se requieren normas que regulen los recursos limitados (e.i. propiedad).

V.
CAPITULO QUINTO
EL ORDEN JURIDICO INTERNAICONAL

V.
CAPITULO QUINTO
EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

SUMARIO: A. Planteamiento del problema. B. Las teorías imperativas del derecho Internacional. I. John Austin. II. Hans Kelsen. C. El derecho internacional visto desde una perspectiva no imperativa. I. La existencia. II. La membresía. III. La estructura. IV. El Contenido.

A. Planteamiento del problema

Al comienzo de esta tesis mencioné que entre los múltiples temas y conceptos que surgen al discutir el orden jurídico, existe uno en particular que requiere nuestra especial atención. La naturaleza de este problema- en efecto su existencia misma- ilumina la visión del orden jurídico, resaltando no sólo sus tensiones internas, sino sus relaciones con otros órdenes jurídicos, me refiero al derecho internacional.

En lo que resta de esta tesis pretendo analizar este orden jurídico internacional. Para este examen comenzaré con una crítica de las teorías imperativas del derecho internacional tanto de John Austin como de Hans Kelsen para después analizar el derecho internacional desde la perspectiva no imperativa expuesta en el capítulo anterior. Termino la tesis, con esta exposición, teniendo como propósito ejemplificar el enfoque no imperativo del orden jurídico.

B. Las teorías imperativas del derecho internacional

I. John Austin

Aunque ya criticamos de manera suficiente la definición austiniana de norma resulta un buen lugar para comenzar una descripción más certera del derecho internacional.

El axioma sobre el cual Austin construye su teoría es la norma entendida como una orden de un superior dirigida a un inferior. Dado

que el orden internacional carece de un superior, le fue fácil a Austin, excluir al derecho internacional del derecho propiamente dicho y así colocarlo en el ámbito de la moral.

En el capítulo anterior vimos cómo era imposible concebir un orden jurídico solamente con normas imperativas y cómo, para comprender la estructura del derecho, se requiere de normas facultativas.

Partiendo de la definición del derecho ya no como órdenes coercitivas, sino como instrucciones, reglas o directivos que definen o prescriben un curso de acción reconocidas por la autoridad en un lugar y en un tiempo determinado, podemos evitar el problema inherente en concebir a todo derecho como mandatos de un superior político dirigido a un inferior político.

Así, de esta manera, expandemos el horizonte del derecho para incluir al internacional que, si bien carece de una relación vertical de poder, sí contiene razones para actuar reconocidas por una comunidad internacional. El hecho, de que el derecho internacional se dé entre una comunidad de iguales no quiere decir que no se pueda hablar de obligaciones y de facultades cuyo cumplimiento o ejercicio es considerado necesario o legítimo por la misma comunidad y, que en caso de incumplimiento, esta comunidad ejerza algún tipo de presión para su cumplimiento.

Como veremos más adelante, el dato decisivo para considerar la existencia de un orden jurídico sea éste internacional o nacional no es la existencia de un soberano ilimitado sino el aspecto institucional del derecho. No hay razón alguna para aceptar una autoridad ilimitada como ya vimos, al comentar el criterio de existencia de Austin.

Un ejemplo nos basta para acabar con la concepción errónea austiniana del soberano ilimitado. La convención de Viena sobre derechos de los

tratados del 23 de mayo de 1969 en vigor desde el 27 de enero de 1980 establece en sus artículos 26 y 27

Art. 26.- *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Art. 27.- El Derecho Interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificaciones del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Austin no puede aceptar estos dos artículos ya que representan un limitante al soberano. Según este autor, un soberano es capaz de incumplir un tratado ya que el único derecho es el que existe entre un superior hacia un inferior y como en el caso del derecho internacional no hay dicho superior (siendo requisito necesario para un soberano no obedecer a otro) la obligatoriedad exigida por estos artículos resulta imposible.

En resumen, una descripción del orden jurídico internacional (más bien del orden moral internacional según esta teoría) que se levante sobre los conceptos de mandato y de un soberano ilimitado no representa de manera satisfactoria a su objeto.

II. Hans Kelsen

La teoría de Austin plantea el problema de la existencia del orden jurídico internacional, con la teoría de Kelsen el problema no es tanto de existencia sino de identidad del orden jurídico internacional.

La teoría pura acepta la existencia del derecho internacional. Sin embargo, no logra hacer una clara delimitación entre lo que constituye un orden jurídico nacional y el internacional.

El argumento principal de Kelsen, acerca de la relación que guarda el derecho internacional con el nacional, lo podemos resumir de la siguiente manera: tradicionalmente, los autores, sostienen que existen diferentes órdenes independientes uno del otro. Cada Estado es soberano. Ignoran por completo, según Kelsen, al derecho internacional. Así acostumbran decir: "este derecho vale aquí, ese derecho vale allá". El error, para Kelsen, radica en el momento de declarar que; un derecho vale aquí y el otro allá, tácitamente están reconociendo que existe un orden que los coordina mandando un derecho aquí y otro allá. Dicho en otras palabras, hay una norma que delimita los distintos órdenes de validez. Es, en razón a esto, que Kelsen postula la unión del derecho nacional con el internacional ya explicado en el capítulo tercero de esta tesis.

Fundamentalmente el error cometido aquí por Kelsen es el mismo que comentamos al tratar el problema de la existencia en la obra de Kelsen. Consiste en considerar como suficiente, para establecer como la membresía de una norma a un orden, la pretensión de validez de una norma hacia otra. Esta postura tiene su origen al considerar más importantes las fuentes creadoras del derecho que el órgano de reconocimiento. No es cierto sostener que, por decir: "este derecho vale aquí, ese derecho vale allá" existe un orden que los coordine mandando un derecho aquí y otro allá. Lo que sí existe es un órgano primario que reconoce el derecho de aquí y otro órgano primario que reconoce el derecho allá. De ninguna manera puedo sostener que existe una norma que le da validez material a los distintos órdenes, coordinados así en el espacio. Lo único, en el caso de existir tal norma, es afirmar que pretenden otorgar validez. Es el reconocimiento por parte de un órgano primario quien establece la membresía de una norma a un orden.

Existen dos casos en el derecho internacional que ayudan a ejemplificar esta situación.

El primer caso es el de Rodesia. Rodesia era una antigua colonia Británica que la Carta de la O.N.U. consideraba como un territorio no autónomo. Este territorio, en un momento dado, declara unilateralmente su independencia. A petición de la O.N.U. ningún miembro de la comunidad internacional otorgó su reconocimiento a este Nuevo Estado y, sin embargo, éste tenía un territorio, población y un gobierno que controlaba eficazmente a esa población.

El segundo caso es el del Sudoeste Africano. La O.N.U. declara ilegal el control que detenta Sudáfrica sobre el Sud-Oeste Africano y el 1966 le revoca el mandato la O.N.U. a Sudáfrica llamándose desde entonces este territorio Namibia.

La O.N.U. toma el control de este nuevo estado para tratar de solucionar todos los conflictos, pero la realidad política es otra, Sudáfrica siguió con el control efectivo sobre Namibia, la O.N.U. no pudo hacer nada, la mayoría de los Estados (a la inversa de Rodesia) habían reconocido a este Estado, pero la O.N.U., al no poder ejercer un control efectivo sobre Namibia, sólo podía llevar a cabo algunos actos como otorgar pasaportes.

Lo interesante de estos casos es cómo Rodesia, a pesar de ser, como diría Kelsen, un orden jurídico parcial, no es un sujeto de derecho y cómo Namibia carente de eficacia, sí resulta ser sujeto del derecho y por lo tanto resulta un orden jurídico parcial. Es decir, existe una norma que le da validez a Namibia y no existe una norma que le da validez a Rodesia. Sin embargo, la realidad es otra, Rodesia existe como orden por ser eficaz y Namibia no cumple con la eficacia necesaria para su existencia. Este aparente dilema se soluciona si rechazamos, como ya establecimos en el capítulo anterior, la validez que le pretende dar una norma a otra y adoptamos en cambio como criterio de identidad el reconocimiento por el órgano primario del orden. Visto desde esta perspectiva existe un orden

jurídico (Rodesia) con su propio órgano primario, el cual no es reconocido como sujeto de derecho por el órgano primario de otro orden jurídico (el internacional). De la misma manera, el órgano primario del derecho internacional reconoce como sujeto del derecho a Namibia sin ser éste un orden jurídico en sí por carecer de eficacia.

C. El derecho internacional visto desde una perspectiva no imperativa.

Al inicio del capítulo anterior mencionamos cómo una teoría no imperativa del derecho debe partir de una definición del derecho que le pusiera más atención al reconocimiento por parte de los tribunales y menos atención a su aspecto coercitivo. Los beneficios de este cambio de acento en la definición de norma resultan muy evidentes al tratar el derecho internacional.

Definitivamente la vieja concepción de derecho como órdenes coercitivos no soluciona de manera adecuada la cuestión del derecho internacional. En la parte que sigue, analizaré desde la perspectiva de la teoría no imperativa del derecho, al orden internacional estableciendo su existencia, su identidad, su estructura y su cumplimiento con el contenido mínimo de todo orden jurídico.

I. La existencia

El meollo del problema de existencia consiste en establecer que en un lugar y tiempo determinado existe un orden normativo que podemos considerar jurídico.

No creo que haya la menor duda sobre la existencia de un orden normativo internacional el problema consiste en ver si este orden es jurídico o no. Es decir, que los estados celebran tratados, que piensan en normas consuetudinarias y actúan de acuerdo a ellas no cabe duda. Lo que se debe indagar no es acerca de la existencia del género "orden normativo", ya que éste claramente se da, sino de la especie "orden jurídico".

¿Qué datos distinguen al orden jurídico de los demás órdenes? Si tomamos como punto de partida nuestra definición de norma (las instrucciones, reglas o directivos que definen o prescriben un curso de acción reconocidas por la autoridad en un lugar y en un tiempo determinado) podemos deducir ciertos elementos que hacen a estas instrucciones, reglas o directivos adquirir el calificativo de jurídicos.

Para adquirir este *estatus* se requiere¹⁰⁷ que las razones invocadas sean reconocidas por los tribunales, que los tribunales las apliquen a los casos concretos de acuerdo a sus usos y costumbres y finalmente dichas razones son jurídicas por la simple razón de que quien las invoca ante un tribunal lo hace basándose en hechos empíricos sin recurrir a argumentos morales para su justificación.

Pongamos un ejemplo: en el caso del Canal de Corfú, fallado en 1949 por la Corte Internacional de Justicia, entre Albania e Inglaterra. Se encontró responsable a Albania por haber minado el estrecho y la condena a pagar una reparación, pero ésta no cumple el fallo. En este caso Inglaterra como medida de represalia, confiscó ciertos bienes de Albania que estaban en su territorio al monto de la reparación que dictó la Corte Internacional de Justicia.

Aquí lo importante no resulta la falta de una sanción efectiva por parte de la corte al incumplir Albania el fallo, sino el hecho de que Inglaterra al sufrir un daño recurre a un tribunal invocando un derecho y la Corte, a su vez, reconoce ese derecho y falla de acuerdo a la costumbre de sus tribunales.

¹⁰⁷ *Vid. Raz, Joseph, The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, Op. Cit. pp. 210-216.*

Son estos aspectos institucionales del derecho los que permiten afirmar la existencia de un orden no sólo normativo, sino jurídico internacional.

II. La membresía

Como mencionamos en el capítulo anterior el criterio que rige la membresía de una norma a un orden jurídico lo constituye el principio de reconocimiento, es decir, una norma pertenece a un orden jurídico al ser reconocida por el órgano primario.

En vista de ser imposible elaborar un catálogo exhaustivo de normas que pertenezcan al orden jurídico internacional me limito a buscar un órgano primario que reúna todas las características mencionadas en el capítulo anterior.

Al analizar la Carta de las Naciones Unidas nos encontramos en el capítulo XIV las normas relativas a la Corte Internacional de Justicia, en lo que sigue revisaré los artículos contenidos en dicho capítulo con el objeto de demostrar cómo la Corte Internacional de Justicia reúne las características de órgano primario.

Artículo 92:

La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas; funcionará de conformidad con el Estatuto anexo, que está basado en el de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que forma parte integrante de esta Carta.

Artículo 93:

1. Todos los Miembros de las Naciones Unidas son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

2. Un Estado que no sea Miembro de las Naciones Unidas podrá llegar a ser parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de acuerdo con las condiciones que determine en cada caso la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad.

Tanto el artículo 92 como el 93 son indispensables para la conformación del órgano primario, ya que establecen, por un lado la supremacía del órgano dentro del orden jurídico internacional y, las personas que serán sujetos de las decisiones de la corte.

Artículo 94:

1. Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte.

2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo.

En el artículo 94 se establece la facultad central del órgano primario: el dictar sentencia acerca de si el uso de fuerza fue en violación de alguna norma también reconoce la facultad derivada de la sentencia que

permite a la parte favorecida por el fallo recurrir al consejo de seguridad para que éste haga alguna recomendación o dicte medidas para que se cumpla la ejecución del fallo.

Artículo 95:

Ninguna de las disposiciones de esta Carta impedirá a los Miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro.

En cuanto al artículo 95 se faculta al órgano primario a reconocer la existencia de otros tribunales y las normas que regulan su funcionamiento así como la validez de sus actos.

Artículo 96:

1. La Asamblea General o el Consejo de Seguridad podrán solicitar de la Corte Internacional de Justicia que emita una opinión consultiva sobre cualquier cuestión jurídica.

2. Los otros órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General, podrán igualmente solicitar de la Corte opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas que surjan dentro de la esfera de sus actividades.

El artículo 96 demuestra cómo la Corte es el órgano que reconoce todas las normas del Orden Jurídico Internacional facultando a éste a dar consultas acerca de cualquier cuestión jurídica.

Así, la Corte Internacional de Justicia, constituye, por las atribuciones otorgadas por el Capítulo XIV de la Carta de las Naciones Unidas, el órgano primario del orden jurídico internacional. Dicho órgano reconoce, de manera explícita o implícita, todas las normas del orden jurídico momentáneo internacional.

Supongamos que México firma un tratado, dicho tratado es desaprobado por el Senado y a pesar de ello el Ejecutivo lo ratifica. Dicho tratado va ser válido y reconocido como tal por el órgano primario del orden internacional. Sin embargo, el órgano primario del orden jurídico mexicano no va reconocer como válido a dicho tratado.

Para órgano primario mexicano, la Constitución Mexicana establece en su artículo 133:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Según este artículo, para que un tratado sea ley suprema de la Unión, deberá ser aprobado por el Senado. Así, en nuestro ejemplo, el tratado sería nulo según el artículo constitucional arriba citado.

A su vez, para el órgano primario internacional la convención de Viena en su artículo 46 establece:

El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Según la Convención de Viena una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda de la materia conforme a la práctica habitual y a la buena fe.

Como los artículos de la Constitución Mexicana que regulan la aprobación por el Senado de los tratados¹⁰⁸ son normas procedimentales, el país contratante no tiene por qué conocerlos. Dado esto, no son normas fundamentales según el derecho internacional y por lo tanto el órgano primario del orden jurídico internacional reconoce como válido al tratado.

Lo importante de este ejemplo, consiste en ver cómo, en un determinado momento un tratado puede ser reconocido y por lo tanto válido para un orden jurídico y no reconocido como válido y por lo tanto

¹⁰⁸Artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Son facultades exclusivas del Senado:

I....aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión..." Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

...X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado..."

nulo en otro orden jurídico. Dándose de esta manera una dualidad acerca de la validez de una norma de derecho.

III. La estructura

No pretendo, ni es conveniente, repetir aquí lo comentado en el capítulo IV acerca de la relación genética que existe en la estructura de todo orden jurídico. Por el contrario, pretendo abordar un problema específico de la estructura del orden jurídico internacional que ha traído, a mi juicio, muchos problemas a las descripciones del mismo. Este problema consiste en el acto constitutivo y en la constitución del derecho internacional.

El problema radica en determinar cómo se ejerce la facultad del primer acto del orden jurídico ya que no existe una norma, por ser el primer acto, que autorice dicho acto legislativo. Kelsen intenta solucionar este dilema con la norma fundamental, ésta por ser hipotética no es una norma positiva y, por lo tanto, presupuesta por los primeros legisladores.

De esta manera, el derecho internacional tiene como norma fundamental hipotética la norma *pacta sunt servanda*. Es decir, los estados presuponen esta norma (no positiva según Kelsen) y a partir de ahí celebran tratados.

Hart critica a Kelsen diciendo que en realidad la norma *pacta sunt servanda* no es la norma fundamental del derecho internacional, y alega, que, en realidad, no existe una norma fundamental para el derecho internacional. Hart, no niega que el derecho internacional sea derecho, lo que niega es que exista un orden jurídico internacional. Más bien, para este autor, existe un conjunto de normas las cuales no constituyen un orden en sí por carecer de norma fundamental.

Pienso que ambos autores están equivocados. Por un lado, Hart acierta en su crítica de Kelsen sin embargo, se equivoca en la solución que da.

Lo correcto, a mi manera de ver, consiste en no buscar una norma fundamental hipotética, sino una norma que retroactivamente el otorge validez a otra norma.

El acto constitutivo vale por formar parte de un orden eficaz y para ser eficaz se requiere del transcurso del tiempo. Si presuponemos como válida una norma positiva, ésta, a su vez, faculta a alguien para la creación de otra, la cual reconoce como válida a la primera.

En el derecho internacional esto se logra de la siguiente manera. Se presupone como válida la norma positiva *pacta sunt servanda*. La cual, permite la celebración del tratado de las Naciones Unidas. Este, a su vez, la faculta para la creación de la Corte Internacional de Justicia¹⁰⁹ la cual en su artículo 38¹¹⁰ reconoce como fuente del derecho a la costumbre. La costumbre es la fuente de la norma *pacta sunt servanda*.

Así, si alguien intenta impugnar la carta de las Naciones Unidas, tendrá que recurrir, a la Corte Internacional de Justicia. La cual, reconocerá la norma *pacta sunt servanda* como norma consuetudinaria y por ello reconocida como derecho por la Corte. Esta se funda en el artículo que reconoce como fuente de derecho la costumbre. De esta manera, evitamos postular como presupuesto del derecho una norma no positiva hipotética y en cambio, presuponemos como válida, una norma positiva que luego será reconocida como válida.

¹⁰⁹Artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas: " Se establecen como órganos principales de las Naciones Unidas: una Asamblea General, un Consejo de Seguridad, un Consejo Económico y Social, un Consejo de Administración Fiduciaria, una Corte Internacional de Justicia y una Secretaría..." El artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas: " La Corte Internacional de Justicia será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas..."

¹¹⁰Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, debería aplicar: ...b.la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;..."

IV. El contenido

En el orden jurídico internacional si se da un contenido mínimo conocido como *Ius Cogens*.¹¹¹ Los artículos 53 y 64 de la convención de Viena sobre derechos de los tratados del 23 de mayo de 1969 en vigor desde el 27 de enero de 1980 establecen que:

Artículo 53:

Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general. Para los efectos de la convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Artículo 64:

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Aunque la Convención de Viena no dio ningún ejemplo de *Ius Cogens*, sugirió que irían surgiendo de la práctica internacional. La mayoría de la doctrina acepta que son normas de *Ius Cogens*: norma que prohíbe el genocidio, norma que prohíbe la piratería, norma que prohíbe la

esclavitud. Así la noción de *Ius Cogens* introduce un contenido mínimo al orden jurídico internacional.

VI.
CAPITULO SEXTO
CONCLUSIONES

VI. CAPITULO SEXTO CONCLUSIONES

SUMARIO: A.Conclusiones. I.El positivismo jurídico. II.El concepto de orden jurídico en la obra de John Austin. III.El concepto de orden jurídico en la obra de Hans Kelsen. IV.Hacia una teoría del orden jurídico. V.El orden jurídico internacional.

A. Conclusiones

Para concluir esta tesis, cuyo objeto consistió en analizar el concepto de sistema jurídico, podemos afirmar lo siguiente:

I. El Positivismo jurídico

1) Antes de abordar el tema del orden jurídico, fue necesario esclarecer el termino "positivista" en oposición al termino "naturalista" con el propósito de dilucidar el monismo jurídico, objeto central de esta tesis.

2) El término "positivista" tiene varios significados y todo intento de clasificación resulta un tanto arbitrario. Para efectos de este trabajo adoptamos, con ligeras modificaciones, la clasificación de Noberto Bobbio. Dicha clasificación divide al "positivismo" en un modo de acercamiento, una teoría del derecho y una ideología.

3) El rasgo característico de toda doctrina positivista es el monismo del orden jurídico. Este monismo se logra aceptando como único modo de acercamiento al estudio del derecho aquel que sólo tome como dato de investigación jurídica - científica al derecho positivo. En cuanto al positivismo como teoría y como ideología existen muchas discrepancias entre los autores "positivistas". Estas características tienen origen histórico y mucho que ver con una concepción imperativa del orden jurídico.

4) El problema de orden jurídico constituye un problema del positivismo como teoría. Debemos distinguir, en un análisis del orden jurídico, los criterios de: existencia, identidad o membresía, estructura y contenido.

II. El concepto de orden jurídico en la obra de John Austin

5) El criterio de existencia propuesto por Austin: un orden existe cuando las normas expedidas por el soberano reciben obediencia habitual.

6) El criterio de membresía de Austin se formula de la siguiente manera: una norma pertenece a un orden determinado si tiene como fuente al soberano de dicho orden

7) En cuanto a la estructura del orden jurídico Austin sostiene que las relaciones internas entre las normas (normas que facultan, normas punitivas) aunque pueden existir resultan innecesarias. Puede, según Austin, existir un orden jurídico donde un soberano expida todas las normas y que dichas normas contengan sus sanciones respectivas.

8) Para Austin el Estado es legalmente despótico y por lo tanto puede tener el contenido que el soberano desee.

9) Su teoría falla en cuanto al criterio de existencia por no dar solución a la sucesión del soberano. En cuanto al criterio de membresía o identidad falla por no responder al problema de la costumbre de manera consistente. Y en lo que se refiere a la estructura del orden jurídico su respuesta falla por no darle la suficiente importancia a otros tipos de normas que no necesariamente mandan pero sí facultan.

III. El concepto de orden jurídico en la obra de Hans Kelsen

10) Hans Kelsen modifica la postura de Austin, acerca del criterio de existencia, sustituyendo por el soberano la obediencia a la ley. De esta

manera Kelsen evita el grave problema de la sucesión de un sistema por la muerte de un soberano que la postura de Austin no pudo resolver.

11) En cuanto a la identidad del orden jurídico Hans Kelsen intenta unificar todo el derecho. Toda norma, para Kelsen, a través de la cadena de validez se refiere a la norma fundamental. Esta norma fundamental es una necesidad epistemológica que se puede encontrar en el orden nacional estableciendo su primacía o en el orden internacional logrando la supremacía de éste. Lo importante, para Kelsen, consiste en lograr la unificación epistemológica de todo derecho. Así, la identidad se basa en el criterio de origen de la norma, por vía de la cadena de validez, la norma se refiere hasta la norma fundamental.

12) La estructura del orden jurídico de Kelsen se basa sobre la premisa falsa de su criterio de identidad. Si se acepta, como lo hace la teoría pura, una cadena de validez que corta por todos los ordenes jurídicos, sólo tomando en consideración, la pretensión de validez de una norma a otra. No se puede más que construir una individuación de las normas, basado en la independencia, que al igual corte por los distintos ordenes para incluir en esa norma desde la norma fundamental hasta lo relativo a su aplicación.

13) En cuanto al contenido del orden jurídico, Kelsen sostiene, que un orden es libre para establecer el contenido que sea.

14) Su teoría falla al lograr la unificación del del derecho. Ya que, esta unificación pone demasiada importancia sobre la pretensión de validez que una norma le intenta dar a otra y olvida por completo, el reconocimiento, como factor en la membresía de una norma a un sistema. De tal manera que deforma el sentido de sistema jurídico al grado de rendirlo inútil.

IV. Hacia una teoría del orden jurídico

15) Visto en los últimos dos capítulos de las teorías positivistas imperativas del orden jurídico debemos desenfatar el aspecto coercitivo del derecho y enfatizar el aspecto institucional del mismo.

16) En cuanto al criterio de estructura podemos adoptar una postura modificada de la de Kelsen. En esta nueva postura, se abandona la idea de una cadena de validez que corte por los límites de los órdenes jurídicos, circunscribiéndola a los alcances del órgano primario.

17) El criterio de membresía o identidad se va regir por el principio de reconocimiento. Según este principio, una norma pertenece a un orden jurídico determinado, sí y sólo sí, es reconocida por el órgano jurídico primario. El órgano jurídico primario es el órgano facultado para reconocer todas las normas de un orden jurídico determinado.

18) El criterio de existencia, en el fondo, resulta un concepto más sociológico que jurídico. El establecer, si un orden es eficaz en una determinada sociedad, implica cuestiones cuya respuesta abarca a la sociedad misma y, por lo tanto, rebasa al subsistema que conforma el orden jurídico.

19) En cuanto al contenido de un orden jurídico, en teoría, se puede tener el contenido que sea. Sin embargo, existen limitaciones que derivan de la naturaleza del hombre y sus alrededores, las cuales se deben respetar para ser un orden jurídico eficaz. Es por esto que para ser eficaz un orden debe contener normas que regulen el uso de la violencia, así como, instituciones que de una u otra manera generen cierto grado de igualdad entre los hombres al grado de que se de algún tipo de respecto a la ley. Además se requieren de normas que regulen los recursos limitados (e.i. propiedad).

V. El orden jurídico internacional

20) En cuanto a la existencia del orden jurídico internacional no cabe duda que los sujetos del derecho internacional actúen de acuerdo a un orden normativo. El problema es en establecer si dicho orden normativo es jurídico. Podemos afirmar que dicho orden normativo es jurídico: 1) por el hecho de existir tribunales a los cuales acuden los sujetos en caso de controversia, 2) por que dichos tribunales fallan apegándose a las normas y costumbres que los rigen y 3) por no introducir argumentos morales para justificar las normas cuyo cumplimiento, alegan las partes, no se dio.

21) Con respecto al problema de la membresía o identidad de las normas al orden jurídico internacional existe la Corte Internacional de Justicia que funge como órgano primario.

22) Dentro del problema de la estructura se presenta el problema del acto constitutivo y la constitución. El acto constitutivo vale por formar parte de un orden eficaz y para ser eficaz se requiere del transcurso del tiempo. Si presuponemos como válida una norma positiva, ésta, a su vez, faculta a alguien para la creación de otra, la cual reconoce como válida a la primera.

En el derecho internacional esto se logra de la siguiente manera. Se presupone como válida la norma positiva *pacta sunt servanda*. La cual, permite la celebración del tratado de las Naciones Unidas. Este, a su vez, faculta para la creación de la Corte Internacional de Justicia la cual en su artículo 38 reconoce como fuente del derecho a la costumbre. La costumbre es la fuente de la norma *pacta sunt servanda*.

23) El *Ius Cogens* reconocido por el orden jurídico internacional recoge el contenido mínimo necesario para que el orden pueda lograr cierto grado de eficacia.

Bibliografía

ALARCON OLGUIN, Víctor, "Hans Kelsen: Bitácora de un itinerante" en Correa, Oscar, El otro Kelsen, México, U.N.A.M., 1989, pp.17 - 26.

AUSTIN, John, The Province of Jurisprudence Determind, U.S.A, Lenox Hill Pub & Dist. Co., 1970.

BOBBIO, Noberto, El Problema del Positivismo Jurídico, trad. por Ernesto Garzón Valdés, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al estudio del Derecho, México, Porrúa, 1988.

-----Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, México, UNAM, 1989.

HART, H.L.A., The Concept of Law, Oxford, Oxford University Press, 1990.

-----"Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en *Boletín Mexicano de derecho Comparado*, Núm.21, 1974, México.

HUME, David, An Enquiry Concerning Human Understanding, vol. 35 de Great Books of the Western World, Encyclopedia Britannica, 1952.

KANT, Immanuel, The Critique of Pure Reason, vol. 42 de Great Books of the Western World, Encyclopedia Britannica, 1952.

KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. por Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988.

-----Teoría General del Estado, trad. por Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1965.

-----Teoría pura del Derecho, trad. por Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

-----Principios de derecho internacional público, trad. por Hugo Caminos y Ernesto C. Hermidia., Argentina., El Ateneo, 1965.

-----"Centralization and decentralization", en *Authority and the individual*, Harvard Tercentenary Publications, pp.210-239; Cambridge, Mass., Harvard University press, 1937. Trad. por Ariel Peralta García.

KLINE, Morris, Matemáticas para los estudiantes de humanidades, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, Trad. por Helier, Roberto.

LOCKE, John, An Essay Concerning Human Understanding, vol. 35 de Great Books of the Western World, Encyclopedia Britannica, 1952.

MARGADANT, Guillermo, Derecho Romano, México, Esfinge, 1988.

MOORE, Ronald, Legal Norms and Legal Science, U.S.A, The University Press of Hawaii, 1978.

MORRIS, Clarence, The Great Legal Philosophers, selected readings in jurisprudence, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1990.

RAZ, Joseph, The Authority of Law. Essays on Law and Morality, Oxford, Oxford University Press, 1979.

-----The Concept of a Legal System. An Introduction to the theory of a Legal System, Oxford, Oxford University Press, 1990.

RECASENS SICHES, Luis, Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX, México, Porrúa, 1963.

RUSSELL, Bertrand, A History of Western Philosophy, New York, Simon and Shuster, 1972.

SABINE George, Historia de la Teoría Política México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, "EL problema de la soberanía", Tesis, México D.F., U.N.A.M., 1959.

SEARA VAZQUEZ, MODESTO, Derecho Internacional Público, México, Porrúa, 1993.

SORENSEN, MAX, Manual de Derecho Internacional Público, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando, Elementos para una teoría general del Derecho, México, Themis, 1992.

XIRAU, Ramón, Introducción a la Historia de la Filosofía, México, U.N.A.M., 1990.