

00781



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

LA VALIDEZ JURIDICA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A

ROGELIO LARIOS VELASCO



DIRECTORA DE TESIS:  
DRA. GUADALUPE ANGELICA CARRERA DORANTES

MEXICO, D. F.

2004



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
PRIMERA PARTE:	
EL ÁMBITO TEÓRICO DE LA VALIDEZ	7
I. Planteamiento del problema, hipótesis y marco metodológico.	8
II. Marco teórico jurídico.	27
III. La validez en la lexicografía común, en la filosofía y en la lógica.	42
IV. La validez en la filosofía tradicional del derecho en México.	65
V. La validez jurídica para Hans Kelsen.	74
VI. La validez jurídica para Carlos Santiago Nino.	104
VII. Las diversas concepciones teórico-jurídicas de validez.	115
A. Validez como existencia normativa.	115

B. Validez como obligatoriedad moral.	117
C. Validez como obligatoriedad jurídica.	119
D. Validez como creación normativa autorizada.	121
E. Validez como pertenencia normativa.	124
F. Validez como eficacia normativa.	127
G. La validez legal como modelo útil para construir sentencias eficaces.	138
H. Validez como tener los efectos jurídicos deseados.	143
VIII. El concepto de la norma validante	145

#### SEGUNDA PARTE:

LAS DIVERSAS TESIS SOBRE LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL	153
IX. La tesis sobre los valores constitucionales y sobre la idea revolucionaria del nuevo Derecho.	154
X. La tesis de la soberanía.	161
XI. La tesis de lo fundamentado fundante.	178
XII. La tesis del orden jurídico revolucionario.	183



XIII. La tesis de la racionalidad de la conducta de las autoridades estatales.	192
XIV. Nuestra concepción de la validez constitucional.	200
Anexo 1. Opinión sobre la tesis aislada LXXVII/99 de la Suprema Corte	209
Anexo 2. Opinión sobre algunos conceptos de Luigi Ferrajoli	215
CONCLUSIONES	219
BIBLIOGRAFÍA	229

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo es la respuesta a tres desafíos ubicados dentro del campo del conocimiento del derecho: la validez jurídica, la validez constitucional y la metodología en el conocimiento del derecho.

El primero considera a la validez como uno de los conceptos teórico jurídicos más problemáticos por su polisemia, su usual subjetivismo y su contenido emocional.

En el segundo desafío, la validez constitucional, abundan los elementos eminentemente retóricos o persuasivos, dejando a un lado la objetividad o la racionalidad en la explicación del fenómeno.

El tercer desafío es la determinación y correcto uso de las pautas metodológicas. La dificultad básica radica en que la epistemología o teoría de la ciencia, de la cual se derivan los criterios de método para el conocimiento científico, se ha desarrollado principalmente en función de las ciencias de la naturaleza y no de una ciencia social, como la jurídica, la cual es una ciencia social-normativa.

En este estudio abordaremos algunos aspectos de la filosofía analítica y al esquema falsacionista de Karl Popper. La primera, como una filosofía del lenguaje, convence por su utilidad respecto de algunos problemas jurídicos, específicamente, nos referimos al campo de la interpretación, y, por su parte, el falsacionismo popperiano representa una solución, aceptable en principio, sobre el problema de la relación objetiva entre los enunciados teóricos y los enunciados empíricos.

Este estudio se integra de dos grandes partes. La primera se dedica al ámbito teórico de la validez en general e inicia con el marco

metodológico, el marco teórico y el uso de la palabra “validez” desde los contextos lexicográficos más amplios hasta los más especializados, como los de la filosofía de la ciencia y de la lógica. Posteriormente se integran capítulos donde se comentan las diversas concepciones teórico jurídicas de la validez.

La segunda parte se ocupa de la validez constitucional, en donde se analizan diversas tesis al respecto.

Pretendemos con el presente estudio haber aportado nuevas concepciones teóricas sobre la construcción de la validez jurídica.

PRIMERA PARTE  
EL ÁMBITO TEÓRICO DE LA VALIDEZ

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA BASE DE LA INVESTIGACIÓN, HIPÓTESIS Y MARCO METODOLÓGICO

Nuestro objeto de interés es el fenómeno jurídico. En relación con él, existen diversos tipos de interés humano. Se tienen intereses personales cuando el derecho afecta nuestro patrimonio, nuestra familia, etc.; de tipo técnico profesional como el de los jueces, abogados y legisladores; y el de tipo gnoseológico como tienen los juristas o científicos del derecho. Este trabajo pretende tener el último.

El interés gnoseológico o interés por conocer determinado fenómeno no significa únicamente la creencia personal de desear conocer o estar conociendo. Limitarse a esto conduce al subjetivismo; para evitarlo, con ayuda de directivas metodológicas, conviene, en este plano, dudar de nuestras propias creencias y reducir al mínimo posible nuestros prejuicios. Si en la historia de las ciencias actualmente más desarrolladas se han combinado en gran medida el conocimiento y el subjetivismo, en la correspondiente al derecho ha sido más aguda la situación.

Para poder plantear adecuadamente nuestro problema, tenemos que hacer previamente algunas precisiones, de lo contrario, la sencilla pregunta ¿qué es la validez jurídica? puede constituirse en una interrogante metafísica, en la cual se inquiere sobre la verdadera naturaleza de tal validez. Nuestro propósito es diferente: concluir con un concepto que, aunque necesariamente perfectible, se encuentre, dentro de nuestras posibilidades, lo más racionalmente justificado.

En este sentido, “ validez jurídica ” es una expresión que connota un concepto teórico, lo cual significa que se trata de una generalización, no está describiendo alguna realidad fáctica y su función es determinar el sentido de un enunciado empírico de la forma: “ la norma jurídica x es válida ” .

Junto con el concepto de validez, existe una diversidad de conceptos teóricos que cumplen con una función explicativa generalizada sobre el derecho, como los de acción, obligación, proceso, autorización, prohibición, competencia, carga, ley, permiso, recurso, facultad, contrato, etc. Como puede apreciarse, algunos de estos términos son utilizados por el mismo lenguaje del derecho e incluso, pueden tener definiciones legales.

El uso de las citadas palabras, en las normas jurídicas, no es obstáculo para que también connoten significaciones teóricas. En un lenguaje natural como los del derecho y de su conocimiento, la ambigüedad de las palabras es una característica ineludible. Así, la palabra “ ley ” ,<sup>1</sup> que aparece dentro de un precepto jurídico, cumple, como parte de su unidad lingüística, una función reguladora de la conducta. Además, forma parte de un lenguaje de uso. En cambio, la palabra “ ley ” , que aparece en una obra doctrinaria ocupada de explicar tal palabra en el precepto en que se utiliza, es un lenguaje de mención, es decir, no se usa la palabra como lo hace el precepto, sino que “ se menciona ” para poder explicarla en un lenguaje de uso, pero con una función descriptiva o explicativa. Finalmente, tenemos la palabra “ ley ” como un concepto que aparece en un contexto teórico jurídico y cuya función no es explicar un lenguaje concreto del derecho, sino la de servir de *definiendum* a un significado generalizado que se articula y comprende con otros del mismo tipo. Este sentido generalizado y

---

<sup>1</sup> Otro es el concepto de ley científica como teoría científica.

explícito de la palabra “ ley” tiene como función el apoyar, a través de su posible aplicación, a la explicación que se haga de un concreto lenguaje normativo.

En este contexto, los cuestionamientos que se plantean, entre otros, son los siguientes:

¿Cuáles son las condiciones de uso de la expresión “ validez jurídica” en el plano coloquial, lógico formal, filosófico y dogmático jurídico?  
¿El concepto de validez jurídica cumple con la función asignada dentro de la ciencia, o sea, tiene un significado teóricamente útil en la explicación del fenómeno jurídico?, ¿o no puede irse más allá de la emotividad de su uso?, ¿puede connotar una significación teórica propia, es decir, es independiente y coherente en relación con otros conceptos de la teoría del derecho?, ¿el concepto concluido representa algo nuevo y, por tanto, algún avance en el conocimiento del derecho? y ¿tal concepto puede tener utilidad para la actividad jurídico-técnica?

#### HIPÓTESIS EN RELACIÓN AL CONCEPTO TEÓRICO

En el transcurso del presente trabajo buscaremos justificar la siguiente hipótesis:

Una norma jurídica es válida si, y solo si, de acuerdo a otra normas del sistema jurídico al que pertenece, o de acuerdo a su particular circunstancia fáctica, se tiene la obligación de la inimpugnabilidad de la norma aludida o se tiene la prohibición de afectar, de cualquier manera, su obligatoriedad, aunque sea impugnada.

## MARCO METODOLÓGICO

En el campo del derecho, el señalamiento del método es importante; sin embargo, en algunas obras no se aprecia la indicación explícita del método utilizado ni se aprecia referencia a la epistemología.

En el plano de la filosofía de la ciencia, encontramos una diversidad de posturas. En un extremo, la tesis de que el método es *conditio sine qua non* del saber científico y, en el otro, el denominado anarquismo metodológico, el cual busca demostrar que históricamente el desarrollo de la ciencia no tiene algo que ver con el uso de reglas predeterminadas, sino con la presencia de la intuición, la buena fortuna y, aún, con la abierta rebeldía contra las pautas tradicionales de investigación.<sup>2</sup> En esta última postura se sostiene el argumento de que nunca los grandes descubrimientos científicos, así como la actividad de los hombres de ciencia que han hecho historia, fueron producto del acatamiento de las severas directivas epistemológicas; por el contrario, afirman que éstas últimas son construcciones posteriores a esos logros y se apoyan necesariamente en ellos, como sucedió con la epistemología kantiana y la física de Newton.

Aunque fuera cierto lo anterior, la importancia y función de las reglas técnicas (metodología) derivadas de la teoría de la ciencia (epistemología) es lo que hace posible que los noveles investigadores sigan el camino de los grandes científicos. La epistemología estimula al investigador promedio y al principiante a desarrollar, en buena medida, su capacidad de análisis, autocrítica y probidad intelectual.

---

<sup>2</sup> Cfr. Feyerabend, Paul, *Tratado contra el método*, México, Rei, 1993.



Este trabajo intenta adecuarse a los siguientes rasgos ideales de ciencia no formal:<sup>3</sup>

A) El objeto de conocimiento sólo es empírico y, por lo mismo, las explicaciones de alguna forma deben relacionarse con los hechos, es decir, con lo que tenemos experiencia sensible: acontecimientos ubicados espacio temporalmente, y no de lo que se encuentra más allá.

B) Se utiliza y desarrolla, como base explicativa del objeto de conocimiento, una sistematización teórica de cierta extensión, la cual se aproxima en lo posible a los ideales axiomáticos de independencia, coherencia y completitud.

Tales rasgos se explican enseguida:

A) Las explicaciones del objeto de la ciencia se pueden y deben confrontar con los hechos. Esto se encuentra estrechamente relacionado con la objetividad en el conocimiento, y significa que ningún enunciado

---

<sup>3</sup> El esquema tradicional de metodología básica que se presenta en múltiples manuales, se integra más o menos de los pasos siguientes: observación, planteamiento del problema, señalamiento de la hipótesis, diseño de prueba de la hipótesis, investigación para probar o refutar la hipótesis y presentación de conclusiones. Este esquema metódico se encuentra superado, fundamentalmente por dos razones: La primera por ser insuficiente, dado que omite considerar una característica fundamental de la ciencia contemporánea, la estructura teórica, en la cual tienen que articularse las hipótesis que se manejen y, también, por la cual la observación se cuenta orientada. La ciencia no se integra de una o varias hipótesis aisladas y empíricas que puedan verificarse o refutarse, sino de una amplia estructura de generalizaciones lógicamente relacionadas, dentro de las cuales y sólo dentro de ellas existen los problemas científicos. La segunda razón es su carácter inductivista. Como han demostrado, entre otros, Hume y Popper, la inducción o el paso de enunciados singulares a enunciados generales no se encuentra racionalmente justificada. En actuales manuales de metodología ya se incluye la referencia al marco teórico, aunque aceptan que con un marco conceptual, es decir, sin el suficiente desarrollo teórico, se sigue el método científico.

científico se encuentra libre de crítica y de la necesidad de justificarse racionalmente.<sup>4</sup>

Este rasgo es especialmente importante para el conocimiento del derecho dado que todavía persiste mucha presencia metafísica<sup>5</sup> en este campo con tesis descubierta o encubiertamente jusnaturalistas; sin embargo, se tienen dos grandes problemas para satisfacer esta característica:

- a) Si las teorías o estructuras de enunciados universales contienen generalizaciones y en el mundo empírico no existen generalizaciones sino únicamente acontecimientos concretos, entonces ¿cómo pueden relacionarse o confrontarse las teorías con los hechos?
- b) Si la base de este rasgo son los hechos, o mejor dicho, los enunciados singulares informativos, tanto descriptivos o enunciados de observación, como explicativos, ¿cómo se determinan y justifican? Esto tiene su importancia especial en el campo jurídico: ¿cómo se determinan los hechos para el conocimiento del derecho?

Karl Popper da buenas respuestas para los dos problemas, siempre y cuando no se consideren a sus tesis como medios concluyentes para aceptar o no enunciados científicos sino sólo como recursos racionales o argumentativos en el ámbito del discurso científico, además de que en el área de la ciencia jurídica, los investigadores tienen que hacer más que contrastar los enunciados teóricos propuestos con enunciados de

---

<sup>4</sup> Popper, Karl *et al*, La Lógica de las ciencias sociales, México, Grijalvo, 1978, p. 17.

<sup>5</sup> Se entiende por metafísica el sentido que tiene dentro de la filosofía analítica: lo que se encuentra más allá de toda experiencia posible y es contenido en las pseudoproposiciones así como su pretendido conocimiento.

observación, tienen que argumentar por qué una norma jurídica debe entenderse de una manera y no de otra.

Así, Popper nos indica que el trabajo del científico consiste en proponer teorías y en contrastarlas;<sup>6</sup> que las teorías no son nunca verificables empíricamente<sup>7</sup> y que un sistema es científico si es susceptible de ser contrastado y refutado por la experiencia, dado que no se puede verificar.<sup>8</sup> La razón por la que los enunciados universales no se pueden verificar, pero sí falsar, consiste en una asimetría entre la verificabilidad y la falsabilidad que se deriva de la forma lógica de los mismos enunciados universales, que no son jamás deducibles de enunciados singulares, pero sí pueden estar en contradicción con éstos. Por medio de inferencias puramente deductivas, como el axioma lógico del *modus tollens*, es posible argüir de la verdad de enunciados singulares la falsedad de enunciados universales.<sup>9</sup>

Entendemos a Popper de la siguiente manera:

Si consideramos a la variable “ p ” como un enunciado teórico y a “ q ” como un enunciado deducido del primero, pero de carácter particular,<sup>10</sup> tenemos al primero como el antecedente y al segundo como el

<sup>6</sup> Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 30.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 39

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 40

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 41

<sup>10</sup> Se comprende básicamente la deducción de enunciados particulares a partir de enunciados universales como una inferencia inmediata de subalternación, lo que nos conduce al cuadro tradicional aristotélico de oposición:

(A) Todo S es P.	(E) Ningún S es P
(I) Algún S es P.	(O) Algún S no es P

De acuerdo con el cual, la premisa mayor del *modus tollens* de Popper carece de dificultad porque es una relación (A) con (I), pero ¿qué significado tiene la premisa menor? ¿Significa afirmar (O)? ¿O significa negar (I)? Si afirmamos (O) cambiamos el sentido negativo de tal premisa y no se aprecia cómo, a partir de ahí, se puede concluir la falsedad de (A). En cambio, si negamos (I), entonces, por contradicción, lo que se concluye no es la falsedad de (A) sino la afirmación de (E).

consecuente de un condicional que constituye la premisa mayor de la correspondiente inferencia mediata:

(enunciado teórico)  $p \rightarrow q$  (enunciado particular)

La razón por la que la verificación de los enunciados teóricos no se justifica lógicamente radica en que si se encuentra un enunciado de observación con el cual se contrasta y se verifica el enunciado deducido, enunciado de observación que se ubica como premisa menor:

(enunciado teórico)  $p \rightarrow q$  (enunciado particular)

(enunciado observacional)  $q$

Entonces no se puede concluir deductivamente la verificación del enunciado teórico, de la forma siguiente:

(enunciado teórico)  $p \rightarrow q$  (enunciado particular)  
 (enunciado observacional)  $q$   
 —————  
 (enunciado teórico)  $p$

Porque tal razonamiento es inválido: es una falacia formal de la afirmación del consecuente.

---

La respuesta es entender la premisa menor como la falsedad de (l) y no como su negación, para obtener la conclusión deseada, porque de acuerdo con tal cuadro se puede derivar de la falsedad de una proposición subalternada la falsedad de una proposición subalternante. Cfr. COPI, Irving y COHEN, Carl, *Introducción a la lógica*, México, Limusa, p. 221.

En cambio, la falsación del enunciado teórico sí se justifica lógicamente:

$$\begin{array}{l} \text{(enunciado teórico) } p \rightarrow q \text{ (enunciado particular)} \\ \text{(enunciado observacional que lo niega) } \neg q \\ \hline \text{(se refuta el enunciado teórico) } \neg p \end{array}$$

Lo que conforma la tautología lógica del *modus tollens*.

Popper sostiene, en relación a los enunciados particulares de la ciencia, que la práctica de la investigación científica presenta, a veces, una urgencia para decidir el carácter empírico de los sistemas teóricos, pero rara vez se suscitan dudas acerca de la condición empírica de los enunciados particulares. Así, aunque se tienen errores de observación que originan enunciados particulares falsos, un científico casi nunca se encuentra en el trance de describir un enunciado particular como no empírico o metafísico.<sup>11</sup>

Al respecto podemos enfatizar que, precisamente, el que los enunciados particulares puedan ser falsos presupone su carácter empírico. En este punto, se encuentra en lo correcto el positivismo lógico: lo metafísico no es lo falso sino lo no contrastable empíricamente, o sea, lo que carece de condiciones de verdad o de falsedad.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Popper, Karl, *op. cit.*, nota 6, p. 42.

<sup>12</sup> Para el positivismo lógico, también denominado filosofía analítica, muchos de los grandes problemas filosóficos y no pocos de los científicos no derivan de proposiciones falsas sino de proposiciones sin significado que son tratadas erróneamente como si lo tuvieran. Sostiene que este tipo de problemas en realidad no lo son, no existen, son pseudoproblemas. Aunque no aceptamos el carácter inductivista de esta escuela de pensamiento, sí ofrece un medio interesante para valorar si un enunciado científico es o no contrastable empíricamente. Tal medio es el análisis de las palabras que integran un enunciado. Al respecto, Rudolf Carnap afirma que el significado de

Agrega Popper que frecuentemente se considera que las experiencias perceptivas proporcionan una justificación de los enunciados básicos,<sup>13</sup> pero que la conexión entre percepciones y enunciados permanece obscura, por lo que se tiene la impresión exacta de que los enunciados solo pueden justificarse lógicamente mediante otros enunciados.<sup>14</sup> Nos dice que no puede haber enunciados últimos en la ciencia, es decir, no pueden existir enunciados que no puedan ser contrastados y, por tanto, ninguno que no pueda en principio ser refutado.<sup>15</sup> ¿Por qué lo anterior no lleva a una insostenible regresión infinita? Popper contesta: “[...]no pido que sea preciso haber contrastado realmente todo enunciado científico antes de aceptarlo: sólo requiero que cada uno de estos enunciados sea susceptible de contrastación.”<sup>16</sup>

El criterio de demarcación entre ciencia y metafísica consiste en que todos los enunciados científicos, teóricos y particulares, deben encontrarse en condiciones de contrastarse con enunciados de experiencia (de lo contrario serían metafísicos), pero los teóricos, dado su carácter lógico de universales, no pueden verificarse sino únicamente falsarse; en cambio, los enunciados científicos particulares, para los que no existe la asimetría

---

una palabra se determina con su criterio de aplicación, que consiste en las relaciones de derivación de su proposición elemental —también denominadas proposiciones protocolares o de observación. La estipulación de este criterio elimina cualquier libertinaje sobre lo que nos gustaría que “significara” una palabra. Si la palabra recibe un significado exacto, no debe mutilarse su criterio de aplicación; pero, además, no puede usarse algo más que lo establecido por el criterio de aplicación, dado que el significado está implícita y suficientemente contenido en tal criterio y todo lo que se requiere es explicitarlo. “La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje”, *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 69.

<sup>13</sup> Popper, Karl, *op. cit.*, nota 6, p. 42.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 47.

lógica relacionada con los teóricos, pueden contrastarse tanto en el sentido de falsación como en el de verificación.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup>Rolando Tamayo también intenta aplicar el realismo epistemológico de Popper a la ciencia del derecho en *La ciencia jurídica y su carácter empírico*. México, UNAM, 1988. En la aplicación de la tesis de la falsabilidad como criterio de demarcación entre ciencia y metafísica jurídicas, este autor sostiene ocuparse principalmente de dos tipos de enunciados de la ciencia del derecho, que no son enunciados universales sino singulares, a los que denomina enunciados simples —o de interpretación— y enunciados complejos —o de creación y aplicación del derecho. Pp. 20 a 26. En el pie de página, menciona otros dos tipos: los enunciados relativos a las consecuencias normativas y los enunciados teóricos, pero expresa que no se ocupará de éstos sino sólo de los primeros dos tipos, dado que constituyen la base empírica de la ciencia del derecho. Pp. 20 y 21. Señala que la teoría y los enunciados de la base empírica deben ser falsables con la experiencia jurídica nacional o internacional. Pp. 23, 26 y 30. Al respecto, podemos hacer los siguientes comentarios: El principal problema epistemológico de la contrastación de los enunciados científicos son las teorías y no los enunciados singulares. Tal problema radica en el carácter lógico universal de las teorías, cuya solución popperiana, como vimos, consiste en que la contrastación de las teorías radica en su falsabilidad, dada la imposibilidad lógica de su verificación. Popper no presenta la falsabilidad como solución a un presunto problema sobre el carácter empírico de los enunciados singulares que prácticamente no existe. Además, Popper no descarta explícitamente la verificabilidad de los enunciados singulares. Cuando Tamayo habla sobre la falsabilidad de los enunciados científicos, p. 27, sin distinguir explícitamente entre enunciados particulares —o de la base empírica— y enunciados universales —teorías—, y, aun, dando a entender que al respecto los enunciados más importantes son los primeros, p. 21, pie de página, se pierde de vista que la importancia fundamental que tiene la falsación para el contraste empírico de la teoría, tiene una importancia mucho menor para la contrastación de los enunciados singulares, dado que éstos sí pueden ser verificados con enunciados de experiencia. Al respecto, Tamayo indica: “[...] aunque los enunciados jurídicos pueden ser contradichos por los hechos, los enunciados no pueden ser verificados recurriendo directamente a los hechos desnudos[...]. Para verificar los enunciados jurídicos algunos otros requisitos deben ser satisfechos[...].” P. 27. Además de que en la ciencia no existen hechos desnudos, es decir, enunciados de experiencia sin un marco conceptual o teórico de referencia, y de que Tamayo no señala qué otros requisitos deben satisfacerse para que se produzca la verificación, lo importante es que acepta la posibilidad de verificación sin distinguir si se relaciona con enunciados singulares o universales, lo que en relación a los últimos implícitamente contradice a Popper, y, en relación a los primeros, la falsabilidad ya no puede ser el criterio de demarcación científica más importante, como pretende Tamayo, sino el de verificación,

Finalmente podemos concluir que aceptamos, en principio, el esquema de falsación expuesto, pero que se le tiene que señalar una serie importante de acotaciones, especialmente tratándose de su aplicación al campo jurídico:

- Tal esquema no significa, ni para los enunciados teóricos en su falsación ni para los enunciados particulares en su falsación o en su verificación, que en todos los casos tal decisión sea siempre concluyente ni mucho menos, porque cualquier enunciado, incluso los básicamente descriptivos, de observación o de experiencia, también deben ser susceptibles de contraste o justificación.
- En una medida importante, es la teoría la que determina a la experiencia. ¿Cómo puede entonces la experiencia falsar a la teoría si se encuentra determinada por ella? La respuesta es que tal determinación no es total, pues de lo contrario no se justificaría decir que la función de una teoría empírica es explicar la experiencia. Además, determinar la experiencia no significa crearla, sino seleccionarla y ordenarla.
- A diferencia del contexto del fenómeno natural, el fenómeno social se encuentra caracterizado por una intención humana de significado.
- El fenómeno social comprende al jurídico.
- Si se trata de una teoría normativista la que explica al fenómeno jurídico, tanto el objeto de conocimiento como la teoría comparten el carácter lingüístico, lo que dificulta aun más el contraste del lenguaje empírico sobre tal objeto con el lenguaje de la teoría, porque se

---

porque si los enunciados científicos se verifican o se refutan con los hechos, entonces los que se verifican son más valiosos que aquellos que sólo pueden refutarse.



facilitan las soluciones *ad hoc* o reformulaciones verbales de la teoría con el objeto de salvarlas de la refutación.<sup>18</sup>

- Por lo anterior, se reduce la importancia de la idea del descubrimiento, a la que originalmente se sujeta la tesis positivista y realista de la contrastación empírica de las teorías, y aumenta el sentido de la idea de la comprensión, en la que influye aún más sobre lo que es “experiencia” el bagaje conceptual, teórico y valorativo de quien la tiene.
- Dentro del mundo jurídico, el problema del carácter no conclusivo de la contrastación de enunciados de experiencia con enunciados científicos, debe afrontarse con las consideraciones siguientes: conviene respetar la asimetría lógica de la contrastación con los enunciados teóricos, por lo que no debe buscarse su verificación; pero la justificación del carácter falsable de tales enunciados debe hacerse satisfaciendo dos puntos: a) presentándolos, en lo posible, integrados de términos empíricos, es decir, sin términos asignificativos en el sentido del positivismo lógico; b) nunca cerrar la posibilidad de que se presente una refutación empírica con un mejor argumento que el empleado para sostener que tal concepto teórico no es refutado por los mismos enunciados particulares.

---

<sup>18</sup> En virtud de que en tal situación la mayor parte de los enunciados particulares o de experiencia no son sobre circunstancias fácticas o de comportamiento humano, sino sobre determinación y significado del lenguaje normativo, se facilitan tales soluciones verbales. Consideremos el ejemplo siguiente: el enunciado teórico “todas las normas jurídicas se vinculan con una sanción a su infractor” y el enunciado de experiencia que lo refuta “la norma jurídica X no se vincula con una sanción”. Quien defiende al enunciado teórico no lo cuestiona con base en el último enunciado, sino que verbalmente lo protege de tal enunciado refutador al sostener que “la norma jurídica X, en realidad no es norma jurídica, porque para serlo requiere el vínculo con una sanción”.

También podemos apuntar que, dentro de la ciencia del derecho, el uso de lenguaje en un sentido directivo difícilmente satisface los requisitos de contrastación empírica y objetividad racional. Tal uso lingüístico es frecuente en tesis jusnaturalistas y, en ocasiones, al confundir la ciencia del derecho con política legislativa, crítica jurídica o argumentos de *lege ferenda*.

Por lo anterior, fuera de los casos de la metafísica jurídica con sus enunciados empíricamente incontrastables o de teorías empíricas pero burdamente falsas, el criterio de elección o de preferencia entre teorías o entre conceptos teóricos rivales, en la mayoría de los casos, no radica en que unos correspondan a los hechos y otros no, puesto que en principio todos corresponden con los hechos (o mejor dicho, con sus hechos, puesto que en buena medida se encuentran por ellos mismos determinados), sino en la mejor integración de otros elementos de su objetividad. Tal objetividad se entiende, como se apuntó antes, en que ningún enunciado se encuentra libre de crítica y, por lo mismo, que la aceptación de cualquier enunciado puede requerir una justificación racional, justificación que no solo comprende la contrastación con enunciados empíricos sino también la satisfacción de los criterios que se indican en el siguiente apartado.

B) Posee necesariamente una parte teórica: la teoría es una estructura de conceptos, generalizaciones o enunciados universales, cuya función es proporcionar profundidad y orden a la explicación del nivel empírico de la ciencia, el cual se encuentra integrado por el conjunto de enunciados que describe y explica al fenómeno directamente observado.

Tal parte teórica se encuentra sistematizada y debe aproximarse, en lo posible, a los ideales axiomáticos de independencia, coherencia y completitud. La sistematización significa:

- Que la teoría es unitaria y propia para cada disciplina científica, es decir, no deben existir grandes estructuras teóricas distintas para una sola ciencia ni debe existir una sola teoría para dos o más ciencias. La propiedad de la teoría implica la propiedad del objeto de conocimiento: cada ciencia tiene su propio objeto.
- Los enunciados teóricos se relacionan deductivamente, o sea, poseen relaciones lógicas de tautología entre sí, conformando de esta manera un sistema. La ausencia de tales relaciones se traduce en conceptos aislados o inconexos. Pero como se trata de un sistema interpretado o de conocimiento empírico y como las tautologías por sí solas imposibilitan la información acerca del mundo, no toda relación formal en tal sistema debe ser tautológica, son necesarios además elementos formalmente contingentes como las determinaciones semánticas o definiciones de los conceptos.<sup>19</sup> Por ejemplo, de la delimitación semántica del concepto más general de la teoría jurídica: “ derecho” pueden derivarse otros conceptos menos generales como el de norma, el de competencia, etc., y del concepto de norma, otros y así sucesivamente.

Ejemplos de determinaciones semánticas posibles:

- 1) Derecho es el conjunto de normas conductuales vinculadas con la autoridad estatal.

---

<sup>19</sup>La sistematización no es posible si todos los enunciados se reducen a la descripción de observaciones particulares. Para conocer y en especial para conocer científicamente, se necesita ir más allá de la descripción, se requiere explicar. Y toda explicación proviene de las generalizaciones o conceptos, los cuales además de su capacidad explicativa poseen la aptitud de poder relacionarse lógicamente unos con otros. Tales generalizaciones tienen aptitud comunicativa en virtud de relacionar dos o más datos entre sí.

- 2) Norma es el uso lingüístico que prohíbe, obliga o faculta.
- 3) Prohibición es la idea de conducta a la que se imputa una sanción.

Puede apreciarse que forman un sistema lógico si simbolizamos derecho como D, norma con N, autoridad como A, uso lingüístico como L, prohibición como Ph, obligación como O, facultad como F, idea de conducta como C y sanción como S.

- 1)  $D \rightarrow N \wedge A$
- 2)  $N \rightarrow [(L \wedge Ph) \vee (L \wedge O) \vee (L \wedge F)]$
- 3)  $Ph \rightarrow C \wedge S$

En donde apreciamos lo siguiente:

- Relaciones lógicas contingentes entre *definiendum* y *definiens* expresadas por una implicación material, y que a pesar de la expresión “lógicas” no constituyen por sí mismas un sistema deductivo, pero que su carácter formal de contingente es indispensable para que los enunciados teóricos que simbolizan puedan tener un contenido semántico informativo acerca del mundo.
- Relaciones tautológicas, que son indispensables para que se puedan establecer vínculos lógicos entre los diversos enunciados teóricos y conformen un sistema deductivo. Se señalan la de simplificación del consecuente de 1) con el antecedente de 2), y de una parte del primer miembro del consecuente de 2) con el antecedente de 3), así como la tautología de la transitividad del condicional o silogismo hipotético entre D, N y la disyunción Ph, O, F, y entre N, Ph y la conjunción C, S.

Además de la característica de que la teoría debe conformar un sistema deductivo para evitar la desarticulación o aislamiento de conceptos, tal sistema debe aproximarse en lo posible (y esto significa que el sistema que lo logre en mayor medida es preferible a otro) a las denominadas cualidades axiomáticas: la independencia, la coherencia y la completitud. Lo anterior se traduce en que un sistema deductivo interpretado no se identifica con tales cualidades o al menos que no las implica. Por tanto, es posible —y muy frecuente— la existencia de teorías empíricas que satisfacen el requisito de sistema deductivo, pero que son redundantes, incoherentes o incompletas, pero se insiste: no porque tengan tales defectos dejan de ser científicas.

La redundancia o dependencia significa la duplicidad de elementos teóricos, sea que se trate de dos denominaciones distintas para el mismo significado —diferente *definiendum*, mismo *definiens*— o se recurra a definiciones circulares.

La incoherencia comprende tanto a la contradicción como a la contrariedad. El primer caso se presenta cuando se niega un significado que se afirma en otra parte de la teoría, y el segundo, cuando al mismo concepto se atribuyen dos o más significados diferentes.

La incompletitud ocurre cuando dentro de la determinación aceptada del campo de conocimiento no se explica o justifica algo que debe hacerse.

Para apreciar la ausencia de identidad entre sistema deductivo y tales cualidades, consideremos las siguientes posibilidades formales de defectos axiomáticos de sistemas deductivos, y en donde utilizamos la misma simbología del ejemplo jurídico.

Dado:	$D \rightarrow N \wedge A$
Existe redundancia en:	$N \rightarrow N$
Existe incoherencia en:	$N \rightarrow L \wedge F$ $N \rightarrow \neg(L \wedge F)$
Existe incompletitud en:	$N \rightarrow (L \wedge Ph) \vee (L \wedge O) \vee (L \wedge F)$ $A \rightarrow ?$

Aunque se mantengan relaciones tautológicas entre los enunciados.

Como de acuerdo al marco metodológico expuesto, empíricamente no existe algo más que hechos —no lingüísticos— y palabras —hechos lingüísticos—, y las últimas comprenden conceptos y teorías, entonces son inexistentes una validez “en sí” o una esencia de la validez. Lo que acontece, por un lado, son fenómenos empíricos que buscamos explicar con los conceptos teóricos y, por otro, ocurre que “validez” es una palabra con diversidad de significados, es decir, con una diversidad de usos.

Entre tales significados de validez debe evaluarse si alguno satisface los criterios de un buen concepto teórico o cuál de ellos lo realiza mejor. En caso de que ninguno de ellos lo haga, entonces la disyuntiva es construir un nuevo concepto que cumpla con tales criterios o bien, si lo anterior no es posible, considerar que la expresión “validez jurídica” no tiene cabida dentro de una estructura teórico-científica del derecho. En caso de que uno o varios conceptos cumplan con tales criterios, la opción es en el primer caso justificar su aceptación o mejorarlo, y en el segundo determinar cuál de ellos satisface mejor los criterios y si es posible mejorarlo.

Los criterios de un buen concepto teórico derivados del marco metodológico expuesto en este capítulo son los siguientes:

1º El concepto debe tener capacidad explicativa propia acerca de hechos, en relación a los cuales que exista falsabilidad. En el caso de la ciencia jurídica, se trata de hechos lingüísticos normativos.

2º El concepto no debe ser redundante con otros conceptos de la misma estructura teórica. Esto es independiente de la subordinación o supraordinación en su extensión semántica —dependencia parcial—, porque esto no sólo es permitido sino es necesario para la estructura lógica de la teoría.

3º El concepto no debe ser incoherente con otros conceptos de la misma teoría.

4º Debe ser más preciso que el concepto alternativo, esto es, que su rango de vaguedad y ambigüedad sea menor. De lo contrario se hace más probable la redundancia o la incoherencia.

5º Un concepto es mejor que otro si es más fructífero, es decir, si tiene mejores y mayor número de aplicaciones en diversos campos. Esto no significa ser ambiguo, sino que con el mismo significado se puede explicar un mayor número de fenómenos.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO JURÍDICO

Dada la gran diversidad teórica que caracteriza al conocimiento del derecho, en lugar de determinar alguna teoría específica como apoyo para buscar una solución a nuestra problemática, señalaremos los rasgos de las corrientes teóricas más importantes con el propósito de valorarlos en función de los requisitos metodológicos determinados en el capítulo anterior y concluir la corriente teórica que nos sirva de marco.

De acuerdo con la concepción del derecho que se posea, así se verá al mundo jurídico. Tal concepción depende de la teoría jurídica que se aplique y en esto influye también la presencia, ausencia o el tipo de la metodología utilizada.

Podemos reunir en dos grandes grupos a las concepciones o doctrinas acerca del derecho.

El primer grupo se integra con aquellas posturas que al menos en parte, explícita o implícitamente, formulan prescripciones acerca del derecho, es decir, señalan cómo deben conducirse los seres humanos; actúan como una autoridad moral.

En el segundo grupo, encontramos aquellas corrientes que se limitan, al menos en su intención explícita, a conocer al objeto derecho sin pretender arrogarse autoridad normadora de la conducta humana.

Si seguimos aproximadamente a Carlos Santiago Nino,<sup>20</sup> encontramos que las corrientes en donde se prescribe conducta en relación al derecho

---

<sup>20</sup> Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, Capítulo I.



son las siguientes: el jusnaturalismo en toda su diversidad de variantes, el positivismo ideológico y la dogmática jurídica.

Por su parte, las corrientes que poseen una mayoritaria tendencia a describir o explicar lo que cada una de ellas entiende por derecho antes que a dirigir la conducta de los humanos son las siguientes: el realismo jurídico y el positivismo metodológico o conceptual.

En relación con cada una de las doctrinas que integran a ambos grupos, puede comentarse lo siguiente:

A) Doctrina del derecho natural.

Para Alf Ross, el significado de la expresión “ derecho natural” debe entenderse en un sentido amplio como una actitud o punto de vista general cuyo rasgo específico es creer en la existencia de principios universales y objetivamente válidos que no son creados por el hombre, pero cuya verdad evidente puede ser descubierta y, sólo así, por medios distintos de los utilizados por la ciencia empírica. Estos principios son obligatorios para todos los seres humanos, independientemente de que éstos sean conscientes de ellos o no. Esta idea es común a la gran diversidad de corrientes o teorías que integran al jusnaturalismo: teológico, formalista, sociológico, histórico, racionalista, político conservador, evolucionista o revolucionario.<sup>21</sup>

De acuerdo con Kelsen, el jusnaturalismo representa la justificación ético-política para algunos sistemas jurídico y el rechazo de otros y al igual que Ross hace notar la enorme variedad de tesis y corrientes que lo integran, incluyendo marcadas contradicciones entre las mismas.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 1991, pp. 10 y 15.

<sup>22</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, pp. 230 y 231.

Para entender la idea de Kelsen sobre la tesis central del derecho natural, se tiene que apreciar primero que este autor distingue básicamente, dentro del derecho —y de cualquier otro fenómeno normativo—, entre el sentido objetivo del acto humano, que constituye su validez o existencia como norma, y el sentido subjetivo del acto, que se entiende como el visible propósito de uno o de un grupo de seres humanos de mandar u ordenar determinado comportamiento a otro u otros seres humanos.<sup>23</sup>

La validez del sentido objetivo se encuentra condicionada, especialmente si se trata de lo jurídico, a que bajo ciertos supuestos fácticos al acto subjetivo se le “vea” un significado normativo, es decir, se le perciba como algo más que la simple orden de un sujeto, se le estime como algo que obliga en un sentido distinto al terreno de la fuerza física, como algo que impone un deber. O bien, respecto de otro tipo de conductas, verlas como algo que infringió un deber.

Tal “visión”, valga la redundancia, siendo condicional no es necesaria aunque se hayan satisfecho sus presupuestos fácticos. Esto significa que algo percibido por una persona, por algunas o, inclusive, por la gran mayoría de la gente como una norma, obligación o deber (jurídico, moral, religioso, etc.), no implica la necesidad de que todo mundo lo vea así: también se puede ver exclusivamente como el hecho de que alguien manifiesta su intención de que otros hagan u omitan algo, es decir, la perspectiva se reduce únicamente al sentido subjetivo del acto.<sup>24</sup>

En cambio, en el jusnaturalismo el sentido objetivo o significado normativo no es condicional sino categórico, es decir, no se trata de una categoría mental sino de algo normativo en sí mismo y, por lo tanto,

---

<sup>23</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 16 a 18.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 228 y 229.

independiente de cualquier actitud o punto de vista de quien conoce o se sujeta a tal norma.<sup>25</sup>

Además de que el sentido objetivo jusnaturalista distingue algunos de los actos de seres humanos como normas jurídicas en función de su correspondencia con normatividad suprahumana, siempre comprende más que los actos citados, como puede ser la validez normativa de los mandatos divinos. Lo que es aún más difícil de concebir para Kelsen es que el jusnaturalismo también extiende la objetividad de normas sobre situaciones que no tienen sentido subjetivo imaginable de mandatos, como lo relacionado a la naturaleza o a la historia.<sup>26</sup>

Para Carlos Santiago Nino el jusnaturalismo es una concepción que conjunta las dos tesis siguientes:

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto del derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de jurídicos si contradicen aquellos principios morales o de justicia.<sup>27</sup>

Nino sostiene que si alguien no acepta alguna de las dos tesis anteriores aunque acepte la otra, generalmente no se le consideraría como jusnaturalista. Para este autor, si bien las dos tesis anteriores son el denominador común de todo creyente del derecho natural, éstos difieren mucho entre sí en cuanto al origen o fundamento de los principios señalados

---

<sup>25</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 230 y 231.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 231 y 232.

<sup>27</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 28.

y también en cuanto a su contenido, y de ahí se deriva la diversidad de corrientes.<sup>28</sup>

Para Eduardo García Máynez, “ caracteriza a las posiciones jusnaturalistas el aserto de que el derecho vale y, consecuentemente obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad y justicia intrínsecas de su contenido.”<sup>29</sup>

Por su parte, para Luis Recaséns Siches siempre puede plantearse la pregunta sobre la justificación intrínseca del precepto jurídico positivo, con lo que se juzga al derecho positivo por la conciencia y la reflexión filosófica y se averigua si cabe una reelaboración de los preceptos vigentes en un sentido de mayor justicia y de mayor beneficio común.<sup>30</sup>

Recaséns continúa indicando que como todo enjuiciamiento, éste también tiene que resolverse a la luz de normas, pero éstas ya no pueden ser positivas sino que son ideales o valores. Nos dice que una de las partes de la filosofía del derecho —la estimativa jurídica— tiene como propósito averiguar los criterios que posibilitan la crítica y valoración en el enjuiciamiento concreto del derecho positivo, y que orientan el desarrollo que debe tener el derecho. Para este autor, se trata del problema conocido como “ derecho natural” , “ derecho racional” , “ idea de justicia” , “ fin supremo del Derecho” , “ deontología jurídica” , “ ideales jurídicos” , “ crítica ideal del derecho” , etc., pero que él prefiere denominarlo

---

<sup>28</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 28.

<sup>29</sup> García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México, UNAM, 1968, p. 128.

<sup>30</sup> Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed., México, Porrúa, 1968, pp. 367 y 368.

estimativa o axiología jurídica, porque así se denota claramente la esencia del problema sin prejuzgar la solución del mismo.<sup>31</sup>

Para Rafael Preciado Hernández

el derecho natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales —supremos, evidentes, universales— que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, y establece las bases de las reglas e instituciones técnicas adecuadas para realizar esa finalidad en un medio social histórico.<sup>32</sup>

El jusnaturalismo, como puede fácilmente intuirse, no se adecua a los requerimientos metodológicos señalados.

En primera instancia, la teoría (o creencia) de los principios o normas universal y objetivamente válidos, evidentes y suprahumanos, no corresponde con el carácter empírico de la ciencia ni, por tanto, con la característica científica de la falsabilidad, es decir, con la posibilidad permanente de que los hechos refuten a las teorías construidas únicamente para explicarlos.

Los principios universales del jusnaturalismo no constituyen una teoría o hipótesis explicativa y contrastable de algún hecho. Por el contrario, parecen integrar parte importante del objeto de estudio, o sea, no son conocimiento sino un fenómeno que ocurre (pretendidamente) en el

---

<sup>31</sup> Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed., México, Porrúa, 1968, p. 368.

<sup>32</sup> Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 1984, p. 243.

universo social. Sin embargo, a pesar de su pregonada evidencia no constituyen un fenómeno fáctico, no son hechos, excepto como acontecimiento psicológico de quien los postula.

Las únicas ciencias que lo son sin ser empíricas, son las ciencias formales: la lógica y la matemática. Sus objetos no se aprecian a través de los sentidos, son objetos intelectuales o ideales: la forma cuantitativa o numérica y la forma sintáctica. Para el jusnaturalismo, su objeto no es una forma intelectual, por el contrario, es una realidad plena de contenido. Pero es una realidad que no puede percibirse por los cinco sentidos ni con auxilio de medio científico conocido.

El jusnaturalismo tampoco corresponde con las características de objetividad, como posibilidad de crítica y de justificación racional, dado que sus postulados tienen un sentido dogmático y que sólo se justifican emocionalmente; pero las emociones son acontecimientos psicológicos o de carácter netamente subjetivo que varían de individuo a individuo, así como varían los contenidos que les atribuyen a los principios mencionados las diversas escuelas jusnaturalistas.

Lo anterior se relaciona directamente con el uso predominante de la función lingüística directiva encubierta por la forma indicativa. En el derecho natural se aparenta, así, comunicar una información pero en verdad lo que se comunica son estados emotivos mezclados con prescripciones moralizadoras y en donde la metáfora se convierte en realidad.

Cuando Preciado Hernández afirma que el derecho natural consiste en los principios que rigen la organización verdaderamente humana y que asignan al derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre, nos preguntamos ¿qué es lo verdaderamente humano? Con precisión no lo sabemos. Si el derecho tiene una finalidad

necesaria, ¿por qué entonces hay que asignársela? La naturaleza humana ¿exige como si tuviera voluntad?

Lo que se encubre es algo sencillo. Lo verdaderamente humano, la finalidad necesaria del derecho, las necesidades humanas que deben ser satisfechas y cualquier otro problema de índole análoga, tienen su solución en el gusto del filósofo jusnaturalista. Y suponemos, en la mayoría de los casos, con la mejor de las intenciones. Aunque para cualquier toma de decisión racional, es necesario considerar hechos y de que aún considerándolos de manera metódica, de ello no puede derivarse lógicamente la decisión de conducta propia ni menos el comportamiento prescrito a otros sea jurídico o moral. Siempre existe, consciente o no, una premisa indispensable de naturaleza subjetiva, arbitraria desde un punto de vista externo, y en todo caso de profundas raíces psicológicas del sujeto que toma la decisión.<sup>33</sup>

Pero ¿por qué aludir entonces a principios metafísicos intangibles, acientíficos, imaginarios? Porque tal filósofo es incapaz de asumir la responsabilidad moral de sus juicios personales sobre lo que está bien o mal en nuestro mundo. No es que él sea quien juzgue, quien juzga es Dios, la historia, la naturaleza humana, etc.

Es muy probable que esto lo realice inconscientemente y entonces se está engañando a sí mismo; o bien, lo hace con conciencia y entonces carece de honestidad. De una forma u otra, para la muy personal ética de quien esto escribe, lo anterior es reprobable: toda moral es personal y toda moral que quiera imponerse a los demás, aunque sea acompañada de vena poética, es una manipulación emocional de los receptores.

---

<sup>33</sup> Cfr. Pérez Carrillo, Agustín, "Problemas de política legislativa en la teoría de Alf Ross", *Estado de derecho. Crisis y renovación*, Hermosillo, Universidad de Hermosillo, 1990, p. 111.

En síntesis, el jusnaturalismo carece en principio de contrastabilidad y, por tanto, de refutabilidad. En este sentido, la diversidad de escuelas del derecho natural no significa, ni mucho menos, evolución. Sólo significa subjetivismo, porque cada escuela predica de sí misma lo verdadero (en clara analogía con las religiones), y cada una se caracteriza por su estancamiento porque se piensa que la perfección no puede ni tiene que evolucionar.

Sin embargo, podemos decir que al menos algunas escuelas del derecho natural satisfacen los requisitos de sistematización teórica, como es el caso del jusnaturalismo formalista.<sup>34</sup> La formulación explícita de conceptos o generalizaciones, que son los que constituyen el fundamento del sistema, no requiere características adicionales para integrarse como tales, dado que pueden ser conceptos teóricos incontrastables, irrefutables o asignificativos, pero son conceptos teóricos.

#### B) Positivismos ideológico.

Esta tesis se caracteriza por tener como supuesto fundamental al imperativo de acatar al derecho positivo. Sus razones pueden ser desde una identificación inconsciente entre moral y derecho, hasta precisas determinaciones de conveniencia social. Aunque, como indica Nino, es muy difícil encontrar algún filósofo positivista importante que se adhiera completamente a esta tesis, la cual es la que con mayor frecuencia ha sido imputada al positivismo por los jusnaturalistas, por la creencia de que el positivismo sirve para justificar cualquier régimen de fuerza y ha contribuido a proporcionar un marco teórico para legitimar sistemas como el

---

<sup>34</sup> Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 198 y ss.



nazi o el soviético.<sup>35</sup> Para el mismo autor, esta tesis involucra una posición ideológica o moral, que sostiene que los jueces deben considerar un solo principio moral: observar todo lo que dispone el derecho vigente. Su debilidad consiste en que si bien este principio moral está en general, justificado por razones de orden, seguridad y certeza, no es el único principio moral válido ni el único que los jueces deben tomar en cuenta en sus decisiones.<sup>36</sup>

Aunque por sí mismo el positivismo ideológico parece una forma extraña de la doctrina del derecho natural,<sup>37</sup> en la mayoría de las ocasiones se constituye como uno de los valores básicos, a veces implícito, de la dogmática jurídica. Por esta razón, toda crítica metodológica a este tipo de positivismo se puede aplicar a aquélla.

El positivismo ideológico es incorrecto por lo siguiente:

El derecho no necesita de prescripciones morales a su favor para cumplir su objetivo de dirección social ni aunque tales prescripciones

---

<sup>35</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 32. Además, este argumento contra el juspositivismo llega al extremo de sostener que es imposible describir o explicar cualquier norma jurídica sin implicar una recomendación moral para su acatamiento.

<sup>36</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, pp. 33 a 35.

<sup>37</sup> Nino determina: "Al lado del iusnaturalismo abierto, que descalifica como derecho al orden positivo que no cumple con ciertos cánones valorativos, se encuentra el iusnaturalismo encubierto y conservador que juzga todo orden coactivo como portador de determinados valores positivos." *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM, 1995, p. 29. Al respecto, Kelsen afirma: "La teoría del derecho que se caracteriza a sí misma como jusnaturalista y que formula el fundamento de validez de la norma y orden normativo representativos del derecho positivo, excluyendo un conflicto entre el derecho natural y el derecho positivo, en tanto, por ejemplo, afirma que la naturaleza ordena obedecer a todo orden jurídico, sea cual fuere el comportamiento que ese orden prescriba, se autoelimina como una doctrina del derecho natural, es decir, como una doctrina sobre la justicia. Abandona así la función esencial al derecho natural de constituir un patrón ético-político, y también, una posible justificación del derecho positivo." *Op. cit.*, nota 22, p. 230.

tengan como base razones de conveniencia social. El argumento básico radica en que si a la sociedad le es beneficioso que se acate al derecho, entonces se “debe” (moralmente) acatar al derecho.

Tal argumento es erróneo porque una cosa es el deber moral y otra el deber como supuesto de una regla técnica para alcanzar determinado propósito; no es posible justificar a priori que para cualquier circunstancia sea “bueno” acatar al derecho. Además, existen dificultades, posiblemente insuperables, para determinar racionalmente de antemano y con precisión qué es lo benéfico para la sociedad.

Por otra parte, no corresponde con la metodología expuesta, porque las prescripciones morales no son conocimiento empírico; en todo caso, pueden ser objeto del conocimiento ético, sea dogmático, sociológico o analítico. Son, por su propia naturaleza, subjetivas (aunque esto no signifique que tengan que ser irracionales), es decir, son irrefutables o empíricamente incontrastables, dado que no es posible que alguna experiencia o enunciado singular informativo, independientemente del argumento utilizado, pueda contradecir a un juicio moral. Por lo mismo, no es posible que posea una característica de la ciencia derivada de su carácter contrastable: su constante cambio o evolución. Tampoco satisface el requisito de mínimo desarrollo teórico ni su sistematización lógica y menos la aproximación a los ideales axiomáticos.

### C) Dogmática jurídica.

Puede parecer extraño ubicar a la dogmática jurídica dentro de este grupo, en virtud de que constituye un desarrollo teórico de gran tradición e influencia respecto de cada una de las grandes áreas que integran nuestro derecho y que representó parte de la reacción histórica contra el

subjetivismo jusnaturalista,<sup>38</sup> sin embargo, los trabajos dogmáticos tienen un vínculo estrecho con el positivismo ideológico y, en no pocas ocasiones, se relacionan explícitamente con el jusnaturalismo.

En Nino es importante destacar que el jurista dogmático no tiene como función central describir y predecir los fallos judiciales, sino constituirse como guía e indicar a los órganos jurisdiccionales la solución correcta para un caso genérico; a un dogmático no le interesa lo que los jueces van a decidir, sino cómo deben decidir.<sup>39</sup>

Además para el jusfilósofo citado, una función extraordinariamente relevante de esta corriente radica en que, a pesar de la aceptación dogmática del derecho positivo que satisface el ideal de la seguridad jurídica, se realiza una verdadera reformulación del derecho para adecuarlo a pautas axiológicas derivadas de las cambiantes circunstancias fácticas y preferencias sociales. Tal reformulación no sólo se realiza tratándose de lagunas, contradicción o indeterminación semántica de las normas, sino también en casos en que existe una solución definida y precisa pero que contradice los postulados valorativos aceptados. Como la aceptación dogmática del derecho es incompatible con su reformulación, los juristas recurren a procedimientos retóricos para hacer aparecer la solución como derivada de alguna norma del orden vigente. Pero casi nunca el dogmático es consciente de tal labor, sino que tiene la creencia sincera de que sus soluciones se incluyen —a veces de manera misteriosa— en el sistema jurídico vigente y que su función es descriptiva no creativa, por lo que tal

---

<sup>38</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, pp. 23 y 24.

<sup>39</sup> *Ibidem.* p. 31

actividad no presenta generalmente un conflicto de ideales: para la dogmática la ley es la ley, pero también tiene suficiente flexibilidad.<sup>40</sup>

Respecto a su valoración metodológica, puede aplicarse en buena parte lo dicho para el jusnaturalismo y el positivismo ideológico, relativo a que el uso de función directiva del lenguaje difícilmente satisface los requisitos epistemológicos de contrastación empírica por los elementos emotivos y valorativos involucrados. Tal función lingüística se presenta en la dogmática en su postura de que el derecho debe ser obedecido y en la labor encubierta de reformulación jurídica. Además, las diversas áreas dogmáticas se presentan como estructuras teóricas aisladas unas de otras en su mayor parte, por lo que no se satisface el requisito de la sistematización teórica general de una disciplina científica y, por lo mismo, se reduce la aproximación a los ideales axiomáticos.

#### D) Realismo jurídico.

Continuando con Nino, escritores de los Estados Unidos y los países escandinavos, como Holmes, Llewellyn, Frank, Olivecrona, Illum, etc., representan esta corriente que se caracteriza por una actitud escéptica ante las normas jurídicas, la cual es una especie de reacción extrema contra una actitud opuesta: el formalismo o dogmatismo ante las normas y los conceptos jurídicos. Según los realistas hay que construir una ciencia del derecho que describa la realidad jurídica con proposiciones empíricamente verificables, en donde los hechos que constituyen al derecho son las decisiones judiciales. Dentro de las críticas a esta corriente se encuentran las siguientes: una cosa es decir que el derecho se encuentra integrado por normas jurídicas, pero que éstas no tienen las virtudes que el formalismo

---

<sup>40</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, pp. 32 a 34.

les asigna, y otra muy diferente es decir que el derecho no consiste en normas en absoluto. El realismo no responde coherentemente a la pregunta ¿cómo sabemos quiénes son los jueces? Por lo menos, esta corriente debe admitir la existencia de normas de competencia a ciertos individuos para actuar como jueces, dado que no existe alguna propiedad natural que diferencie a los jueces de quienes no lo son.<sup>41</sup>

En cuanto a su valoración metodológica podemos considerar que tal corriente satisface el carácter de contrastabilidad empírica, pero en la medida en que otorgue menos importancia al aspecto normativo al describir lo que se considere que es derecho (y llegar al extremo de no darle importancia alguna), en esa medida las teorías que se desarrollen se duplicarán con las de otras disciplinas sociales, como la sociología, perdiéndose así toda propiedad en el objeto de conocimiento. En este sentido, cuando mucho lo que se estará haciendo es sociología del derecho.

#### E) Positivismos metodológico.

Dentro del mismo pensamiento analítico de Carlos Santiago Nino, también se puede llamar a esta corriente positivismo conceptual, lo que con más claridad indica que su tesis distintiva es acerca de la definición del concepto de derecho. Esta corriente no implica necesariamente escepticismo respecto de la justificación de los juicios de valor, pero el concepto de derecho no debe determinarse con propiedades valorativas sino únicamente con propiedades descriptivas. Las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no implican juicios de valor y también son verificables empíricamente. A tal corriente no le interesa como deben ser las normas jurídicas y qué actitud debe adoptarse frente a ellas.<sup>42</sup> En ella es

---

<sup>41</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, pp. 44 a 47.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 37 y 38.

coherente decir que cierto sistema es un orden jurídico o que cierta regla es una norma jurídica, pero que son demasiado injustos como para ser obedecidos o aplicados.<sup>43</sup> En un contexto descriptivo y no valorativo, es necesario agrupar conceptualmente a los sistemas normativos que se acostumbra denominar “ derecho ” de acuerdo con sus rasgos comunes de índole táctica.<sup>44</sup>

En cuanto a su valoración metodológica, se puede señalar, además de su carácter contrastable, que la delimitación del objeto de conocimiento como lo plantea tal corriente posibilita, a diferencia del realismo, construir una estructura teórica propia de la disciplina jurídica sin duplicarse con las teorías de otras ciencias sociales. En tal contexto, la estructura teórica en la que nos apoyaremos fundamentalmente para realizar el presente trabajo es la de Hans Kelsen y Carlos Santiago Nino, la cual se adecua al positivismo conceptual indicado.

---

<sup>43</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 38.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 42.

CAPÍTULO III  
LA VALIDEZ EN LA LEXICOGRAFÍA COMÚN, EN LA FILOSOFÍA Y EN LA  
LÓGICA

LEXICOGRAFÍA.

La forma como una comunidad entiende determinada palabra no se identifica con el concepto teórico connotado por esa palabra. Sin embargo, los usos lingüísticos comunitarios nos proporcionan una primera orientación sobre un significado que satisfaga los requerimientos metodológicos establecidos.

De acuerdo con el Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana,<sup>45</sup> la raíz de la palabra “validez” es la misma del verbo “valer”, la cual proviene del latín “valere”, que significa: ser fuerte, vigoroso, potente; estar sano, tener tal o cual valor. El diccionario Pequeño Larousse Ilustrado nos dice: “Validez. Calidad de válido o valedero; Período de tiempo en el que un documento está en vigencia” .

Dado que el diccionario mencionado apoya el significado de la palabra en cuestión en las palabras “válido”, “valadero” y “vigencia”, veamos la explicación que el mismo diccionario da sobre estos términos: “Válido. Sano, que puede trabajar; Que tiene las condiciones necesarias.” “Valedero. Que debe valer; Eficaz, firme, válido, vivo.” “Vigente. Dícese de las leyes, ordenanzas o costumbres que están aún en vigor.” Y, en cuanto a la acepción que nos interesa, “Vigor. Fuerza de obligar, eficacia.” Con el mismo diccionario, buscamos expresiones en cierto modo

---

<sup>45</sup> Corominas, Joan, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1974.

protocolares,<sup>46</sup> para evitar las circularidades evidentes.<sup>47</sup> Así, interesan los siguientes significados, elegidos de acuerdo con nuestro propósito: “ Valer. Tener cierto mérito; Valor.” “ Eficacia. Virtud, actividad, fuerza.” Y “ Eficaz. Activo, que produce efecto.”

Por su parte, el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, determina: “ Validez. Calidad de válido.” Y “ Válido. Firme, subsistente y que vale o debe valer legalmente.” No encontramos dentro de la gran cantidad de acepciones de “ valer” una que corresponda, indudablemente, con la expresión “ vale o debe valer legalmente” . La más cercana, nos parece, es la siguiente: “ Valer. Tener la fuerza o valor que se requiere para la subsistencia o firmeza de algún efecto” . En esta última definición, a pesar de la presencia del definible “ valor” , no es necesario determinar su correspondiente explicación, dado que el sentido general del *definiens* es protocolar o primitivo, es decir, posee a nuestro entender un mínimo de claridad semántica.

Tenemos entonces que en estos diccionarios el primer término definible “ validez” es explicado con una serie de términos, también definibles, como son: valer, valor, válido, valedero, vigencia, eficaz, eficacia y vigor. Las expresiones aceptadas como primitivas que se encontraron y que nos parecieron interesantes, como orientadoras del significado, son las siguientes: firme, fuerza de obligar y que produce efecto.

Según Agustín Pérez Carillo, a pesar de la utilidad de las definiciones que aparecen en diccionarios tienen las siguientes limitaciones: no existen las definiciones lexicográficas que comprendan todos los usos en diferentes épocas ni tampoco en una sola época; además; una rigurosa definición de

<sup>46</sup> Las proposiciones elementales o protocolares son aquellas que se verifican inmediata y empíricamente. Porta, Miguel, *El positivismo lógico*, Barcelona, Montesinos, 1983, p. 71.

<sup>47</sup> Cfr. Pérez Carrillo, Agustín, *Introducción al estudio del derecho*, México, Textos Universitarios, 1982, p. 37.



este tipo debe ser producto de una investigación empírica y no únicamente de escritorio.<sup>48</sup>

## LA VALIDEZ EN LA FILOSOFÍA

Respecto a la validez en la filosofía, el Diccionario de filosofía de Abbagnano señala lo siguiente:

Validez. 1) La universalidad subjetiva; en este sentido es válido lo que es (o debe ser) reconocido por todos como verdadero, bueno, bello, etc. 2) La conformidad con reglas de procedimiento establecidas o reconocidas. En tal sentido, se dice que es válida una deducción, si se conforma a las reglas de la lógica, una ley, si se conforma a las reglas constitucionales, una sentencia si se conforma a las leyes o una orden si es dada por la persona a la que corresponde darla y en las formas establecidas por las reglas... 3) La utilidad o eficacia de un medio o de un instrumento cualquiera.<sup>49</sup>

En relación a las acepciones primera y tercera no existe adecuación a nuestro propósito fundamental. En cambio el segundo significado nos parece muy interesante. Esto se debe a dos razones: la primera radica en que se hace un paralelismo entre la validez lógica y la validez jurídica, y la segunda en que representa una de las acepciones teórico jurídicas de la validez: la de coherencia normativa.

El filósofo del derecho Luis Recaséns Siches nos presenta una singular acepción del término:

<sup>48</sup> Pérez Carrillo, *op. cit.*, nota 47, p. 48.

<sup>49</sup> Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

Hay seres reales, pero hay además, seres irreales o ideales que ofrecen a todo arbitrio del sujeto análoga resistencia que los objetos reales. Nos encontramos frente a ellos como nos encontramos frente a un árbol. A diferencia del árbol, no tienen realidad, pero sí tienen un ser objetivo, que impone determinadas exigencias a nuestra mente. A ese ser objetivo de los objetos ideales se le llama validez. Yo encuentro el principio 2 más 2 igual a 4 gracias a un esfuerzo de mi mente; pero este principio no es un pedazo de mi psiquismo, sino que es una realidad con propia consistencia, con validez.<sup>50</sup>

Para entender mejor este argumento a favor de las entidades ideales objetivas, apreciemos lo que el mismo autor señala a continuación: “ Evidentemente el derecho no es un ser ideal. Mientras que el principio de que todos los radios del círculo son iguales tenía consistencia ideal antes de que el primer geómetra lo descubriese, por el contrario, un Código Civil no existe antes de ser elaborado.”<sup>51</sup>

Nos queda la razonable duda, si la anterior argumentación fue o no producto de alguna búsqueda conciente del significado de “ validez” . Es posible que se trate de una definición estipulativa, en la que se dispone, libremente, asignarle determinado nombre a determinado fenómeno para evitar una larga descripción y con un propósito de economía en el lenguaje. También es posible se trate de un intento de definición real, en la cual se busca encontrar la verdadera esencia de un objeto, ya sea observable o ideal.

---

<sup>50</sup>

<sup>51</sup> Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 30, p. 58.  
*Idem.*

En todo caso, tal argumento tiene un innegable sentido esencialista. Veamos por qué. A partir de la expresión: “ tenía consistencia ideal antes de que el primer geómetra lo descubriese” , puede inferirse que el número cuatro existe por sí mismo, independientemente de la mente del matemático o de cualquier sujeto que pueda pensar en tal número. Podemos deducir que las entidades ideales, de las que forma parte la validez, no son una especie del género de las ideas, entendidas éstas como sucesos psicológicos o eléctrico-neuronales que acontecen exclusivamente en el ámbito interno de los individuos.

Las ideas trascienden al individuo únicamente en la medida en que se comunican a otros individuos, o bien, en cuanto se registran en algún documento, ampliamente considerado. Además, la aludida consistencia ideal o resistencia al arbitrio de la mente, cualquier cosa que esto signifique, ¿es condición suficiente para inferir a partir de ella la existencia, *per se*, de tales seres ideales o de su ser objetivo? Esta inferencia es importante, dado que la existencia mencionada se encuentra al margen de la mente humana y al margen de la realidad física. Una respuesta es la que desarrollamos a continuación.

Si de inferencias hablamos, únicamente existen dos posibilidades para aceptar la conclusión obtenida. Cada una de estas posibilidades tiene su cualidad y limitación particular. Nos estamos refiriendo, en primer término, a las tautologías lógicas y, en segundo, a las contingencias lógicas. En las primeras, como se sabe, dentro de un análisis veritativo funcional los valores de la conclusión siempre son verdaderos. En cambio, en las segundas, los valores de la conclusión son, al menos, uno verdadero y, al menos, uno falso. Una tercera posibilidad, la de todos los valores falsos, significa contradicción de premisas, es decir, la posibilidad lógica de

concluir cualquier cosa imaginable, por lo tanto, esta última es una inferencia sin utilidad racional.

Como se comentó en el primer capítulo, la cualidad específica de la tautología radica en su solidez: dadas unas premisas necesariamente se tiene la conclusión sin importar las posibilidades fácticas. Y, precisamente, en esto último radica su particular limitación: no informa, en absoluto, algo acerca de los hechos. Estas características también las comparten los denominados juicios analíticos.

Por su parte, la cualidad propia de las contingencias lógicas consiste en su capacidad informativa de los hechos, lo cual es muy importante en el campo del conocimiento y, especialmente, del conocimiento científico. Su limitación especial se constituye en el hecho de que la conclusión no es necesaria. A partir de determinadas premisas, la conclusión puede ser así o puede ser de otra forma.

Una contingencia puede justificarse de dos maneras:

Una, la inductivo-probabilística que, con apoyo en criterios similares a los de Francis Bacon o de John Stuart Mill, requiere demostrar la experiencia repetida en un número mínimo de ocasiones de la presencia simultánea de dos o más elementos observables para derivar de ahí, en términos de mayor o menor probabilidad, la conclusión generalizada que vincula a los citados elementos.

Tratándose de las ideas del autor Recaséns Siches, se requeriría demostrar lo siguiente: primero, que se observó en determinado tiempo y lugar y en determinadas circunstancias una presencia simultánea de un elemento entidad ideal o irreal que resiste a todo arbitrio subjetivo o que impone determinadas exigencias a la mente, con el elemento ser objetivo de tales entidades, es decir, su existencia independiente de la mente de los sujetos, o su validez. En segundo lugar, que tal observación se repitió en

determinado número de ocasiones y en específicos tiempos, lugares y circunstancias.

La segunda forma de justificación de una contingencia, la hipotético-deductiva,<sup>52</sup> y que epistemológicamente supera a la anterior, consiste en primera instancia en ser conscientes de la naturaleza puramente especulativa de la conclusión o enunciado correspondiente. Esto significa que en la lógica del conocimiento no existen procesos o medios previamente establecidos para crear una idea o enunciado científico, artístico o cualquier otro. En segundo lugar, y de acuerdo a nuestro marco metodológico, tal conclusión o enunciado general se sostiene, gnoseológicamente hablando, sólo mientras no sea refutado. Esto significa tres cosas: la importancia que tiene la contrastación empírica o actividad observacional en la solidez de los enunciados generales, el carácter provisional de éstos y el modelo deductivo formal de su falsación.

Así, se resumen las justificaciones razonables de una inferencia en: tautológicas, inductivo-probabilistas e hipotético-deductivas.

Nos preguntamos: ¿en cuál se encuentra la inferencia que hace Luis Recaséns Siches? En las tautológicas no, porque su conclusión no se encuentra comprendida dentro de sus propias premisas. Tampoco ofrece una justificación inductivo-probabilista, porque nada indica sobre observaciones en su apoyo, las que no pueden existir sobre entes ideales fuera de la realidad física, además de que su conclusión es planteada de manera categórica como una verdad inmutable, y no en términos de probabilidad. Y tampoco parece dar oportunidad a una justificación hipotético-deductiva, dado que de su conclusión no pueden derivarse enunciados empíricos susceptibles de contrastación fáctica, lo cual

---

<sup>52</sup> Popper, Karl, *op. cit.*, nota 6, pp. 39 y ss.

convierte a tal enunciado en irrefutable e inverificable en virtud de encontrarse su connotación más allá de la experiencia humana. No aceptamos, entonces, esta acepción metafísica de la palabra “validez”.

Parece que dentro de la epistemología se acostumbra utilizar el término sin elaborar una definición explícita. Por esta razón, intentaremos sintetizar en una idea las condiciones de uso que, para la palabra, imponen algunos de los teóricos de la ciencia.

A continuación, citamos dos párrafos de una obra de Karl Popper, suficientemente reveladores de la problemática en el uso del término:

Como ahora sabemos, la idea de verdad no es en absoluto la única cuya importancia y legitimidad no se ven disminuidas por el hecho de que no haya criterios generales de aplicación en casos específicos. Un ejemplo de características similares nos lo suministra la idea de deducibilidad: sabemos que en muchas teorías es insoluble el problema de la decisión acerca del carácter de teoremicidad, a menos que nos limitemos a una teoría deducible, una teoría en la que se pueda resolver el problema de la decisión, en esto no hay criterios para un procedimiento general que nos permita decidir, en cada caso particular, si un supuesto teorema de la teoría es o no un teorema válido; es decir, si es o no deducible con los medios lógicos suministrados por la teoría (en este sentido empleo los términos “teorema válido”, “derivación válida, etc.”).<sup>53</sup>

E inmediatamente agrega Popper, de gran interés para nuestro tema:

Así pues, aunque no dispongamos de un criterio general de validez o teoremicidad para teorías indecidibles, las ideas de validez o teoremicidad son perfectamente claras, incluso en teorías indecidibles: un supuesto

---

<sup>53</sup> Popper, Karl, *Conocimiento objetivo*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1982, p. 289.

teorema es efectivamente válido si, y sólo si, existe una derivación válida del mismo, independientemente de que demos con ella. La ausencia de dicho criterio no contribuye en absoluto a la vaguedad de la expresión " teorema válido" . Lo que ocurre es más bien una consecuencia directa de nuestra incapacidad de comprobar el número infinito de todas las derivaciones válidas para ver si alguna de ellas desemboca en el supuesto teorema. Podemos tener suerte y descubrir alguna prueba o una contraprueba del teorema supuesto; pero si no tenemos esa suerte, a menos que la teoría permita un procedimiento de decisión, no hay manera de descubrir si la fórmula en cuestión es o no un teorema.<sup>54</sup>

De acuerdo a lo anterior, podemos equiparar a la definición de un término o expresión con los criterios generales de su aplicación en casos específicos. También podemos entender que estos criterios o definición no son necesarios para el propósito del autor si se trata de la validez de los teoremas para teorías indecidibles. Estas teorías son aquellas que no suministran, por sí mismas, los medios lógicos para decidir si un teorema es deducible para cada caso particular imaginable.

El epistemólogo Mario Bunge indica que los teoremas, al igual que los axiomas, representan el estadio lógico de los enunciados de una teoría. Los axiomas son los supuestos iniciales de los cuales se derivan los teoremas.<sup>55</sup> Las denominadas teorías decidibles en Popper son las teorías axiomatizadas.

Al respecto, Bunge nos dice lo siguiente:

En una teoría completamente axiomatizada todos los teoremas pueden derivarse de los supuestos iniciales por medios puramente formales (lógicos

---

<sup>54</sup> Popper, Karl, *op. cit.*, nota 6, p. 289.

<sup>55</sup> Bunge, Mario, *La investigación científica*, 7ª ed., Barcelona, Ariel, 1980, p. 435.

o matemáticos), o sea, mediante la aplicación de las reglas de la inferencia deductiva. Dicho de otro modo: dados los axiomas de la teoría y las reglas de inferencia presupuestas por la teoría (o sea, los subyacentes sistemas de lógica y matemática), todos los teoremas quedan unívocamente determinados, aunque ninguno de ellos se haya derivado aún efectivamente. La predeterminación lógica es la única efectiva, y es peculiar a las teorías axiomáticas.<sup>56</sup>

Asimismo, para Popper, son equivalentes las ideas de deducibilidad, teoremicidad y validez. Ideas en las cuales la falta de una definición general no les quita su claridad. ¿Qué claridad? La claridad de que un supuesto teorema es válido si, y sólo si, existe una derivación válida del mismo, independientemente de que demos con ella, lo cual no constituye un criterio general de aplicación para casos específicos, es decir, una definición. ¿Pero, por qué no? Porque aunque se conozca la citada condición de validez de un teorema y aunque se trate de aplicar este conocimiento a un caso concreto, no se puede decidir, con certeza, si ese específico teorema es válido o no.

Conviene apuntar que el anterior desarrollo de la idea de validez en Popper es una aplicación de las ideas del matemático polaco Alfred Tarski sobre la noción de verdad. Esta tesis se denomina “ concepción semántica de la verdad” en virtud de que sus elementos vinculan el lenguaje con el objeto designado con abstracción de los sujetos (a diferencia de la pragmática) y constituye una rehabilitación de la antigua teoría objetiva o absoluta de la verdad y supera a la más moderna teoría relativa o subjetiva.

Nos parece indispensable comentar con cierto detalle la tesis de Tarski para comprender mejor la idea que Popper tiene sobre validez.

---

<sup>56</sup> Bunge, Mario, *op. cit.*, nota 55, p. 435.



La tesis absoluta de la verdad nos indica que un enunciado es verdadero si está de acuerdo, corresponde o se refiere a los hechos, a la realidad o a lo existente. Dado que históricamente, en el mundo de la ciencia, mucho de lo que se tenía como realidad o existencia incommovible se derrumbaba estrepitosamente, v. gr. el geocentrismo, el tiempo newtoniano, el determinismo físico, etc., se consideró que la verdad absoluta es únicamente una ilusión.

Si la verdad depende de su correspondencia con los hechos, pero los hechos sólo son aquellos que creemos que son, entonces la verdad es sólo lo que creemos que es. Únicamente existen, entonces, verdades relativas y provisionales, a lo sumo parciales. En este contexto, el progreso de la ciencia muy bien podía prescindir de la noción de verdad.<sup>57</sup>

Entre las concepciones objetivas de la verdad tenemos, en primer término, la de Platón, quien en el *Cratilo* hace decir a Sócrates: “ El discurso, que dice las cosas como son, es verdadero; y el que las dice como no son, es falso.”<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup>Sin embargo, en la búsqueda de una concepción de verdad que atienda el aparentemente ineludible relativismo histórico, se constituyeron diversas tesis subjetivistas, que pueden sintetizarse en las siguientes: Teoría de la coherencia, que señala como verdadero a la ausencia de contradicción, es decir, a la consistencia lógica. Una variante de esta tesis es la de la concordancia entre el pensamiento con la experiencia o la percepción. Teoría pragmatista de la verdad, que considera como verdadero todo aquello que satisfaga alguna utilidad práctica. En el caso de las teorías científicas son verdaderas todas aquellas que nos sirvan para explicar un fenómeno independientemente de que surja, después, otra que lo explique mejor. Fingerman, Gregorio, *Lógica y teoría del conocimiento*, 31ª ed., México, El Ateneo, 1983, p. 141. Finalmente tenemos a la teoría de la evidencia, para la cual lo verdadero es lo conocido como verdadero. Cfr. Popper, Karl, *El Desarrollo del conocimiento científico, conjeturas y refutaciones*, p. 261. Teoría, que, si cabe decirlo, es la más subjetiva de todas.

<sup>58</sup> Platón, *Cratilo o de la exactitud de los nombres*, Obras completas, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p.265.

Por su parte, Aristóteles señala que: “ Decir que el ser no existe, o el no ser existe, he aquí lo falso; y decir que el ser existe, que el no ser no existe, he aquí lo verdadero” .<sup>59</sup>

Algunas de sus correspondientes reformulaciones modernas son las siguientes: “ La verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) con la realidad” y “ una oración es verdadera si designa un estado de cosas existente” .<sup>60</sup>

La dificultad con este tipo de concepciones radica en la subordinación de la noción de verdad a términos problemáticos *per se* como son “ ser” , “ existencia” y “ realidad” . Y, también, a que como toda definición se señala el criterio general para el uso correcto de la palabra para cada caso concreto imaginable. Propósito inalcanzado dado que la corrección en el uso de la palabra “ verdad” se encuentra sujeta a los términos problemáticos antes señalados, particularmente vagos. Entonces el problema se desplaza a la definición de tales términos.

La idoneidad radica, entonces, en sujetar el uso de la palabra “ verdad” a términos inequívocos que no ofrezcan problemas de aplicación a los casos concretos. En los lenguajes naturales, esos términos son inexistentes.

Por su parte, en la concepción semántica de la verdad de Tarski no se utilizan términos equívocos ni tampoco se define a la verdad. Esto no significa que elude el problema hablando de otra cosa, sino que plantea una expresión de la verdad formalmente precisa, y que responde materialmente a la idea intuitiva de la verdad absoluta. Esta expresión es la siguiente:

---

<sup>59</sup> Aristóteles, *Metafísica*, Obras completas, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1967, p. 129.

<sup>60</sup> Tarski, Alfred, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1972, pp. 12 y 13.

(T) X es verdadera si, y sólo si, p.

Expresión a la cual Tarski denomina equivalencia de la forma (T). Donde "X" es el nombre de una oración enunciativa y "p" es el significado de la oración usada. Esto no significa una relación entre oraciones, de lo contrario se trataría de una concepción sintáctica y no semántica.

Lo anterior se traduce en que "p" simboliza los hechos, el mundo, la realidad, etc., cualquier cosa que esto signifique, pero que se encuentran enunciados por la oración usada. Así lo entendemos, porque aunque Tarski habla de sustituir "p" por una oración y no por el significado de una oración, solo así se mantiene el carácter semántico. Lo importante es que no se utilizan alguno de esos términos vagos.

El predicado "verdadera" se aplica al nombre de una oración y no a la oración usada, como parece suceder en algunas de las definiciones tradicionales de la verdad absoluta. Esto es así, porque no es posible predicar algo de un uso concreto del lenguaje, sino que para poder hacerlo se le tiene que nombrar. En otras palabras, si calificamos a una oración, esta oración calificada no puede estar siendo usada al mismo tiempo, tiene que ser nombrada. Si yo juzgo que una oración corresponde con los hechos, entonces la juzgo, nombrándola, como verdadera.

En la concepción de Tarski, no sólo se eliminaron los términos problemáticos aludidos, sino también atiende en este sentido a las expresiones que aluden al vínculo entre el lenguaje y el objeto. En lugar de expresiones como: "corresponde con", "está de acuerdo con", "designa a", se utiliza una expresión que connota una relación de

necesidad y suficiencia: “ si, y sólo si” . Expresión que es la más cercana a la conectiva de la lógica formal denominada equivalencia material.

Sin embargo, cercanía no significa identidad. El “ si, y sólo si” es una expresión del lenguaje natural que no posee los atributos inequívocos formales de la conectiva lógica correspondiente. Esto importa en la medida en que Tarski señala:

El problema de la definición de la verdad adquiere un significado preciso y puede resolverse en forma rigurosa solamente para aquellos lenguajes cuya estructura se ha especificado exactamente. Para otros lenguajes —por ejemplo, para todos los lenguajes naturales o “ hablados” — el significado del problema es más o menos vago, y su solución sólo puede tener un carácter aproximado.<sup>61</sup>

Y uno de los lenguajes cuya estructura se ha especificado con exactitud, es precisamente el de la lógica formal.

En este contexto, si se formaliza completamente la equivalencia de la forma (T) resulta como sigue:

$$(A) \quad Vn \leftrightarrow p$$

En donde Vn simboliza “ el nombre de una oración enunciativa es verdadera” , y se sustituye el “ si, y sólo si” por la conectiva del bicondicional.

La expresión (A) tiene las siguientes equivalencias formales:

$$(B) \quad (Vn \rightarrow p) \wedge (p \rightarrow Vn)$$

---

61

Tarski, Alfred, *op. cit.*, nota 60, p. 21.

$$(C) \quad \neg(\forall n \wedge \neg p) \wedge \neg(p \wedge \neg \forall n)$$

Y, por el teorema de Morgan:

$$(D) \quad (\neg \forall n \vee p) \wedge (\neg p \vee \forall n)$$

En donde las disyunciones son exclusivas.

Tales equivalencias nos ayudan a comprender la precisión aportada por Tarski a la idea intuitiva de la verdad absoluta. Para esto conviene traducir tales fórmulas al lenguaje natural con un ejemplo del mismo autor.

- (A) La oración “ la nieve es blanca ” es verdadera si, y sólo si, la nieve es blanca.
- (B) Si la oración “ la nieve es blanca ” es verdadera, entonces la nieve es blanca, al mismo tiempo que: si la nieve es blanca, entonces la oración “ la nieve es blanca ” es verdadera.
- (C) Es falso que la oración “ la nieve es blanca ” es verdadera y que simultáneamente la nieve no es blanca, al mismo tiempo que: es falso que la nieve es blanca y que simultáneamente la oración “ la nieve es blanca ” no es verdadera.
- (D) O bien, la oración “ la nieve es blanca ” no es verdadera, o bien, la nieve es blanca, al mismo tiempo que: o bien, la nieve no es blanca, o bien, la oración “ la nieve es blanca ” es verdadera.

Tarski nos aclara lo siguiente:

Debemos subrayar que ni la expresión (T) misma (que no es una oración sino un esquema de oración), ni caso particular alguno de la forma (T)

pueden considerarse como una definición de la verdad. Sólo podemos decir que toda equivalencia de la forma (T), obtenida reemplazando “ p ” por una oración particular, y “ X ” por un nombre de esta oración, puede considerarse una definición parcial de la verdad, que explica en que consiste la verdad de esta oración individual. La definición general debe ser, en cierto sentido, una conjunción lógica de todas estas definiciones parciales.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Tarski, Alfred, *op. cit.*, nota 60, p.16. El filósofo mexicano Luis Villoro intenta refutar a Tarski, sosteniendo una postura subjetiva de la verdad. Para Villoro “lo que convierte a un conjunto material de trazos o sonidos en oración declarativa de un lenguaje, no es ninguna propiedad física de esos trazos o sonidos, sino el que sean usados para referirse a un hecho y describirlo. Los trazos o fonemas que componen la oración singular son sólo un conjunto de moléculas sujeto a leyes físicas; no se refieren a nada mientras no sean utilizadas por alguien para ese propósito. Por lo tanto, para poder aplicar a un conjunto determinado de trazos físicos el predicado de verdaderos, es menester suponer que ellos se refieren a un hecho existente; tenemos que suponer, entonces, que alguien juzga con ellos ese hecho [...] no puedo saber que algo es verdadero, con independencia de mis modos de aprehender la verdad. Si para saber que *p* se exigiera que el hecho *p* estuviera desligado de cualquier aprehensión de un sujeto, nadie podría saber, porque nadie podría poner en relación ese hecho con el enunciado que asevera su existencia.” *Creer, saber, conocer*, 2ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1984, pp. 177 y 178. Nuestra réplica a lo dicho por Villoro es la siguiente: La equivalencia de la forma (T) o alguna de sus partes, no es una oración, sino un esquema de oración. Nadie la utiliza para describir al mundo. Los casos particulares de tal esquema constituyen oraciones declarativas, pero para esto no requieren necesariamente ser usadas con ese propósito y tampoco necesitan encontrarse en el contexto espacio-temporal en que un ser humano determinado las está utilizando. Ejemplo de la primera situación la tenemos en el discurso fabulador, como en el caso de una novela, y, de la segunda, en el registro de enunciados en un documento antiguo. Aun el caso particular de un ser humano que usa el lenguaje con el propósito deliberado de describir al mundo, no contradice la concepción de Tarski, porque el juicio de verdad de una oración en esa circunstancia depende de los hechos, independientemente de que el sujeto que realiza el juicio los conozca o tenga métodos de verificación de esos hechos. La razón es que tales circunstancias subjetivas son innecesarias en una oración bicondicional: la oración “la nieve es blanca” es verdadera, si y sólo si la nieve es blanca. Como se aprecia, en tal juicio de verdad no hace falta que el sujeto que realiza el juicio conozca que la nieve sea blanca o que posea procedimientos específicos para verificar que la

Al igual que la verdad en Tarski, la validez en Popper se presenta como una aparente paradoja: se pueden expresar con precisión y al mismo tiempo se encuentran indefinidas, porque no señalan un criterio indubitable de aplicación a cualquier caso concreto imaginable. Las dos responden a una concepción intuitiva, la primera a una realidad objetiva que no sabemos determinar y la segunda a una relación lógicamente necesaria, que tampoco percibimos cuando se presenta. Pero ambas se encuentran expresadas con una gran exactitud.

Por otra parte, las dos comparten la función de nociones reguladoras o impulsoras de la actividad científica, la primera para evitar la falsedad, y la segunda para lograr teorías más amplias y más sólidamente estructuradas. No se tiene la certeza de la verdad de una oración

---

nieve sea blanca. Contra la idea de que no puede saberse que algo es verdad con independencia de los modos de aprehensión de la misma, señalamos que una cosa es conocer los hechos y otra diferente conocer la verdad de una oración condicionada a que corresponda con los hechos independientemente de que se les conozca o no. Así, es posible predicar la verdad de una oración (de forma hipotética) sin hacer el juicio de relación entre los escurridizos hechos y el enunciado (de forma categórica) que asevera su existencia. La caracterización de ciencia se ha transformado de un sistema de conceptos en un sistema de enunciados y esto se traduce en que el lenguaje adquiere su propia significación con independencia de los sujetos específicos que lo utilizan, como sucede con las normas legales, las cuales pueden decir lo que nunca tuvo el legislador la intención de decir y que siguen diciendo muchos años después de que el legislador correspondiente falleció. Lo mismo sucede con la ciencia.

descriptiva o de la validez de un teorema, pero es posible encontrar la certeza de su falsedad o de su invalidez.

## LA VALIDEZ EN LA LÓGICA

Por lógica entendemos aquí, únicamente, a la denominada lógica formal, la cual es la disciplina que se encarga del estudio de las condiciones sintácticas en que un uso del lenguaje cumple o no su función y en las que un argumento es sólido o no lo es.

En el diccionario de Abbagnano se afirma sobre validez lógica:

Más particularmente y limitado al dominio de la lógica, Carnap ha propuesto denominar válido al enunciado (o a la clase de enunciados) que es la consecuencia de una clase nula de enunciados; y contraválido al enunciado del cual todo enunciado pueda ser consecuencia. En este sentido, los dos términos sustituyen a analítico y contradictorio respectivamente.<sup>63</sup>

En el mismo diccionario se cita a Carnap diciendo que: “ un enunciado se denomina analítico cuando es una consecuencia de la clase nula de enunciados (y así, una consecuencia de todo enunciado). Esto significa que un enunciado es analítico en tanto su negación sea contradictoria.”<sup>64</sup>

Entendemos por clase nula de enunciados a un esquema sintáctico al que puede dársele cualquier contenido semántico imaginable y, en todo caso, sigue teniendo como consecuencia al enunciado que Carnap denomina válido o analítico. Parece, aquí, circunscribirse la predicación de validez al

<sup>63</sup> Abbagnano, Nicola, *op. cit.*, nota 49, p. 1173.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 66. También se entiende por clase nula a las proposiciones universales, es decir, a las que carecen de contenido existencial referido:  $(x) Ax \rightarrow Bx$ . Pero esto no parece corresponder a la idea de Carnap.



consecuente o conclusión del argumento o implicación y no de éstos en su conjunto. De cualquier modo, interesa la idea de validez lógica como opuesta a la de contradicción.

Para Gustav Bergmann, en lógica:

la validez e invalidez deben ser distinguidas de la verdad y falsedad. Un juicio es verdadero o falso. Un razonamiento, y sólo un razonamiento, es válido o inválido. Los conceptos (palabras, términos) no lo son.[...] “ La validez de un razonamiento depende de su forma y sólo de su forma, y forma significa aquí[...] el esquema que resulta después de reemplazar todas las palabras descriptivas, y a veces juicios enteros, por signos alfabéticos.”<sup>65</sup>

De manera análoga, Irving Copi nos dice que

la verdad y falsedad caracterizan las proposiciones o los enunciados, y puede decirse, en sentido derivado, que caracterizan las oraciones declarativas en que se les formula. Pero los argumentos no se caracterizan propiamente porque son verdaderos o falsos. Por otro lado, la validez y la invalidez caracterizan los argumentos más bien que las proposiciones o los enunciados.<sup>66</sup>

Y el mismo autor agrega que “ la validez y la invalidez son características puramente formales de los argumentos: dos argumentos cualesquiera que tienen la misma forma o son válidos ambos o ambos son inválidos, independientemente de las diferencias de su contenido.”<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Bergmann, Gustav, *Filosofía de la ciencia*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 33.

<sup>66</sup> Copi, Irving, *Lógica simbólica*, México, Compañía Editorial Continental, 1986, p.18.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 35.

Copi define a la validez de la siguiente manera: “ Un argumento deductivo es válido cuando sus premisas y conclusión están relacionadas de modo tal que es absolutamente imposible que las premisas sean verdaderas, a menos que la conclusión lo sea también.” <sup>68</sup>

Los señalamientos de los dos autores anteriores conforman la perspectiva usual sobre la validez lógica: ésta es diferente de la noción de verdad, que utiliza también esta disciplina para calificar únicamente a proposiciones atómicas (enunciados o juicios) o a partes de una proposición, y aparece junto con el predicado “ falso ” en los análisis veritativo funcionales de argumentos o de proposiciones moleculares.

En cambio, la validez califica exclusivamente a los argumentos (razonamientos) o a expresiones complejas cuya conectiva principal consista en una implicación material.

La verdad a que refieren estos autores tiene un sentido semántico a pesar de que la lógica formal se desinteresa absolutamente por los hechos. La razón de lo anterior radica en que su manejo es mera posibilidad sin importar su verificación. A este tipo de noción alude la expresión “ lógica bivalente ” a dos valores: verdadero y falso.

Estamos de acuerdo con la distinción señalada entre validez y verdad siempre que se considere a la verdad semántica y no a la denominada verdad lógica. Esta última alude a expresiones lógicas complejas cuya conectiva principal puede ser o no una implicación material. Se indica que tales expresiones son verdaderas lógicamente cuando las posibilidades de valor de su conectiva básica sean siempre de verdad, es decir, sean tautológicas.

---

<sup>68</sup> Copi, Irving, *op. cit.*, nota 66, p. 18.

A diferencia de la verdad semántica, en la verdad lógica no existen únicamente dos posibilidades valorativas, verdadero y falso, existe una tercera: la contingencia lógica, en la cual los valores de la conectiva básica contienen al menos una verdad y al menos una falsedad. Ejemplo de verdad lógica es “ Juan habla o no habla” , de falsedad lógica “ Juan habla y no habla” y de contingencia lógica “ Juan habla” .

La contrapartida de la verdad lógica: la falsedad correspondiente consiste en que los valores de la conectiva principal son todos de falsedad, lo cual significa contradicción de enunciados.

Como se aprecia, en los autores citados únicamente se aplica el término de validez a los razonamientos y no a toda expresión lógica compleja. Sin embargo, autores como Willard Van Orman Quine sí identifican validez con tautología: “ Un esquema veritativo-funcional se llama válido cuando es verdadero para toda interpretación de sus letras.” <sup>69</sup>

¿Qué podemos concluir? ¿Validez en relación, únicamente, con los razonamientos correctos o validez en relación con cualquier expresión tautológica? Justificaremos una respuesta a continuación.

Independientemente de considerar que a ninguna palabra le corresponde un significado único, pueden exponerse las siguientes razones para preferir la identificación entre validez y verdad lógica y, en consecuencia, sustituir el uso de la última expresión por la primera:

1. Se evitan los problemas naturales derivados de la ambigüedad de la palabra “ verdad” dentro de la disciplina: verdad lógica y verdad semántica.

---

<sup>69</sup>

Quine, Willard Van Orman, *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel, 1981, p. 58.

2. Se determina con mayor precisión el objeto de la lógica. Tal objeto no se circunscribe solamente al estudio del argumento, sino a las condiciones formales de los usos del lenguaje necesarias para poder cumplir su función comunicadora, idea en la cual ya se encuentra comprendido el estudio sintáctico del argumento.

La segunda razón se explica en el sentido de que delimitar el objeto de estudio de la lógica al argumento válido es dejar fuera mucho del campo de actividad de esta disciplina. Al ampliarse la connotación de validez, parece natural ampliar simultáneamente el objeto tradicional de la lógica.

Pero, más importante, esta ampliación es coherente con el señalamiento que hace Alf Ross quien en un estudio sobre la lógica normativa hace explícita la relación entre verdad lógica o validez y la aptitud comunicadora del lenguaje, y en donde asevera lo siguiente:

Validez se convierte en un concepto de orden superior, y será aplicable incluso en la lógica indicativa, significando que una expresión es aceptable por poseer significado indicativo. El concepto de verdad y el concepto de aceptación pueden ser eliminados completamente de la lógica indicativa cuando se interpreta ésta como tratando de las condiciones en las cuales se puede aceptar que una combinación de sentencias tiene significado, o podríamos decir también, de las condiciones en las cuales presentar una proposición es compatible con presentar otra.<sup>70</sup>

Se aprecia como Ross se refiere a verdad o aceptación en sentido lógico y no empírico o semántico.

---

<sup>70</sup> Ross, Alf, *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos, 1971, p. 166.

Podemos sintetizar a manera de conclusión que el mismo concepto de validez lógica puede aplicarse tanto a enunciados descriptivos como a enunciados directivos, es decir, puede aplicarse tanto al terreno de la lógica indicativa como al de la lógica deóntica con la misma función: la de señalar las condiciones sintácticas en las que los enunciados cumplen su propósito lingüístico, sea éste el de describir al mundo o de dirigir la conducta humana.

## CAPÍTULO IV

## LA VALIDEZ EN LA FILOSOFÍA TRADICIONAL DEL DERECHO EN MÉXICO

Entendemos por filosofía tradicional del derecho a la ontología jurídica que se ocupa del estudio del ser derecho o esencia de lo jurídico, lo que comprende los valores del derecho.

Dentro de esta disciplina, Rafael Preciado Hernández nos dice lo siguiente:

sin incurrir en contradicción, podemos sostener que las normas son inviolables en cuanto rigen las consecuencias de los actos humanos; y que son violables esencialmente, por parte del hombre, en cuanto se refieren a la observancia de la conducta prescrita en ellas. La primera es una relación intrínseca, puesto que establece la adecuación de un medio a un fin, la exigencia de que el acto se realice por ser ordenado al bien racional —en esto consiste la validez—; mientras que la segunda es una relación extrínseca, dado que considera a la norma, ya no en los términos que vincula la necesidad moral, sino en cuanto aquélla se dirige al hombre exigiéndole su observancia —se trata en este caso de la eficacia.<sup>71</sup>

El mismo autor, en otra parte de su obra, afirma:

La validez de las normas jurídicas no depende de su eficacia. De lo contrario no expresarían un deber, una relación de finalidad propuesta o impuesta racionalmente a una voluntad libre; significarían simplemente una explicación causal, expresarían el medio forzoso, fatal, como se realizan las acciones humanas, no habría diferencia entre las normas y las leyes

---

<sup>71</sup> Preciado Hernández, Rafael, *op. cit.*, nota 32, p. 76.

cosmológicas o las reglas técnicas. Ahora bien, ya explicamos en otro lugar, que la validez es una relación intrínseca de la norma, por virtud de la cual ésta prescribe como necesario moralmente un acto por ser adecuado para realizar un fin valioso, el bien racional. Y es evidente que esta relación de adecuación no se altera por el hecho de que el destinatario o sujeto obligado, no observe la conducta prescrita por la norma; más bien esa validez se hace patente, por decirlo así, cuando el sujeto infringe la norma desobedeciendo el mandato contenido en ella. Así pues, atendiendo a la validez, la norma jurídica es inviolable; en cambio, desde el punto de vista de la eficacia —relación extrínseca entre la norma y el sujeto obligado por su mandato—, la norma jurídica, como cualquier otra norma, es esencialmente violable; de otro modo dejaría de ser norma y constituiría una nueva ley cosmológica, forzosa, fatal, como las leyes físicas y biológicas.<sup>72</sup>

Lo que nos dice Preciado Hernández, básicamente, son dos cosas: primero, que el concepto de validez se vincula con la norma en cuanto ésta representa una regla técnica moral, es decir, una relación necesaria de medio a fin en la que el fin es el bien moral y en este aspecto la norma es inviolable; y, segundo, que la eficacia, diferente e independiente de la validez, se refiere al vínculo entre la norma y el sujeto obligado, y en este sentido, la norma sí es violable.

El autor citado, cuando afirma que la validez no depende de la eficacia, sostiene que la eficacia carece de toda influencia sobre la validez, en esto se ubica en uno de los extremos criticados por Kelsen:

Una teoría positivista del derecho se encuentra ante la tarea de buscar entre dos extremos, ambos insostenibles, la vía media correcta. Un extremo es la tesis de que entre la validez, como lo debido, y la eficacia, como un hecho

---

<sup>72</sup> Preciado Hernández, Rafael, *op. cit.*, nota 32, p. 167.

real, no existe relación alguna; de que la validez del derecho es enteramente independiente de su eficacia. El otro extremo es la tesis de que la validez del derecho es idéntica a su eficacia. La primera solución del problema se inclina a favor de una teoría idealista, la segunda, a favor de una realista. La primera es falsa, puesto que no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando cesan de ser eficaces [no siempre, de lo contrario se trataría de la postura realista], y que por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad natural, puesto que la norma jurídica positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real. La segunda solución es falsa, porque como se mostró anteriormente, hay múltiples casos en que se consideran válidas normas jurídicas, aunque no sean eficaces, o aún no lo sean [a futuro].<sup>73</sup>

Para Preciado Hernández sólo existen los dos extremos, y se queda con el idealista.

Si la faceta de la norma que se presenta como la validez o regla técnica moral no se altera con la infracción de la norma, ¿qué utilidad tiene apuntar que en este sentido la norma es inviolable? Ninguna. Es como sostener la utilidad de afirmar que el movimiento de los planetas es inviolable. En todo caso, en un adecuado uso lingüístico una regla técnica también puede ser infringida, es decir, que no se siga aunque la sanción sea únicamente no lograr el objetivo.

La violabilidad o inviolabilidad de normas o reglas técnicas siempre se refiere a la congruencia o no de la conducta humana en relación con ellas. Las reglas técnicas también sólo las aplica o no el ser humano y nadie más. Decir que tales reglas son inviolables, porque el hombre no puede reducir o

---

<sup>73</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 220 a 223.



eliminar la necesidad de la relación de medio a fin, es dar otro significado a las expresiones: “acatamiento a norma o regla” o “infracción a norma o regla”; es dar a entender algo que ya no tiene qué ver con la conducta humana.

Sospechamos que tiene que ver con la idea de infracción a las leyes naturales. Tal noción se aclara y se refuta, al determinar la semántica de la ley natural como teoría de las ciencias empíricas y, como tal, es un sinsentido hablar de infringirla o acatarla.

Justificamos la determinación semántica anterior y no un significado jusnaturalista, en virtud del énfasis que hace el autor comentado sobre la necesidad indiscutible entre el medio y el fin, es decir, la necesidad natural entre la causa y el efecto, que es el esquema gnoseológico de “la ley cosmológica, forzosa, fatal, como las leyes físicas y biológicas”. Independientemente de que tales leyes no sean forzosas ni fatales, porque pueden ser refutadas.

También es importante aclarar la diferencia entre las reglas técnicas y las teorías físicas (o cualquier otro conocimiento testable sobre la naturaleza), dado que parece existir confusión al respecto en las ideas citadas.

La relación estrecha entre las dos áreas radica en que todo conocimiento puede ser transformado en reglas técnicas, por ejemplo el conocimiento sobre las características de la ciencia, es decir, la epistemología, puede ser transformado en un conjunto de reglas técnicas que es la metodología. Sin embargo, relación estrecha no significa identidad: las reglas técnicas dirigen conducta y las teorías físicas o el conocimiento en general no, y es por esto que las primeras sí pueden ser acatadas o infringidas y las segundas no.

Por otra parte, el autor citado afirma que la validez de la norma se hace patente cuando la norma se infringe. Nos preguntamos ¿antes no era patente? O si lo que se quiere decir es que cuando hay infracción la validez se aprecia más, nos preguntamos ¿a mayor infracción, mayor brillo de la validez? ¿Entonces, en México, es brillantísima la validez de la ley?

Eduardo García Máynez por su parte, nos dice lo siguiente:

En un sentido filosófico estricto, las normas son válidas cuando exigen un proceder intrínsecamente obligatorio. El concepto de obligatoriedad explícate en función de la idea de valor. Sólo tiene sentido afirmar que algo debe ser, si lo que se postula como debido es valioso. Por ejemplo: podemos decir que la justicia debe ser, en cuanto vale. Si careciese de valor no entenderíamos por qué su realización se encuentra normativamente prescrita. Mientras la validez de las leyes físicas se haya supeditada a lo empírico, las normas ideales de la religión y la moral valen independientemente de la experiencia. De acuerdo con la doctrina del derecho natural, también hay normas y principios jurídicos a los que corresponde un valor absoluto.<sup>74</sup>

El mismo autor indica a continuación:

A la luz del criterio oficial, en cambio, la fuerza obligatoria de las normas del derecho no depende, según veremos más tarde, de la justicia intrínseca de lo prescrito, sino de ciertos elementos de orden extrínseco, relativos a la forma de creación de cada precepto. La Constitución de un país estatuye qué reglas debe observar el legislador ordinario cuando legisla sobre tal o cual materia; pero estas reglas no se refieren a la justicia o injusticia de las

---

<sup>74</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 25ª ed., México, Porrúa, 1975, p. 6

distintas leyes, sino a la forma o desarrollo del proceso legislativo. Cuando dichas exigencias han quedado cumplidas, el precepto legal es válido, y su validez deriva del cumplimiento de tales exigencias. Puede suceder que las normas creadas por los órganos legislativos no sean justas en todo caso, y valgan, empero, formalmente. En la órbita de nuestra disciplina tendremos pues, que distinguir el criterio formal de validez, relativo a las condiciones de elaboración de cada precepto, y el criterio material, exclusivamente referido al valor intrínseco de las distintas normas.<sup>75</sup>

Posteriormente, el autor citado alude de forma implícita a un tercer tipo de validez, la que posee el derecho socialmente válido. Esta se identifica con lo que denomina positividad del derecho o eficacia,<sup>76</sup> pero en su obra “Filosofía del Derecho” no agrega algo nuevo o más profundo que lo transcrito arriba sobre la validez jurídica.

El mismo filósofo del derecho identifica a la validez con lo intrínsecamente obligatorio y sostiene que sólo tiene sentido una afirmación de que algo debe ser (entendemos un deber ser intrínseco) si se trata de algo valioso, porque de lo que carece de valor para García Máynez no se entiende por qué se encuentra normativamente prescrito.

Además de la connotación anterior de validez se aprecia la distinción entre tres tipos de validez: a) la validez formal o extrínseca; b) la validez intrínseca, material o axiológica, y c) la validez del derecho positivo, eficaz o socialmente válido.

Por otra parte, el autor de referencia hace la comparación entre la validez de las leyes físicas con la validez de las normas (ideales) morales y

---

<sup>75</sup> García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 74, pp. 6 y 7.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 44.

religiosas, apuntando que la diferencia se encuentra en que la primera está sujeta a la experiencia y la segunda no.

Cuando explica sobre la validez formal y su relación con las reglas constitucionales sobre la creación de leyes, García Maynez da a entender que tales reglas sólo se refieren a la forma o desarrollo del proceso legislativo sin tocar su justicia o injusticia, es decir, su contenido o materia.

Los comentarios que se pueden hacer a las ideas del autor antes citado, además de la crítica general a las tesis del derecho natural que se le adecua, son los siguientes:

Separa radicalmente las nociones de validez y eficacia, es decir, la idea de validez es completamente independiente de la realidad fáctica, con lo que se encuadra dentro de la tesis idealista de la validez señalada anteriormente y criticada por Hans Kelsen.

También podemos precisar que en una Constitución no solo se determina el proceso de creación de las leyes, sino también puede fijarse su contenido. Así sucede en la Constitución de nuestro país, tanto en sentido negativo, es decir, lo que no pueden contener las leyes (la infracción a garantías individuales<sup>77</sup>), como en sentido positivo o la materia explícita sobre la que el legislador puede ejercitar su competencia. En este sentido, la Constitución determina la justicia o injusticia de las leyes subordinadas, aunque se trate de una justicia subjetiva o relativa (como todas), y en este caso respecto al constituyente.

Por otra parte, el autor determina tres tipos de validez: la formal, la social y la intrínseca. Esto conduce a una inaceptable ambigüedad del término que deteriora aún más los problemas de su uso, aunque pueda entenderse que la auténtica validez sólo es la validez intrínseca y no las

---

<sup>77</sup> Recordamos la impropiedad de la expresión "garantías individuales", son derechos humanos cuya garantía se encuentra en el amparo.

otras. Esto es en razón de que no se ofrece una determinación suficientemente precisa y objetiva de su significado general.

Nos preguntamos ¿se puede entender que, tratándose de la validez formal, la causa es que el legislador acató a las reglas constitucionales del proceso legislativo y el efecto es la validez de la ley? ó ¿se identifican las dos cosas? Nuestra respuesta es la que sigue.

Si no se identifican, entonces la validez formal no se encuentra explicada, sólo conocemos las condiciones para su producción pero no sabemos qué es lo que se produce. Si se identifican, entonces hace falta justificar tal identificación. ¿Se hace por economía del lenguaje?, o sea, por qué es más fácil decir “ ley formalmente válida” que hablar de “ ley en cuyo proceso de creación se acataron las reglas constitucionales relativas. Si es así, sería más conveniente no escoger tal palabra sino otra menos problemática, sabiendo que la misma expresión se aplica a situaciones distintas. Y lo mismo podemos decir de los otros tipos de validez.

Si el autor comentado explica la noción de validez como lo intrínsecamente obligatorio, en realidad sólo desplaza el problema del significado en virtud de que no determina con precisión lo que se entiende por “ intrínsecamente obligatorio” . No es suficiente con decir que tiene sentido lo debido si lo debido es valioso, aceptando la identidad entre obligatoriedad y validez, por lo siguiente:

- a) Identificar validez con obligación constituye una redundancia de conceptos teóricos y, por lo tanto, un defecto formal del sistema que se está utilizando, puesto que una de las dos nociones sobra y conviene ser eliminada.
- b) La idea de obligación, muy importante para el derecho y para el fenómeno moral, pasa así a depender enteramente de elementos

subjetivos y emotivos como “ lo valioso” y lo de “ si no es valioso lo prescrito, no entenderíamos por qué está prescrito” .

Consideramos que los dos autores anteriormente citados son suficientemente representativos de la filosofía u ontología jurídica. Ahora nos ocuparemos de la denominada dogmática jurídica y de la forma que en ella se ha utilizado la expresión “ validez” .

## CAPÍTULO V

### LA VALIDEZ JURÍDICA PARA HANS KELSEN

#### ¿KELSEN DOGMÁTICO?

Como Santiago Nino ubica a Kelsen dentro de los juristas dogmáticos, de los cuales nos ocupamos en el capítulo anterior, necesitamos hacer un comentario sobre tal ubicación dado que sus razones se vinculan con el tema de la validez, y con esto iniciaremos paralelamente el desarrollo del tema dentro de las ideas kelsenianas. Nino expresa lo que sigue:

Pocas veces se ha advertido que el acierto de la teoría pura de Kelsen, sin duda la obra más importante de la filosofía jurídica contemporánea consiste principalmente en haber “racionalizado” las bases ideológicas de la dogmática jurídica[...] pensamos que la construcción kelseniana es una “racionalización” magistral de la ideología básica de la dogmática jurídica, hecho que le otorga un mérito singular. Cuando hablamos de “racionalización” utilizamos este término en sentido psicológico, porque no creemos que Kelsen sea absolutamente consciente de esta característica de su teoría, a pesar de lo cual, a poco que se la analice, se verán en ella los rasgos distintivos de los presupuestos ideológicos de la dogmática.<sup>78</sup>

Nino se apoya en la incongruencia que ve Alf Ross entre el programa científico, objetivo y libre de valoraciones morales; que promete Kelsen y los resultados efectivos de su trabajo. Entendemos la crítica de Nino a Kelsen en el sentido de que este último autor justifica, utilizando argumentos persuasivos en virtud de su aparente solidez lógica, la

---

<sup>78</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, pp. 34 y 36.

prescripción moral del acatamiento incondicional del derecho vigente, es decir, racionaliza la ideología, doctrina o creencia básica de la dogmática; además esta ideología, como cualquier otra, no es el resultado de la racionalización, dado que ésta es *a posteriori*, sino que es producto de los intereses personales, prejuicios o costumbres de los que la utilizan.

Nino, con Ross, estructura su crítica aludiendo a los temas, dentro de la teoría pura, de la validez, de los sentidos subjetivo y objetivo de los actos en relación con el derecho, de la diferencia entre las normas y reglas de derecho y de la norma fundante. Así, nos dice:

El concepto de “validez” ocupa un lugar central en la teoría pura del derecho, a pesar de lo cual no está definido unívocamente. A veces se identifica esta propiedad con la derivación de una norma con otra de nivel superior, otras se dice que consiste en la “existencia específica de las normas” y aún en otras se afirma que consiste en la “fuerza obligatoria de una norma”. En el último sentido, que es el que aquí interesa, la afirmación acerca de la validez de una norma significa que los individuos deben comportarse como esa norma lo establece. Ante esta conclusión, Ross se pregunta: “¿en qué consiste el deber de obedecer el derecho como algo diferente a los deberes que el mismo derecho impone?”<sup>79</sup>

Ross, citado por Nino, concluye de manera inobjetable que si aceptamos sus propias premisas, tal deber no puede ser jurídico sino moral. En otras palabras, cuando Kelsen predica la validez de una norma debe entenderse que está predicando la obligación moral de acatarla.

Es cierto el inadecuado uso —por ambiguo— del término “validez” dentro de la teoría de Kelsen y también es cierta la problemática —por

---

<sup>79</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, pp. 34 y 35.



oscura— manera de explicar su significado; pero las críticas que le formulan los autores anteriores sólo son correctas desde un punto de vista parcial, literal y fuera del contexto integral de la obra kelseniana. Pensamos que las dificultades mencionadas del término en cuestión pueden ser salvadas si consideramos la general estructura conceptual de su obra y sus antecedentes epistemológicos.

Según Nino y Ross, en la teoría de Kelsen se sostiene en una de las acepciones de validez que si una norma es válida entonces tiene fuerza obligatoria, así, entendemos *a contrario sensu* que si se trata de una norma pero que carece de validez, entonces es una norma que no tiene tal fuerza obligatoria.<sup>80</sup> Lo que se traduciría en que existen dos obligatoriedades: una la de la norma y otra la de su validez en el caso de que la tenga.

Lo anterior es erróneo. Para Kelsen, la norma que no es válida no existe, no es norma y, por tanto, no puede tener obligatoriedad específica de la norma. Además, paralelamente a esto la validez o normatividad, como apuntamos antes al comentar al derecho natural, es condicionada, es decir, es sólo una forma posible de ver una parte del mundo por el sujeto epistemológico correspondiente. Pero, como afirma Kelsen, los mismos hechos pueden verse de otra manera —en un sentido gnoseológico y no fisiológico— como el caso de un vegetal que es visto diferente por un biólogo y por un químico. En tal caso no se entiende que las conclusiones de tales científicos consisten o impliquen el deber moral de apreciar al vegetal como entidad viviente (lo que sí podría darse en un argumento ecológico) o el deber moral de apreciar al vegetal como una conglomerado de carbón, hidrógeno, oxígeno y nitrógeno. Hasta este punto, no parece haber

---

<sup>80</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, p. 35.

problemas conceptuales para separar la función cognoscitiva y la prescriptivo-moral.<sup>81</sup> Al respecto, Kelsen nos dice que su teoría pura

describe el derecho, es decir, cualquier orden coactivo eficaz en términos generales, como un orden normativo objetivamente válido, estableciendo que esa interpretación sólo es posible bajo condición de que se presuponga una norma fundante básica según la cual el sentido subjetivo de los actos productores de derecho, también sea su sentido objetivo. Caracteriza así esa interpretación como una interpretación posible, no como una interpretación necesaria, y plantea la validez objetiva del derecho positivo como condicionada, condicionada por el presupuesto de la norma fundante básica.<sup>82</sup>

El mismo autor abunda sobre la norma fundante básica:

Decir que la norma fundante de un orden jurídico positivo sólo puede ser presupuesta, pero no que tenga que ser presupuesta, significa que pueden interpretarse las relaciones que interesan entre los hombres, como obligaciones, facultades, derechos, competencias, etc., constituidos mediante normas jurídicas objetivamente válidas, pero que no es necesario interpretarlos así. Cabe interpretarlos incondicionalmente, es decir, sin presuponer la norma fundante básica, como relaciones de poder, como relaciones entre hombres que mandan y hombres que obedecen o que no obedecen; es decir, cabe interpretarlas sociológicamente, no jurídicamente. Dado que la norma fundante básica, como se mostró, en tanto norma pensada para fundar la validez del derecho positivo, sólo es la condición

---

<sup>81</sup>Además es un error de Kelsen hablar de validez como predicado de la norma, en su acepción de existencia de la norma, porque lo que se predica es necesariamente distinto de aquello de lo que se predica y la existencia de la norma no puede ser algo distinto de la norma.

lógico-trascendental de esa interpretación normativa, no desempeña ninguna función ético-política, sino una función teórica de conocimiento.<sup>83</sup>

En el tema del sentido subjetivo y objetivo de los actos en el derecho, Nino realiza los siguientes señalamientos:

Para Kelsen, una norma es el significado subjetivo de un acto que permite, habilita o declara obligatorio el ejercicio de la coacción. Pero no toda norma es una norma jurídica válida, sólo lo son aquellas a las que, presuponiendo cierto postulado epistemológico, se les otorga significado objetivo coincidente con el subjetivo. Estas normas son las normas “ verdaderas ” porque son las que deben ser obedecidas.<sup>84</sup>

Entonces, de acuerdo con esto el significado objetivo de los actos, el más importante para Kelsen, implica el deber moral de acatar al sentido subjetivo de lacto. En otras palabras, el sentido subjetivo de un acto humano tiene también el sentido objetivo cuando no se trata ya únicamente de una intención de mandar u ordenar hacer algo, sino porque existe el deber moral de obediencia a tal mandato.

Tampoco nos encontramos de acuerdo con lo anterior. El sentido subjetivo nunca es, en la teoría de Kelsen, una norma y menos una norma jurídica o un sistema de normas jurídicas que sean susceptibles de que, en caso de tener el sentido objetivo sean, entonces, válidas o “ verdaderas ” .

No existen normas verdaderas ni falsas en la teoría pura (ni en ningún otro lugar). Dentro de ella o son normas o no lo son. El sentido o significado subjetivo de una conducta humana es, únicamente, la interpretación que de

---

<sup>82</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 228.

<sup>83</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 228 y 229.

<sup>84</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, p. 35.

ella hace el autor de la misma que puede ser la intención de influir en la conducta de otros u otra idea.

Si la conducta humana posee además un sentido objetivo, esto significa que tiene un significado jurídico. Las conductas con significación jurídica son prácticamente infinitas, pero las podemos agrupar con alguna aproximación en dos grandes rubros: primero, aquellas conductas que producen normas jurídicas o que forman parte del procedimiento para crear o aplicar una norma jurídica y, segundo, aquellas conductas que se encuentran previstas dentro de la norma como condición principal de un acto coactivo. Tenemos así, que una conducta humana cuando tenga, además de un sentido subjetivo, uno objetivo, no necesariamente se constituye en una norma jurídica (podría ser un delito, por ejemplo), aunque esta conducta tenga como objeto de conocimiento una particularidad especial: la de orientar, en ocasiones, sobre su propia significación jurídica u objetiva, pero esto último no es determinante para tal significación.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Esto es lo que denomina Kelsen como autoatribución de significado por el derecho: "En un acto como un acontecimiento fáctico externo, no cabe, sin más, captar visual o auditivamente su significación jurídica, a la manera, por ejemplo, como se perciben las propiedades naturales de un objeto, como el color, la dureza, el peso. Por cierto que el hombre que actúa racionalmente, que produce el acto, enlaza a su acto un determinado sentido que, de alguna manera, es expresado y será comprendido por otros. Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación objetiva que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan[...] Un acto —en cuanto se expresa en palabras verbalmente formuladas, o escritas— puede el mismo enunciar algo sobre su significado jurídico. En ello se encuentra una peculiaridad del material dado al conocimiento jurídico. Una planta nada puede transmitir sobre sí misma al investigador natural que la determina científicamente. No intenta en forma alguna explicarse a sí misma desde un punto de vista científico natural. Pero un acto de conducta humana puede llevar muy bien consigo una autoatribución de significado jurídico; es decir: contener enunciación sobre lo que significa jurídicamente. Los hombres reunidos en un congreso pueden expresamente explicar que han dictado una ley; un hombre puede describir literalmente sus disposiciones de última voluntad como testamento; dos personas pueden declarar que inician un negocio jurídico. El conocimiento

El sentido objetivo de una conducta es el significado que se apoya en una norma jurídica. No es admisible entender el sentido objetivo como una prescripción moral de acatar al derecho ni de realizar cualquier otra conducta, porque esto se traduciría en que el derecho es algo distinto y separado de tal sentido objetivo cuando, por el contrario, precisamente el derecho en su conjunto y, por tanto, cualquier norma jurídica particular, son ese sentido objetivo. Es decir, a excepción de las normas jerárquicamente superiores, sólo una norma jurídica es la que determina la presencia de otra norma jurídica al otorgarle significación normativo-jurídica a ciertos actos humanos.

De esta manera, el derecho no se encuentra fuera del sentido o significado objetivo de la conducta humana, como lo estaría si éste consistiera en una recomendación de acatar al derecho, sino que se encuentra dentro del universo del sentido objetivo de la conducta, aunque no lo agota o se identifica con él: toda norma de derecho es sentido objetivo, pero no todo sentido objetivo es norma jurídica. Esto último comprende el problema de indicar en qué consiste tal sentido objetivo cuando lo que se determina como jurídico es la normatividad de máxima jerarquía. En tal caso, la solución dentro de las tesis kelseniana consiste en identificarlo con la norma fundante.

Respecto de la distinción entre normas y reglas jurídicas, Nino hace los comentarios siguientes:

---

conceptual del derecho encuentra a veces ya una autocaracterización jurídica del material, que se anticipa a la explicitación que cumplirá el conocimiento jurídico." *Op. cit.*, nota 22, pp. 16 y 17.

Ross ha anotado otra inconsecuencia relevante para este análisis en la teoría de Kelsen: este autor hace especial hincapié en distinguir la “ norma jurídica” que dicta el legislador con la de “ regla de derecho” que es la proposición por la cual el jurista se refiere a las normas jurídicas. La primera, afirma, es prescriptiva y no es susceptible de predicación veritativa. La segunda, en cambio, es un enunciado descriptivo y puede ser verdadero o falso. Sin embargo, sorprendentemente afirma Kelsen que las reglas de derecho son, como las normas jurídicas, juicios del deber ser, a pesar de ser puramente descriptivas y no constituir ningún tipo de juicios de valor.<sup>86</sup>

Lo anterior significa que en la teoría de Kelsen los enunciados que se utilizan para describir y explicar al derecho, en realidad son medios para prescribir moralmente su acatamiento.

En relación con esta crítica, podemos indicar lo siguiente: no es insólito afirmar la existencia de una estructura lógica de deber ser en enunciados puramente descriptivos, dado que no es extraño de manera alguna que los usos concretos del lenguaje no tengan en su función una necesaria o perpetua correspondencia con su forma gramatical. Como señalamos en otra parte, una cosa son las funciones lingüísticas y otra las formas gramaticales o lógicas, aunque éstas últimas contribuyan junto con el contexto y el aspecto situacional a determinar la función o elemento pragmático del discurso.

Esto significa en el caso que nos ocupa: las reglas o enunciados jurídicos de la teoría de Kelsen, que una proposición puede tener una forma gramatical directiva y su función ser descriptiva o indicativa. Además, no es infrecuente que los enunciados utilizados para describir, analizar o explicar

---

<sup>86</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, p. 35.

al derecho tengan tal forma gramatical. La razón se encuentra en que su objeto, el lenguaje jurídico, tiene una función directiva o de deber ser, y los enunciados cognoscitivos buscan adecuarse a las características de su objeto, sin que esto signifique que no pretendan un conocimiento más profundo e informativo que la simple descripción literal o descripción de las impresiones sensoriales.

También el mismo lenguaje del derecho, cuya función es influir en la conducta humana, en no raras ocasiones presenta una forma indicativa. Así, tenemos el ejemplo usual del artículo 61 de nuestra Constitución Federal: “ Los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos[...]

”, respecto del cual nadie podría dudar que establece una obligación de respeto a los legisladores y no una descripción de la realidad física.

En este orden de ideas, Kelsen nos dice que la ciencia del derecho

describe las normas jurídicas producidas por actos de conducta humana, así como las normas que mediante esos actos son aplicadas y acatadas, y al hacerlo describe las relaciones constituidas mediante esas normas jurídicas entre los hechos por ellas determinados. Las oraciones en que la ciencia jurídica describe esas relaciones, deben distinguirse, en cuanto enunciados jurídicos, de las normas jurídicas producidas por los órganos de derecho, que deben ser aplicadas por ellos y obedecidas por los sujetos de derecho. Los enunciados jurídicos son proposiciones condicionales que expresan que, conforme con un orden jurídico, nacional o internacional, dado al conocimiento jurídico, deben producirse ciertas consecuencias determinadas por ese orden, bajo determinadas condiciones que el mismo orden jurídico determina.<sup>87</sup>

Esto último puede ser comunicado de otra manera: los enunciados jurídicos son proposiciones que describen los esquemas condicionales de las normas de un orden jurídico dado al conocimiento nacional o internacional. Los esquemas aludidos describen el deber de producirse ciertas consecuencias bajo determinadas condiciones. Y en este sentido continúa Kelsen con las siguientes explicaciones:

Las normas jurídicas no constituyen proposiciones, esto es, enunciados declarativos sobre un objeto dado al conocimiento. Según su sentido, son mandamientos y, en cuanto tales, órdenes imperativos, Pero no sólo mandamientos, sino también permisiones y autorizaciones; en ningún caso, empero, pese a lo que a veces se suele afirmar al identificar el derecho con la ciencia del derecho, información instructiva. El derecho ordena, permite, faculta, no informa. Más, en tanto las normas jurídicas se expresan en un lenguaje, es decir, con palabras y oraciones, pueden aparecer con la forma de enunciados declarativos de ciertos hechos[...]. No interesa, con todo, la forma lingüística adoptada, sino el sentido del acto que insta la norma, que produce derecho. Y el sentido de este acto es distinto del sentido del enunciado descriptivo del derecho. En la diferenciación entre enunciado jurídico y norma jurídica se expresa la distinción entre la función del conocimiento jurídico, y la función, enteramente distinta, que cumple la autoridad jurídica representada por órganos de la comunidad jurídica. La ciencia del derecho tiene que conocer el derecho —por decir así, desde fuera—, y fundándose en ese conocimiento, describirlo. Los órganos jurídicos tienen, como autoridad jurídica, ante todo que producir el derecho para que pueda luego ser conocido y descrito por la ciencia jurídica” .<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 85.

<sup>88</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 84 y 85.



Con la reiteración de sus tesis y el desarrollo de su argumentación, fundamentalmente inobjetable, Kelsen señala que la distinción entre la función de la ciencia jurídica y la de la autoridad

frecuentemente es ignorada; así en el uso lingüístico “ derecho” y “ ciencia del derecho” aparecen como expresiones sinónimas. Se habla, por ejemplo, del derecho internacional clásico, para aludir a una determinada teoría sobre el derecho internacional; o también, de que la ciencia del derecho constituye una fuente de derecho, se utiliza esa expresión en el sentido de que cabe esperar de ella una decisión obligatoria para un caso jurídico. Pero la ciencia del derecho sólo puede describir el derecho; no puede, a diferencia del derecho producido en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, prescribir algo. Ningún jurista puede negar la diferencia esencial que se da entre una ley publicada en un diario oficial legislativo y un comentario jurídico científico de esa ley; entre un código penal y un tratado de derecho penal. La diferencia se muestra en que los enunciados deónticos formulados por la ciencia del derecho, que describen el derecho y que no obligan ni facultan a nada ni a nadie, pueden ser verdaderos o falsos, mientras que las normas producidas por la autoridad jurídica, que obligan y facultan a los sujetos del derecho, no son ni verdaderas ni falsas, sino sólo válidas o inválidas, de igual suerte que los hechos empíricos no son ni verdaderos ni no verdaderos, sino que existen o no existen, mientras que sólo los enunciados sobre esos hechos pueden ser verdaderos o no verdaderos.<sup>89</sup>

De lo anterior cabe destacar el paralelo que hace Kelsen entre hechos y normas, ninguno de los cuales tienen valor veritativo. Podemos inferir, a

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, pp. 85 y 86.

partir de sus ideas, que los respectivos predicados de hechos y normas se identifican con ellos y con esto queremos decir que hablar de un hecho existente es una redundancia y que un hecho inexistente no es un hecho. En un sentido análogo, la expresión “ norma válida ” es una redundancia y una norma inválida no es norma.

Lo más importante, para el punto que comentamos, es que de ninguna parte del texto transcrito de Kelsen puede deducirse razonablemente que, por el hecho de que sus reglas o enunciados jurídicos tengan la estructura lógica o gramatical del deber ser, estos enunciados tengan una función prescriptivo-moral de acatar al derecho.

Curiosamente, para el mismo Ross, ni siquiera el uso de la palabra derecho para describir a un sistema de violencia se traduce en algún tipo de compromiso moral con el sistema descrito:

Existen varios otros sistemas individuales que en mayor o menor grado se le parecen (a determinado orden jurídico nacional), por ejemplo, otros órdenes nacionales, el derecho internacional, el orden social de una comunidad primitiva que no tiene organización alguna que lo establezca o preserve, el orden de una banda de delincuentes, el orden impuesto por una potencia ocupante en un país ocupado, etc. Todos estos órdenes o sistemas son hechos, nos gusten o no nos gusten. Necesitamos una palabra para describir estos hechos, y es simplemente una cuestión terminológica, carente de toda inferencia moral, decidir si elegimos para este propósito la palabra “ derecho ” o cualquier otro término. No sería práctico negarnos a usar la palabra “ derecho ” para aludir a sistemas que no nos gustan. Que el orden que prevalece en una banda, por ejemplo, sea denominado orden jurídico (derecho de la banda), es un problema que, considerado científicamente, es decir cuando la palabra “ derecho ” es liberada de su carga emotivo-moral, no pasa de ser una arbitraria cuestión de definición...

Pero una terminología descriptiva nada tiene que hacer con la aprobación o reprobación moral.<sup>90</sup>

En el mismo sentido puede afirmarse, a favor de Kelsen, que la expresión “debe ser” es utilizada por los enunciados jurídicos para describir a las normas de derecho como pudo haber sido usada otra expresión. Además, si le quitamos la carga emotivo-moral al “deber ser” de tales enunciados, el problema no pasa de ser una cuestión de definición y no necesariamente implica la recomendación moral de acatar lo descrito.

Finalmente, respecto del tema de la norma fundante, Nino cita a Ambrosio Gioja y nos dice lo que sigue:

Gioja observa que esa norma presupuesta debe implicar una voluntad presupuesta y que no hay ninguna razón para pensar que por el solo hecho de ser presupuesta esa voluntad sea objetiva, lo cual nos presentaría la misma dificultad que se intenta resolver. La única solución del dilema, afirma Gioja, consistiría en sostener que esa voluntad presupuesta es de un tipo especial, a saber: una voluntad intersubjetiva, la voluntad de todos nosotros, la voluntad general, que es opuesta a la voluntad subjetiva de un individuo o de cualquier grupo de individuos. Esta voluntad general no quiere directamente nada, sino que quiere indirectamente lo que dispone la autoridad que monopoliza el aparato coactivo. La voluntad de todos se adhiere a la voluntad de quien se hace obedecer. Esta interpretación de la teoría kelseniana, la que es dudoso que la autorice el mismo Kelsen, coincide remarcablemente con la ideología básica de la dogmática jurídica, tal cual la hemos descrito. El racionalismo suponía que la voluntad general se expresaba a través de los parlamentos populares.”<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1997, pp. 57 y 58.

En este punto, nuestro comentario es el siguiente: parece justificarse el hecho de que si se habla de una norma, como cuando se habla de la norma fundante, se tenga que vincular aquélla, dentro del positivismo, a una correspondiente voluntad humana creadora. Y si se habla de que esa norma es presupuesta, entonces se tiene que hablar concomitantemente de una voluntad humana presupuesta. En este punto, Gioja se aventura a sostener, como única posibilidad de darle sentido a la objetividad de la norma fundante o norma presupuesta, que tal voluntad presupuesta es una voluntad especial intersubjetiva de todos los seres humanos; suponemos, de todos los que se encuentren dentro de un determinado espacio nacional.

Esta voluntad especial es muy difícil de comprender. No es fácil conceptualizar una voluntad que no quiere nada directamente. En principio, al hablar de voluntad, si no utilizamos la metáfora, únicamente nos referimos al fenómeno psicológico humano individual. Porque lo único que existe, en términos de experiencia empírica, son los seres particulares. Suponer que algo existe fuera de tal experiencia, solamente es metafísica. Es una hipóstasis en desacuerdo con el positivismo pretendido que busca la necesaria voluntad humana atrás de la norma.

Si determinamos que existe una voluntad humana atrás de la norma fundante, entonces se deja abierta de nuevo la cadena de validez cerrada por esta norma fundante y tendría que seguirse preguntando: ¿Cuál es la norma que da validez o el sentido objetivo a ese acto producto de una voluntad intersubjetiva y universal? Lo cual no tiene respuesta.

Pero, además, ¿qué sentido tiene determinar o ubicar una voluntad presupuesta atrás de una norma de la misma naturaleza, en algún lugar, si precisamente se trata de algo presupuesto? Ninguno.

---

<sup>91</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, pp. 36 y 37.

Veamos ahora lo que piensa Kelsen acerca de una voluntad o espíritu del pueblo. Aunque sea a propósito del derecho consuetudinario, es instructivo para el punto que nos ocupa:

La concepción que ve en la costumbre un hecho productor de derecho se sitúa frente a otra que no da a este hecho un carácter constitutivo, sino sólo un carácter declarativo[...]. Así se expresa la teoría representada por la Escuela Histórica Alemana, de que el derecho no es producido ni por la legislación, ni por la costumbre, sino por el espíritu del pueblo, de suerte que tanto uno como el otro de esos procedimientos de producción de derecho sólo permiten establecer la existencia de un derecho que ya es válido con anterioridad. La misma teoría es tomada por la teoría sociológica del derecho francés, con la diferencia que el derecho no es producido por el espíritu del pueblo, sino por la llamada *solidarité sociale*. Según ambas teorías, el derecho declarativamente establecido, y no producido, por la legislación o costumbre, puede tener validez en tanto y en cuanto es reproducción de un derecho preexistente. Ambas teorías son, en el fondo, variaciones de la doctrina del derecho natural[...]. Lo que se dijo contra aquella doctrina, puede argumentarse contra las otras dos. Desde el punto de vista de una doctrina positivista del derecho, que no puede admitir ni la existencia de un espíritu popular imaginario, ni la de una "solidaridad social" igualmente imaginaria, la función constitutiva, es decir, productora de derecho de la costumbre es tan poco susceptible de dudas, como la de la legislación.<sup>92</sup>

Con esto puede apreciarse lo lejos que se encuentra la norma fundante de la voluntad intersubjetiva general de Gioja, la cual constituye su

---

<sup>92</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 237 y 238.

personal interpretación de la teoría kelseniana, respetable pero inexacta. Es precisamente esta interpretación equivocada sobre la teoría pura del derecho la que toma Nino como premisa importante de su argumentación para concluir que si de acuerdo con la ideología dogmática, la voluntad general se encuentra siempre detrás de cualquier grupo humano que monopoliza el poder, y si la norma fundante de Kelsen, base de la validez de un sistema jurídico, implica la voluntad general, entonces la teoría de la norma fundante comparte la ideología de la dogmática jurídica. Es de sobra conocido que con las adecuadas premisas falsas podemos derivar cualquier cosa que deseemos dando la apariencia de una justificación racional. Y respecto a la crítica que le hace Ross a Kelsen sobre creer que existan juicios de "deber ser" puramente descriptivos, todavía añade Nino lo siguiente:

Kelsen se empeña, aún en sus últimas obras, en sostener su opinión inicial. Sería insólita esta actitud de iusfilósofo ante una crítica tan clara y fundada si no fuera porque esta concepción tan extraña refleja confusamente, según creemos, también aquí un aspecto importante de la estructura de la dogmática jurídica. Hemos afirmado con reiteración que en la labor dogmática está implícita una adhesión formal al sistema legislado que se expresa mediante la recomendación de que el derecho sea aplicado y obedecido tal como es. Esta recomendación o exigencia constituye en la terminología kelseniana un juicio de "deber ser". El dogmático describe el derecho y, al describirlo, recomienda su aplicación tal como surge de esa descripción. Estas actividades que de hecho se dan muy confundidas entre sí, son conceptualmente separables y se manifiestan mediante usos lingüísticos distintos: uno descriptivo y el otro directivo. Kelsen cae en el error de esquematizar el producto de la actividad dogmática, asignando estas dos funciones a un mismo tipo de expresión lingüística, resultando así,

el absurdo lógico de que expresiones descriptivas tengan la estructura lógica de las directivas.<sup>93</sup>

Podemos sintetizar el argumento de Nino como sigue: dado que la extraña concepción de describir y prescribir simultáneamente refleja confusamente un aspecto importante de la estructura de la dogmática jurídica, entonces, a pesar de la crítica tan clara y fundada, no es insólita la porfía de Kelsen en continuar tal extraña concepción. Pero de manera más completa y esquemática, intentaremos traducir la argumentación de Nino haciendo explícito lo implícito de la siguiente manera:

En primer término, y desde un punto de vista del conocimiento objetivo, no pueden coincidir en una sola las conductas humanas o funciones lingüísticas de conocer y prescribir.

En segundo lugar, los dogmáticos no reconocen lo anterior por razones conscientes o inconscientes de tradición, ideología e historia.

En tercero, es insólito que Kelsen con su capacidad analítica y con la crítica tan clara y fundada que le hicieron al respecto, y que él conoció, no se diera cuenta del hecho y que porfiara en su actitud.

En cuarto, únicamente deja de ser insólita la actitud de Kelsen si tiene las mismas razones subyacentes y poderosas que han mantenido en la citada creencia a los dogmáticos durante mucho tiempo.

Quinto, a manera de abrupta conclusión: Kelsen es un dogmático.

Como ya hemos visto, es claro que el autor de la teoría pura del derecho no confunde las dos funciones lingüísticas mencionadas. Si el hecho de describir una norma significa necesariamente hacerla nuestra, es decir, sujetarnos moralmente a ella, entonces no ha existido ni existirá ningún jurista que no sea dogmático... ni siquiera Nino. Lo que sucede es que se

---

<sup>93</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 37, pp. 37 y 38.

adopta contra Kelsen una postura de carácter ético-político, no muy lejana a la maniquea religiosa: “ si no tomas partido explícitamente en contra de algo, entonces necesariamente eso significa que tomas partido a favor ” .

## EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN KELSEN

En este apartado, formularemos nuestra propia valoración a las ideas kelsenianas y en capítulos posteriores haremos lo propio con las de otros autores de teoría general del derecho.

En relación con el concepto de unidad y pertenencia del sistema jurídico y al concepto de validez y su fundamento, Kelsen nos dice que lo siguiente:

Si se concibe al derecho como un orden normativo, como un sistema de normas que regula la conducta humana, surge el interrogante: ¿qué funda la unidad de una multiplicidad de normas? ¿Por qué pertenece una norma determinada a un orden determinado? Y esta pregunta está en estrecha relación con ésta: ¿por qué vale una norma? ¿Cuál es el fundamento de su validez? Que una norma [...] valga significa que obliga, [...] la pregunta por la validez de la norma [...] no puede ser contestada mediante la verificación de un hecho empírico, ya que el fundamento de validez de una norma no puede ser semejante hecho. De que algo sea, no puede seguirse que algo deba ser; así como, de que algo sea debido, no puede seguirse, que algo sea.<sup>94</sup>

En la teoría pura se abunda en relación con el fundamento de validez:

El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra norma. La norma que representa el fundamento de validez de otra es



caracterizada, metafóricamente, como una norma superior en relación con una inferior. Puesto que pareciera que la validez de una norma pudiera fundarse en el hecho de haber sido establecida por alguna autoridad, sea un ente humano o sobrehumano; así cuando se funda la validez de los Diez Mandamientos en el hecho de que el Dios Jehová los entregó en la cima del Sinaí, el fundamento de validez, por cierto no formulado expresamente, pero sí presupuesto, no es el hecho de que Dios haya promulgado en determinado tiempo y en determinado lugar una norma determinada, sino una norma: la norma según la cual deben obedecerse los mandamientos divinos[...].<sup>95</sup>

Sobre la idea de que únicamente una autoridad competente puede establecer normas válidas y de que tal competencia sólo puede fundarse en una de ellas, nos indica lo siguiente:

El hecho de que alguien ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida, es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca.<sup>96</sup>

En relación a la necesidad de la norma fundante y alguna de sus funciones, el jefe de la Escuela de Viena aclara lo que sigue:

pero la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto.

---

<sup>94</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 201.

<sup>95</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 201.

Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema. Como norma suprema tiene que ser presupuesta, dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior [...] designada aquí como norma fundante básica. Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. La norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden.<sup>97</sup>

Entendemos que la validez es la existencia u obligatoriedad de la norma. La norma fundante es la presunción de competencia del primer constituyente y, por lo tanto, es el fundamento de validez de la Constitución y de las normas que en ella se fundamentan.

Cuestionamos: ¿la presunción de validez de la competencia del primer constituyente hace que la validez de todas las otras normas derivadas sea también presupuesta? Como respuesta tenemos las siguientes opciones:

1ª Presuponer la competencia del primer constituyente y, por tanto, presuponer la validez de la Constitución y de toda la normatividad fundada en ella.

2ª Considerar que la Constitución y toda normatividad que se fundamenta en ella son válidas si son coherentes con la norma superior, bajo el presupuesto de competencia del primer constituyente.

Tales opciones tienen analogía con las siguientes:

1ª Presuponer la causalidad del universo físico y, por ende, la de la relación de causa y efecto de cada uno de los fenómenos físicos.

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>97</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 202.

2ª Considerar que todo fenómeno físico tiene una causa y un efecto, bajo el presupuesto del principio de causalidad.

Todo esto parece una mera cuestión verbal. Lo que realmente interesa saber es que la norma fundante (aplicación del principio de imputación) es el fundamento gnoseológico —o la posibilidad de conocer— de la validez u obligatoriedad normativa. Lo que es similar en el mundo físico a que la aplicación del principio de causalidad es el fundamento gnoseológico de las relaciones de causa y efecto.

En otras palabras, si se presume la competencia del primer constituyente, entonces la Constitución es norma, es válida, y es obligatoria, al igual que las demás normas derivadas; sin embargo, no se presume su normatividad, validez o obligatoriedad, porque el presupuesto de validez no significa: “ vamos a actuar como si fuera así” . Si gnoseológicamente apreciamos algo como normativo es que existe como normativo —con una mayor objetividad o subjetividad, de acuerdo con los elementos físicos que se consideren—, no que se presume como normativo.

Kelsen nos indica un primer elemento para determinar si una norma es válida o, en su sentido específico, para saber si una norma pertenece a un sistema:

Según la índole del fundamento de validez cabe distinguir dos tipos diferentes de sistemas de normas: un tipo estático y uno dinámico. Las normas de un orden del primer tipo valen[...] por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 204.

Es decir, este elemento es la congruencia con el contenido de la norma superior. A continuación el mismo autor nos indica el segundo:

El tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, la facultad de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina como deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica[...]. Una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido. La norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla establecen las normas positivas de ese sistema.<sup>99</sup>

Podemos entender que el procedimiento de creación de normas se encuentra determinado en el sistema dinámico y no en el estático, por tanto, el segundo elemento es sujetarse el procedimiento válido de creación de normas. Para Kelsen, tales elementos de validez y pertenencia se pueden articular entre sí de la siguiente manera:

El principio estático y el dinámico se unifican en uno y el mismo sistema normativo cuando la norma fundante presupuesta, conforme con el principio dinámico, se reduce a facultar a una autoridad normadora, y cuando esta autoridad, o una autoridad establecida por la primera, no sólo implanta normas mediante las cuales se delega esa facultad en otras autoridades

---

<sup>99</sup> *Idem.*

normadoras, sino que también dicta normas en que se ordena determinada conducta por parte de los sujetos sometidos a la norma, a partir de las cuales —como lo particular de lo universal— pueden deducirse más normas mediante una operación lógica[...]. El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico.<sup>100</sup>

En relación con los condicionantes de la norma fundante nos da la explicación que sigue:

Puesto que ésta [la norma fundante] determina que la coacción debe ser ejercida bajo las condiciones y de la manera como se establece en la constitución que tiene eficacia en términos generales, y conforme con las normas generales e individuales, establecidas de acuerdo con la constitución, que son, en términos generales eficaces. La eficacia se encuentra, como condición de la validez, estatuida en la norma fundante básica.<sup>101</sup>

En este punto podemos entender que la norma fundante no sólo determina la competencia de la autoridad suprema para crear normas ni únicamente funda la validez de tales normas creadas, sino que también establece que solamente existe validez a condición de la eficacia. Así, puede considerarse que el mínimo de eficacia y la expectativa de coacción para los infractores constituyen los elementos fácticos mínimos que posibilitan la objetividad, o control intersubjetivo, en el conocimiento del fenómeno normativo. Lo anterior significa que si no se presentan tales elementos de hecho, entonces la aplicación del principio de imputación, por ejemplo, a la naturaleza o al universo físico para apreciarlos como fenómenos de

---

<sup>100</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 205.

autoridad moral o de normas de conducta, permanece únicamente en el nivel subjetivo y emocional. En este sentido, para Kelsen “ una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales.” <sup>102</sup>

Para una mayor comprensión sobre la relación entre validez y eficacia, Kelsen señala lo que sigue:

Una teoría positivista del derecho se encuentra ante la tarea de buscar entre dos extremos, ambos insostenibles, la vía media correcta. Un extremo es la tesis de que entre la validez, como lo debido, y la eficacia, como un hecho real, no existe relación alguna; de que la validez del derecho es enteramente independiente de su eficacia. El otro extremo es la tesis de que la validez del derecho es idéntica a su eficacia. La primera solución del problema se inclina a favor de una teoría idealista, la segunda, a favor de una realista.<sup>103</sup>

Y el autor citado nos indica por qué rechaza los dos extremos:

La primera es falsa, puesto que no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando cesan de ser eficaces; y por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad natural, puesto que la norma jurídica positiva, para tener validez, tiene que ser implantada por un acto real. La segunda solución es falsa, porque como se mostró anteriormente, hay múltiples casos en que se consideran válidas normas jurídicas, aunque no sean eficaces.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>102</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 219.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>104</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 220 a 223.

La solución que la teoría pura del derecho propone a este problema es la siguiente:

así como la norma deóntica, como sentido del acto real que la implanta, no es idéntica a ese acto, la validez deóntica de esta norma jurídica, no es idéntica a su eficacia real: la eficacia del orden jurídico, como un todo, y la eficacia de una norma jurídica aislada son, junto con el acto de instauración normativa, condición de la validez; y la eficacia es condición en el sentido de que un orden jurídico como un todo, y una norma jurídica aislada, no es considerada ya válida, cuando ha cesado de ser eficaz. Tampoco es la eficacia de un orden jurídico, al igual que el hecho de su instauración, fundamento de la validez.<sup>105</sup>

En relación con los principios de permanencia y extinción de la validez Kelsen determina: “ El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad.”<sup>106</sup> Este principio está limitado por el principio de efectividad en función de que la eficacia es la condición de la validez. Tal principio se puede entender en el sentido de que las normas de un orden jurídico valen de acuerdo con el principio de legitimidad, mientras que la Constitución no pierda su eficacia por una revolución, lo que incluye según Kelsen el golpe de Estado.<sup>107</sup>

Si para el autor de la teoría pura, la pregunta por el fundamento de validez del derecho positivo es indagar por qué deben aplicarse y acatarse

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 223.

<sup>106</sup>

*Ibidem*, pp. 217 y 218.

las normas de un orden coactivo, entonces parece volver la idea de que la validez para Kelsen es una recomendación moral de acatar al derecho. Como vimos en el apartado anterior, esto no es así. Para el jefe de la Escuela de Viena:

Si la cuestión del fundamento de validez del derecho positivo, es decir, la pregunta de por qué deben aplicarse y acatarse las normas de un orden coactivo, buscara una justificación ético-política de tal orden coactivo y un patrón firme para poder juzgar a un orden jurídico positivo como justo, y, por ende, como válido, o como injusto, y, por ende, como inválido, entonces la norma fundante básica establecida por la teoría pura del derecho no provee de tal justificación, ni de semejante patrón. Ya que el derecho positivo sólo queda justificado[...] mediante una norma, o un orden normativo, conforme al cual el derecho positivo, por su contenido, puede corresponder o no corresponder[...]. El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que [...] de la norma fundante cabe derivar solamente la validez pero no el contenido del orden jurídico.<sup>108</sup>

Aunque aquí Kelsen identifica lo válido como lo justo y a lo inválido como lo injusto, sólo lo hace en referencia al concepto jusnaturalista de validez, porque su propia noción sólo es presupuesta y no categórica.

Para Kelsen todo orden coactivo eficaz en lo general tiene la posibilidad de ser interpretado como un orden normativo objetivamente válido, dado que no se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas.<sup>109</sup> Tampoco por esto podemos entender que

---

<sup>107</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 218 y 219.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>109</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 228.



Kelsen recomienda moralmente acatar a todo orden jurídico positivo, porque el no poder negarse validez a algún sistema positivo no significa que se deba dar forzosamente validez a todos, sino que es posible dar validez —gnoseológicamente hablando— a cualquier orden independientemente de su contenido; además de que, según Kelsen, una justificación ético-política es comparar al derecho con otra norma o sistema de normas, con los cuales puede corresponder o no en cuanto a su contenido.

Aunque en otro plano: el de justicia por el contenido, también se puede dar validez a cualquier orden —siempre y cuando exista correspondencia entre el sistema jurídico y el sistema moral justificador—, en virtud de la infinidad posible de tipos de normas que pueden usarse para evaluar un orden jurídico, lo que se aprecia en la histórica multiplicidad de tipos de jusnaturalismo.

Entendemos la teoría pura en el sentido de que para poder justificar moralmente todo derecho positivo, la norma o sistema de normas justificantes deben tener un contenido concreto, y esto es diferente de la norma fundante, por las siguientes razones:

1ª Si existiera una norma que respaldara tal justificación con un contenido específico, sería la siguiente: debe acatarse a todo derecho positivo, la cual es equivalente a “debes obedecer al Estado”.

2ª Una norma así es diferente a la norma fundante porque es categórica, no permite salida posible de tal obligatoriedad y no es presupuesta u opcional como la última que permitegnoseológicamente tal salida.

3ª También son diferentes porque si ya se habla de un derecho que se justifica con la norma referida, entonces ya se usó previamente una norma fundante para determinar algo como derecho, al que además se le quiere dar un apoyo moral exterior.

Esto último parece hacer clara la diferencia entre un apoyo moral justificatorio y el uso de la norma fundante como principio gnoseológico de imputación.

El jefe de la Escuela de Viena concluye respecto a este tema:

Si bien la ciencia del derecho tiene como objeto normas jurídicas y, por ende los valores jurídicos que éstas constituyen, los enunciados jurídicos que formulan son, como las leyes naturales de las ciencias naturales, una descripción axiológicamente adíadora de su objeto. Es decir, una descripción se cumple sin referencia a ningún valor metajurídico, y sin ninguna aprobación o desaprobación emotiva. Quien desde el punto de vista de la ciencia jurídica, afirma en su descripción de un orden jurídico positivo, que en ese orden, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo determinado por aquel orden, efectúa esa afirmación aún cuando la atribución del acto coactivo a su condición le parezca injusta y, por tanto, la desapruebe.<sup>110</sup>

En síntesis, nuestra valoración de las ideas de Kelsen sobre la validez es la siguiente:

Como antes se indicó, el concepto de validez de este autor no encubre la recomendación moral de acatar al derecho, pero parece que tal concepto es ambiguo, connotando dos significados diferentes: el de obligatoriedad (o existencia de la norma)<sup>111</sup> y el de pertenencia.

En un sentido diverso, también puede pensarse que existe redundancia conceptual entre pertenencia y validez, especialmente por la

---

<sup>110</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 94.

<sup>111</sup> Nino señala tres significados diferentes: 1º derivación de una norma con otra de nivel superior, 2º existencia específica de la norma y 3º fuerza obligatoria de una norma. *Op. cit.*, nota 37, pp. 34 y 35. Para nosotros, las dos últimas son una sola.

idea de que la norma fundante es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes al mismo sistema. El problema se reduce, en primer lugar, en determinar si pertenencia se identifica o no con validez (entendida como existencia u obligatoriedad de la norma).

En virtud de que el fundamento de una norma sólo puede encontrarse en otra norma, si la validez se definiera como la pertenencia a un sistema, resultaría que el fundamento de la pertenencia de una norma es la pertenencia de otra norma al mismo sistema. Esto carece de sentido. En cambio, lo tiene decir que el fundamento de obligatoriedad de una norma se encuentra en la obligatoriedad de otra norma que le determina su procedimiento de creación, autoridad competente o contenido (es decir, una relación de subordinación, que se traduce en su pertenencia al sistema) y, en última instancia, en la norma fundante. Así, afirmar que una norma pertenece a un sistema significa que tiene la misma fuente de validez que tal sistema.

Lo anterior imposibilita identificar las dos ideas señaladas y por lo mismo no existe redundancia conceptual, pero esto no significa necesariamente que el concepto de validez sea ambiguo, porque no puede concluirse con precisión que, en la teoría pura, la pertenencia sea uno de los significados de validez, aunque exista una estrecha relación entre los dos conceptos: si una norma pertenece a un sistema normativo necesariamente tiene validez.<sup>112</sup>

Para la teoría pura todos los sistemas normativos son válidos porque precisamente la validez es la existencia de la norma y, por tanto, de los sistemas. Si estos no son válidos, entonces no existen. Así, hablar de sistemas normativos válidos es configurar un pleonasma, con lo cual se

---

<sup>112</sup> Por esta razón, en la teoría pura se indica que una norma jurídica perteneciente a un orden jurídico no puede ser nula, sino sólo anulable, nota 22, p. 283.

presenta el defecto de redundancia conceptual entre validez y existencia normativa.

En relación a la norma fundante consideramos que es un principio gnoseológico que posibilita el conocimiento del fenómeno normativo en general y del jurídico en especial. Esta norma permite percibir a la Constitución como válida (siempre y cuando sea eficaz en términos generales) y en consecuencia posibilita ver así a todo el orden jurídico que ella fundamenta. En este contexto, la validez de la Constitución es su obligatoriedad o significado de autoridad, que depende de la norma fundante, y la validez de otras normas jurídicas es su obligatoriedad que depende de su pertenencia al sistema, o sea, que tiene su fundamento en la Constitución válida. Sin embargo, no es aceptable que se le denomine "norma" sólo para mantener la tesis de que la validez de una norma únicamente puede provenir de otra norma cuando para Kelsen sólo existen normas positivas, es decir, aquellas que fueron creadas únicamente por la voluntad de seres humanos con el objetivo de regular conducta.

Con todas estas apreciaciones, consideramos que la idea kelseniana de validez carece de la suficiente precisión conceptual.

## CAPÍTULO VI

### LA VALIDEZ JURÍDICA PARA CARLOS SANTIAGO NINO

De acuerdo a Carlos Santigo Nino, el término “ validez” posee una ambigüedad extrema cuando se aplica para calificar a una norma jurídica y también cuando se utiliza en relación con un orden jurídico. Según el citado autor los principales “ focos de significado” con que se acostumbra usar la expresión “ validez” son los siguientes:

- 1) En muchos contextos decir que una norma o un sistema normativo son válidos de una norma o de un sistema serán los mismos que los de su existencia[...].
- 2) También puede asociarse la validez de una norma o de un sistema jurídico con su justificabilidad, con el hecho de que deba hacerse lo que ellos disponen, con su fuerza obligatoria moral. En este sentido, decir que una norma es válida implica decir que ella constituye una razón para justificar una acción o decisión[...].
- 3) Puede asimismo decirse que una norma jurídica es válida cuando hay otra norma jurídica que declara que su aplicación u observancia es obligatoria. En este sentido no se puede decir que todo un sistema jurídico es válido, puesto que siempre habrá por lo menos una norma del sistema cuya obligatoriedad no está determinada por otras normas del sistema[...].
- 4) También puede predicarse validez de una norma jurídica con el sentido de que su dictado ha estado autorizado por otras normas jurídicas, o sea que ha sido sancionada por una autoridad dentro de los límites de su competencia. Tampoco en este sentido se puede predicar validez de todo un sistema jurídico[...].

5) Asimismo que una norma es válida puede querer decir[...] que la norma en cuestión pertenece a un cierto sistema jurídico. Obviamente, aquí tampoco la validez puede predicarse de todo un sistema jurídico (autónomo) puesto que esto implicaría decir que el sistema pertenece a sí mismo.

6) Por último, cuando se dice que una norma o un sistema jurídico son válidos a veces se quiere decir que tienen vigencia (o eficacia), o sea que son generalmente observados y aplicados.<sup>113</sup>

En relación a lo indicado, Nino agrega que tales focos de significado de “validez” no son autónomos porque, en lo general, se presentan combinados. Así, algunas de las propiedades enumeradas son consideradas condiciones necesarias para algunas de las otras. Sin embargo, estas propiedades se combinan de muy distintas formas y esto determina la ambigüedad de la expresión “validez”. Por ejemplo, se podría sostener que una norma jurídica válida equivale a que existe, o sea, el sentido (1); que una norma existe si y sólo si está moralmente justificada (2); podría agregarse que para que una norma esté moralmente justificada es necesario, aunque no suficiente, que pertenezca (5) a un sistema jurídico con vigencia (6); que una norma pertenece a un sistema si su dictado está autorizado (4) o cuando su observancia está prescrita (3) por otra norma del mismo sistema. Lo anterior, continúa Nino, combinaría todos los focos de significado mencionados antes, pero otras tesis podrían cortar la secuencia en distintos puntos: que la validez de una norma equivale a su existencia (1), pero que existe no cuando tiene obligatoriedad moral sino cuando pertenece (5) a un orden vigente (6), y se da tal pertenencia cuando su sanción está autorizada (4) por otras normas del sistema. También se podría afirmar que la validez normativa equivale a su existencia (1) y que existe

---

<sup>113</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, pp. 132 y 133.

como tal cuando pertenece a un orden (5) tenga o no vigencia. También se podría sostener que la validez de una norma es su existencia (1) pero que ésta depende sólo de su vigencia (6). Otra podría ser que la validez no tiene nada que ver con la existencia normativa sino que de que haya otra norma que obligue su observancia (3). Así, las múltiples combinaciones de focos de significado materializadas en el pensamiento de muchos autores, explican las graves confusiones sobre la validez del derecho.<sup>114</sup>

Par el autor de este estudio, la tesis de Nino es inexacta por el conjunto de las siguientes razones:

1ª Dentro de esta primera razón, subrayamos las siguientes ideas de Nino: los indicados son algunos de los focos de significado con que se suele usar la expresión “validez”; tales focos no son autónomos porque se presentan combinados de alguna manera, unos se consideran condiciones necesarias para que se den otros; y de hecho algunos autores los han combinado de manera múltiple, lo cual explica las graves confusiones respecto a la validez del derecho.

Por tales ideas, su contexto y por el hecho de que en su obra “Introducción al análisis del derecho” Nino no presenta un concepto propio de validez jurídica, existe la apariencia de que para este autor todos los focos de significado de validez conforman un solo y gran significado (del cual sólo serían partes que algún autor resalta más que otras) que él acepta, pero con la particularidad de que se encuentra integrado por elementos que pueden ubicarse en lugares distintos de su estructura lógica, además de que tales elementos en ocasiones se hacen presentes y en ocasiones no. Algo así como un virus mutante en el que, a pesar de su diversidad de formas por sus modificaciones internas, tiene un elemento común que lo identifica como

---

<sup>114</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, pp. 133 y 134.

tal. En el caso de la validez no se aprecia con precisión cual puede ser ese elemento común (¿será el uso de la palabra validez? No sabemos).

Existe la apariencia de que, para Nino, el problema de la validez es tan complejo y escurridizo que no puede ser resuelto con una simple definición adicional a las muchas que ya se han formulado, por lo que para resolverlo (seguimos dentro de la apariencia) se sigue el camino de pensar que todos los autores tienen algo de razón. Con esta estructura cambiante o combinable, los diversos autores, que no son concientes de que todo es parte de un único y gran significado, determinan diversas combinaciones posibles y presentan diversos significados de validez como si hubiera varios, cuando lo único diferente son sus " focos de significado" entre sí, y esto es lo que produce las graves confusiones sobre el concepto. Confusiones que no tienen por qué producirse dado que todas las combinaciones son parte de un gran y complejo significado.

2ª Nino afirma: " Estos seis focos de significado no son en realidad significados autónomos de la palabra ' validez' , ya que generalmente ellos se presentan combinados de alguna manera, siendo el caso de que algunas de las propiedades que hemos enumerado son consideradas condiciones necesarias para que se den algunas de las otras." Al respecto podemos indicar que en una teoría científica (si la entendemos como una estructura lógicamente estructurada de conceptos) es imposible que no se presenten esas relaciones en las que unos conceptos son condición necesaria de otros.

Conceptos aislados unos de otros nunca pueden constituir una estructura teórica. Pero el hecho de que exista tal subordinación lógica entre los diversos conceptos teóricos y que la palabra " validez" se haya utilizado para referirse a un buen número de ellos, no significa que todos esos significados aludidos en el uso de " validez" conformen un gran y único concepto. Y como en menor o mayor medida todos los términos que



connotan sentidos teórico jurídicos son ambiguos, entonces lo mismo que afirma Nino sobre "validez" puede decirse prácticamente de cualquiera, especialmente de aquellos que también poseen gran ambigüedad como es el caso de la palabra "derecho", cuya diversidad de acepciones, usos o "focos de significado" no es menor que la de validez: derecho objetivo, derecho subjetivo, sistema de normas jurídicas, licitud, facultad, permiso fuerte, permiso débil, derecho reflejo, derecho subjetivo en sentido técnico, capacidad, competencia, jurisdicción, permiso del obligado, etc. "Focos de significado" en los que —al igual que en validez— se pueden encontrar relaciones donde unos condicionan necesaria o suficientemente a otros en una gran variedad de combinaciones posibles. También aquí podría concluirse que como esas múltiples combinaciones se han materializado en el pensamiento de muchos autores, eso explica las graves confusiones sobre el concepto de derecho. Agregamos además la sospecha de que todos los autores tienen algo de razón y que la solución del enigma sobre "derecho" es concientizar que todas las combinaciones de sus focos de significado son expresiones de un único y gran complejo significado.

Para quien esto escribe, el origen de tales confusiones no se encuentra en la variedad de combinaciones posibles de los focos de significado, sino en la diversidad de significados. Existe tal diversidad por la variedad de teorías normativas presupuestas o concientemente aplicadas. Es cierto que una teoría pueda tener conceptos ambiguos como ocurre en muchas ocasiones, pero esto es un defecto de la teoría. La cuestión importante no es mostrar únicamente que existen diversas teorías y significados sino que existen mejores y peores teorías y significados.

En el primer ejemplo de combinación de propiedades, se dice que validez es la existencia de la norma y ésta existe cuando se encuentra moralmente justificada. Esto no comprende las diversas propiedades que

integran el concepto de norma ni las diversas acepciones de norma. Cuando se enlistan los focos de significado de validez, se entiende que es aceptable el uso de la palabra "validez" para referirse a cualquiera de ellos. Aunque Nino afirme que lo que determina la ambigüedad de validez consiste en que tales significados no son autónomos sino que se presentan combinados y de formas distintas, el hecho es que quien usa la palabra "validez" en alguno de los sentidos indicados, generalmente no la usa concientemente en más de uno, pues de lo contrario no habría racionalidad desde el punto de vista pragmático de la comunicación. Para él, no es una combinación de significados diversos de validez, sino una estructura lógica diferente de una teoría jurídica diversa, con la cual se articula ese específico concepto, y los otros significados no son los del concepto de validez, sino de otros conceptos teórico jurídicos.

La "combinación diferente" de significados teóricos no es lo que determina la ambigüedad de validez, sino la ambigüedad de prácticamente, cualquier concepto teórico: obligación, derecho, responsabilidad, autorización, etc. Son ambiguos porque tienen más de un sentido, es decir, porque son teóricamente defectuosos o porque existen en relación con ellos más de una teoría.

3ª Así, tenemos que una teoría jusnaturalista sostiene: a) La validez es la existencia de la norma y b) Una norma existe si se encuentra justificada moralmente. Por su parte, una teoría positivista afirma: a) La validez es la existencia de la norma y c) Una norma existe si es coherente con la norma superior.

De acuerdo con las ideas de Nino, se entiende que a), b) y c) son todos "focos de significado" pero combinados de manera diferente. Esto es inexacto: a) no es propiamente un significado relevante, sino que prácticamente se reduce a la denominación de un concepto: norma-validez.

Decir que algo existe es indicar solamente que algo no es producto de la imaginación. En este sentido, sólo en apariencia a) es una explicación de validez, pero en realidad sólo estipula la sinonimia de “ norma” y “ validez” . Únicamente b) y c) son verdaderos contenidos significativos y son diferentes.

Las dos posturas identifican norma con validez, pero como las dos definen de manera diferente a “ norma” , entonces es falso que compartan el concepto de validez, puesto que si éste es sinónimo de la noción de norma y ésta no es la misma, entonces también difieren en el primero. Lo único que comparten es la redundancia de sus nociones de validez y de norma dentro de su propio sistema y con su propio y diferente significado.

4ª Las combinaciones de focos de significado de validez ejemplificadas por Nino son las siguientes:

- a) —Decir que una norma jurídica es válida es equivalente a decir que existe.
- Una norma jurídica existe si y sólo si está moralmente justificada.
- Una norma jurídica está moralmente justificada si necesaria pero no suficientemente pertenece a un sistema jurídico vigente.
- Una norma pertenece a un sistema jurídico cuando su dictado está autorizado o su observancia está prescrita por otra norma de tal sistema.

Aunque en apego a la verdad, Nino no aclara en el último punto si el sistema se encuentra vigente ni si la relación es necesaria, suficiente o necesaria y suficiente

Nuestro comentario: decir que la norma existe significa que la existencia es un atributo de la norma, pero no es aceptable concluir de ello que una norma puede tener o no existencia y seguir siendo norma. Por tanto, cuando se habla de la existencia de la norma (jurídica o no), debe entenderse que se habla del concepto de norma (jurídica o no), puesto que

la existencia no es una cualidad posible de la norma ni de algún otro fenómeno. Puesto que sólo son normas jurídicas las existentes, si se piensa que la existencia de la norma jurídica es equivalente a su validez y a su justificación moral, entonces las normas jurídicas inválidas o injustificadas moralmente no existen, lo cual significa que toda norma jurídica es válida y toda norma jurídica se encuentra justificada moralmente. Si esto es así, entonces carece de sentido el calificar de válida o inválida, justificada o no moralmente a una norma jurídica, con lo cual estos calificativos devienen en conceptos innecesarios dado que redundan con el concepto de norma jurídica.

En relación con esta posible combinación de focos de significado puede subrayarse que los conceptos de validez, de existencia de norma jurídica y de norma jurídica, son sinónimos y que se explican completamente (por lo de “ si, y sólo si” ) con la idea de normatividad moralmente justificada. De esta forma, si tenemos que una norma jurídica existe (en otras palabras, una norma es jurídica) si, y sólo si, se encuentra moralmente justificada, entonces el concepto de norma no es explicado, sino el de juridicidad de la norma que se entiende como su justificación moral. También en esta combinación el concepto de norma jurídica existente, válida o moralmente justificada es explicado parcialmente —por lo de “ necesaria pero no suficiente” , que es una deficiencia dentro de su propia estructura teórica— con el auxilio de tres conceptos distintos: “ pertenencia a un sistema” , “ sistema jurídico” y “ sistema jurídico vigente” . De los cuales sólo explica el primero: existe pertenencia cuando otra norma del sistema autoriza su dictado o prescribe su observancia. Lo que consideramos otra deficiencia. No se explica tampoco cuándo el dictado de una norma está autorizado o su observancia está prescrita por otra.

- b) —La validez de una norma es equivalente a su existencia.  
 —Una norma existe cuando pertenece a un orden jurídico que tenga vigencia.  
 —Una norma pertenece a un orden jurídico cuando su sanción está autorizada por otras normas del sistema.

También en este caso, validez y existencia normativa —y norma— son sinónimos, y aun cuando explícitamente el autor comentado no alude a normas jurídicas, debe entenderse que de ellas se trata, y su supuesto de juricidad se explica como la pertenencia a un orden jurídico que tenga vigencia. De estos conceptos se explica el de pertenencia, pero no el de norma ni el de juricidad —puesto que sólo se indica su supuesto, pero no su connotación— ni los de orden jurídico y vigencia del orden jurídico, tampoco cuándo la sanción de una norma está autorizada por otras normas del sistema.

- c) —La validez de una norma es equivalente a su existencia.  
 —Una norma jurídica existe como tal cuando pertenece a un orden jurídico tenga o no éste vigencia.

También validez y existencia normativa —y norma— son sinónimos y se explican con la idea de pertenencia a un orden jurídico, pero no se indica cuándo una norma jurídica pertenece a un orden jurídico. Además queda la incertidumbre si la validez y existencia equivalen a la pertenencia o ésta es sólo el supuesto necesario.

- d) —La validez de una norma se identifica con su existencia.  
 —La existencia de la norma depende sólo de la vigencia de la norma.

Validez y existencia normativa —y norma— son sinónimos y se apunta su supuesto o condición: la vigencia de la norma, pero no se indica en qué consiste precisamente la validez, existencia normativa o norma, ni cuándo una norma es vigente.

- e) —La validez de una norma sólo depende de que haya otra norma que declare su observancia obligatoria.

En este caso no se presenta una combinación mínima sino únicamente se aludió a un foco de significado. Se señala el supuesto de validez de la norma con que haya otra norma que declare su observancia obligatoria, pero no se explica qué es validez ni norma ni cuándo una norma declara obligatoria la observancia de otra.

Los ejemplos de combinación de focos de significado de validez que expone Nino, demuestran lo siguiente:

1. Las explicaciones parciales o falta de explicaciones justifica pensar que no son combinaciones posibles de focos de un gran y único significado, sino expresiones parciales de la estructura teórica particular de quien los exprese. Se trata de conceptos diferenciados entre sí, pero interrelacionados lógicamente para poder conformar la estructura mencionada.

2. El “ corte ” de cada combinación ejemplificada es arbitrario, porque en todas ellas se podría seguir relacionando un mayor número de “ focos de significado ” de validez aunque ya no fueran alguno de los seis primeros que indicó. El mismo autor aclara que no son exhaustivos, con lo que prácticamente el sentido de “ validez ” abarcaría todos los conceptos de la teoría jurídica correspondiente. No es que exista una secuencia objetiva que “ cortar ” , sólo se trata de diferentes posiciones teóricas.

3. Los conceptos ejemplificados son en buena medida explicados deficientemente. No se trata de aceptar tales combinaciones de significado, o cualquiera otra, sólo por el hecho de que se hayan materializado en el pensamiento de algunos autores, sino que lo importante es analizar y evaluar su corrección teórica.

Finalmente, se puede insistir en que dentro de una teoría se excluyen dos extremos: 1<sup>º</sup> los conceptos aislados unos de otros y 2<sup>º</sup> los grandes y únicos significados integrados por diversos focos que poseen entre ellos relaciones de condición necesaria o suficiente. La estructura lógica de una teoría se integra de conceptos diversos pero relacionados entre sí.

Para quien esto escribe, surge el siguiente cuestionamiento: ¿Acaso no trata esto de un mero problema verbal y da lo mismo hablar de diversos focos de significado conformando un gran concepto, que hablar de diversos conceptos conformando una teoría? No, primero por el criterio de sencillez: hablar de focos de significado cambiantes dentro de un gran significado es más complicado que hablar de conceptos diversos que estructuran una teoría, puesto que tiende más a las ambigüedades y vaguedades; segundo, el apuntar que las diversas combinaciones posibles de focos de significado, aunque producen ambigüedades en el uso concreto del concepto, no afectan en lo fundamental el sentido único del gran concepto, parece tener fuertes tintes metafísicos o substancialistas sobre la validez. En cambio, el sostener que si se modifica la estructura integrada por los diversos conceptos entonces se transforma la teoría, no parece ser metafísico.

## CAPÍTULO VII

## LAS DIVERSAS CONCEPCIONES TEÓRICO JURÍDICAS DE VALIDEZ

A continuación vamos a valorar las distintas acepciones teóricas de validez jurídica en función de construir, si es posible, junto con todo lo anteriormente señalado, un concepto de validez que satisfaga mejor los criterios metodológicos indicados en la primera parte de este estudio.

## A. VALIDEZ COMO EXISTENCIA NORMATIVA

La validez de la norma o del sistema normativo es la existencia de la norma o del sistema normativo correspondiente. Esta acepción se vincula con el hecho de que para conocer al fenómeno normativo se aplica el principio de imputación. Por ejemplo, Raz —de manera similar a uno de los sentidos de la validez kelseniana— afirma: “Una norma que no es jurídicamente válida no es en absoluto una norma jurídica. Una disposición jurídica válida es una disposición jurídica, una disposición jurídica inválida, no lo es.”<sup>115</sup> Y Ross indica:

La validez de una norma en este sentido significa su existencia efectiva o realidad, por oposición a una regla meramente imaginada o a un mero proyecto. Esta función es externa en el sentido de que afirmar que una regla, o un sistema de reglas, existe, es afirmar algo acerca de la regla o del sistema. Un enunciado no es un juicio jurídico, sino una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, 2ª ed., México, UNAM, 1985, p. 187.

<sup>116</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 21, p. 26.



Nuestra valoración es la siguiente: Entendemos que la aplicación del principio de imputación que permite conocer al fenómeno normativo no es necesaria en el campo del conocimiento ni implica algún tipo de manipulación moral. Además posibilita un conocimiento objetivo del derecho si se presentan las condiciones empíricas del mínimo de eficacia y de institucionalización (es decir, la presencia de sujetos como órganos encargados especialmente de la creación y aplicación de normas). Sin embargo, como antes se señaló, hablar de existencia normativa es únicamente hablar de norma; apuntar que la validez es la existencia de la norma es indicar solamente que la validez es la norma. Así, se presenta la redundancia de los dos conceptos, con lo cual carece de sentido calificar a una norma como válida —o como “normativa”—, puesto que todas las normas lo son.

Si tiene que decidirse entre norma y validez para evitar la citada redundancia, es mejor optar por la primera, puesto que tiene más importancia teórica la pregunta de ¿cuándo estamos en presencia de una norma? (o de una norma jurídica o de un sistema jurídico) que la de ¿cuándo estamos en presencia de la validez? Un mejor concepto de validez evita tal problema con una significación propia y diferente del de norma, de forma que pueda predicarse la validez de las normas así como su invalidez; en este mejor concepto se presupone la noción de norma. Todo lo anterior es aplicable independientemente del significado teórico de norma, que es muy variado y es aplicable también a la noción correspondiente de sistema normativo.

La validez como existencia de la norma, en donde es imposible hablar de “normas inválidas”, se vincula con los denominados “ámbitos de

validez" : personal, temporal, espacial y material, que por las razones expuestas antes deberían denominarse " ámbitos de normatividad."

## B. VALIDEZ COMO OBLIGATORIEDAD MORAL

La validez de la norma o del sistema normativo es su legitimidad, justificabilidad u obligatoriedad moral. Se busca conciente o inconscientemente provocar una adhesión moral al derecho con una argumentación muy variada: el derecho natural, la divinidad, el pueblo, etc., para justificar que el derecho debe ser obedecido. Así, Nino afirma lo siguiente: " decir que una norma es válida implica decir que ella constituye una razón para justificar una acción o decisión, que lo que la norma declara prohibido, obligatorio o permitido es, efectivamente, obligatorio, permitido o prohibido." <sup>117</sup> Y Raz sostiene que " la validez directa de una norma ve hacia los fines y valores que ésta sirve o daña." <sup>118</sup>

Valoración: Para nosotros, hablar de obligatoriedad moral en función de usar a la norma jurídica como una razón para justificar una acción o decisión, no hace diferencia alguna con la obligatoriedad jurídica de la norma, puesto que sin recurrir a la moralidad las normas de derecho también pueden ser usadas, y de hecho lo son, para justificar una acción o decisión. Decir que la prohibición, obligatoriedad o permisión moral es, efectivamente, una prohibición, una obligatoriedad o una permisión, es sostener sin justificación racional alguna que las únicas regulaciones que

<sup>117</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 132.

<sup>118</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 137, p. 196. Como se aprecia, tal nuevo concepto de validez, en Raz, como cualidad contingente de la norma, es incoherente con su concepto de validez como existencia normativa.

existen son las morales (o son las más importantes) y que las jurídicas son ilusiones o de alguna manera tienen poca importancia. Al respecto, surge la pregunta siguiente: ¿en el jusnaturalismo, cuándo debe moralmente obedecerse una norma jurídica o un sistema jurídico? Para quien esto escribe, si la doctrina del derecho natural postula que lo jurídico sólo existe en función de lo moral, entonces si es moral no es necesario preguntar y si es inmoral, entonces no es jurídico. Si tal pregunta se confunde con la cuestión de ¿cuándo estamos en presencia de una norma jurídica o de un sistema jurídico?, entonces prácticamente no puede distinguirse la moral del derecho, el cual cuando mucho se constituiría en un tipo de moral o en una parte de la moral. La indagación sobre la validez del sistema jurídico se vincula con la validez de la Constitución que, como veremos en los capítulos correspondientes, tradicionalmente se ha tratado en el sentido de justificabilidad moral.

Reflexionar sobre la obligatoriedad moral de la norma jurídica es ubicarse fuera de la teoría del derecho, porque tal reflexión no explica al fenómeno jurídico sino que se refiere a algo exterior a él: su obligatoriedad moral. Además, cuando el mismo científico moraliza deja de ser científico y se convierte en político o predicador, especialmente si el mismo crea la norma moral que sirve para emitir un juicio de valor acerca del derecho, porque cambia la labor de conocimiento por la labor de persuasión y cambia la función lingüística explicativa de sus enunciados por la prescriptiva o emotiva. Así, en este contexto, la argumentación moral no puede aceptarse dentro del ámbito de una teoría científica sobre el derecho. Sin embargo, no sólo es aceptable sino necesaria como ética racional en el campo de la crítica jurídica y en el de la política legislativa metódicamente desarrolladas.

El concepto de validez que se propone en este estudio no es moral, es decir, no es normativo sino explicativo.

En relación con la justificabilidad moral del derecho podemos agregar lo siguiente:

- Se propone el no uso de la palabra “ validez” para denotar a la justificabilidad moral del derecho, de la Constitución o de una norma jurídica con el objetivo de evitar ambigüedades y porque dentro de la teoría del derecho es preferible usar validez para algo que explique al fenómeno jurídico y no para algo que moralice acerca del derecho.
- El concepto de justificabilidad moral del derecho no se ubica dentro de una teoría del derecho porque, en lugar de la función lingüística indicativa propia de la ciencia, usa una función directiva al menos implícita, con lo que aparentemente se sale del campo del conocimiento. También porque lógicamente no se articula con conceptos teórico jurídicos en una estructura unitaria. Pero esto no impide que su inclusión dentro de un ámbito moderno y amplio de la filosofía del derecho, la cual comprende además de la teoría del derecho a otras disciplinas relacionadas con el fenómeno jurídico, como la crítica jurídica, la política legislativa y la ética racional, en la cual se incluiría el tema de la obligatoriedad moral del derecho.

### C. VALIDEZ COMO OBLIGATORIEDAD JURÍDICA

La validez de una norma de derecho significa que existe otra regla jurídica que declara que la aplicación u observancia de la primera es obligatoria, es decir, una norma es válida si existe la obligación jurídica de obedecerla. Para Eugenio Bulygin uno de los significados de validez como

obligatoriedad de la norma o como fuerza vinculante es la descripción que informa que la norma es obligatoria de acuerdo a otra norma.<sup>119</sup>

Valoración: Para nosotros esta concepción parece ubicarse dentro de una teoría del derecho porque presenta a la validez como una especie de obligación jurídica,<sup>120</sup> la de acatar determinada norma de derecho, que hace a esta última válida. Pero, ¿esto es útil? ¿Cumple tal concepto una labor explicativa del fenómeno del derecho? Porque la gran mayoría de las normas jurídicas obligan por sí mismas y no requieren de otras normas para tal propósito. Al menos en algunos casos este nuevo concepto es inútil porque, sea tal obligación expresa o no, busca cumplir la función de motivar determinada conducta cuando ya lo hace la misma norma respecto de la que obliga su acatamiento.

Al respecto, conviene determinar algunas situaciones en relación con la obligación jurídica de acatar otra norma de derecho:

- a) Un precepto legal determina la consecuencia sancionadora al incumplimiento de otro precepto legal dentro del mismo ordenamiento, o sea, una norma es válida si se relaciona con otra norma que establece sanciones para los infractores de la primera. En esta situación, resulta que la norma es válida si la sanción a su infracción se localiza en otra norma, y también se produce el absurdo de que si tal sanción sólo se ubica en la misma norma, ésta es inválida.
- b) La norma superior obliga acatar a la norma inferior sin prever aquella sanciones para la infracción de ésta. En tal caso, el concepto de validez

---

<sup>119</sup> Bulygin, Eugenio, "Tiempo y validez", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 196.

<sup>120</sup> Con lo que lógicamente se encontraría articulado en una relación de género y especie con algún concepto teórico de obligación en sentido general.

es inútil puesto que no agrega nada al concepto de obligación jurídica de la norma inferior, a menos que sirva de criterio de preferencia para solucionar conflictos de normas como sucede con el artículo 133 constitucional, el cual implícitamente hace prevalecer a las leyes federales sobre las constituciones locales. Sin embargo, es inaceptable pensar que el concepto de validez se aplique sólo a la norma que debe preferirse en caso de conflicto y que la norma que no se aplica sea inválida. Kelsen ha demostrado que dos normas en conflicto pueden ser ambas válidas.

- c) La norma superior obliga acatar a la inferior, además de que la primera prevé sanciones a la infracción de la última. Así, la obligación de la norma inferior sin sanción prevista por ella misma, depende de la obligación de la superior para funcionar como sucede en el caso del Código Civil que obliga a cumplir los contratos que no tengan cláusulas penales, mediante el señalamiento de consecuencias a los infractores del contrato: resolución o cumplimiento forzoso y pago de daños y perjuicios. Pero en tal caso, el concepto de validez parece explicar poco si sólo se aplica a las normas jurídicas sin sanción propia a los infractores y que para tener fuerza obligatoria requieren de las sanciones previstas en una norma superior. Además, en tal situación, parece inaceptable que todas las otras normas jurídicas sean inválidas.

#### D. VALIDEZ COMO CREACIÓN NORMATIVA AUTORIZADA

La validez de una norma jurídica significa que su creación fue autorizada por otra norma jurídica. Al respecto, Pablo Navarro indica que

uno de los sentidos de afirmar que la norma N es válida es que ha sido legalmente creada.<sup>121</sup>

Entendemos que tal autorización comprende el señalamiento de la autoridad competente para crear la norma, la determinación del procedimiento que debe seguir tal sujeto para crearla y la indicación del contenido, positivo o negativo, de la norma creada. Todo esto significa la validez como coherencia con la normatividad superior.

Valoración: En este caso parece que el concepto teórico de validez tiene una función explicativa propia del fenómeno jurídico al no redundar con otros conceptos y poder distinguirse entre normas jurídicas válidas y normas jurídicas inválidas, al distinguirse entre normas jurídicas coherentes o incoherentes con la normatividad superior. Pero ¿jurídicamente qué significa tal coherencia o incoherencia? ¿Tiene algún significado normativo jurídico, es decir, un sentido regulativo de la conducta distinto cuando se presenta tal coherencia de cuando no se presenta?

Como posible respuesta, si partimos de lo que nos indican los doctrinarios civilistas sobre los actos jurídicos regulados por el Código Civil, entonces los actos inexistentes están afectados de incongruencia total, puesto que carecen de todo efecto jurídico. Los actos jurídicos afectados de nulidad absoluta que sólo producen efectos jurídicos mientras no se declare judicialmente su nulidad y no pueden convalidarse bajo ninguna circunstancia, tienen una incongruencia grave. Los actos jurídicos afectados de nulidad relativa que surten efectos jurídicos mientras no se declare judicialmente su nulidad y que pueden convalidarse, poseen una incongruencia menos grave. Finalmente, los actos válidos que tienen efectos jurídicos de forma plena, poseen coherencia. Sin embargo, como se analizó

---

<sup>121</sup> Navarro, Pablo, "Validez y eficacia de las normas jurídicas", *El derecho y la justicia, Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Madrid, Trotta, 1996, t. II, pp. 212 y 213.

en el capítulo correspondiente a la validez en la dogmática, la doctrina civilista carece de precisión para determinar el significado de “ efectos ” de los actos jurídicos inexistentes, nulos, anulables y válidos, y lo más que hace en el plano explicativo es reducirlo a la presencia o ausencia de una exigibilidad de tipo moral.

La determinación en el plano jurídico de tales “ efectos ” es un material importante en la construcción de un concepto teórico funcional de validez. Independientemente de que los elementos de autoridad competente (o capacidad de los particulares), de procedimiento (o manifestación o acuerdo de voluntades, ausencia de vicios en la voluntad, forma legal) y contenido (no infracción de leyes de orden público ni de orden privado), no son los únicos elementos de coherencia con la normatividad superior (dentro del derecho civil, otros son la autorización del juez —para algunos casos— y la claridad en la redacción de normas contractuales), tal coherencia no es la validez misma de las normas correspondientes sino es su supuesto, dado que la validez es la consecuencia normativa de tal supuesto.

En este contexto, reducir validez a la coherencia es formular una definición parcial, es decir, no equivalente a lo que se quiere definir: describe el supuesto, pero no lo más importante que es la consecuencia. Por lo mismo, definir validez con coherencia es comprender menos elementos que los que puede contener la semántica de validez de acuerdo con un criterio empírico y de sistematización teórica, o sea, coherencia es menos extenso que validez.



## E. VALIDEZ COMO PERTENENCIA NORMATIVA

La validez de una norma jurídica significa que la norma en cuestión pertenece a cierto sistema jurídico, es decir, el concepto de validez es equivalente al de pertenencia.<sup>122</sup> Así, por ejemplo, Hart afirma: " Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema."<sup>123</sup> Raz sostiene que la validez jurídica o sistemática de una norma depende del hecho de que ésta pertenece a un sistema jurídico dado y que como tal está justificada.<sup>124</sup> Ricardo Guastini, siguiendo a Uberto Scarpelli, nos dice lo que sigue:

---

<sup>122</sup> Cfr. Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 137, pp. 190 y 191. Este autor considera a la validez como el género y a la pertenencia como la especie.

<sup>123</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2ª ed., México, Editora Nacional, 1980, p. 129. En la misma obra, en la página 117 se indica: "Una regla de reconocimiento[...] especificará una característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo."

<sup>124</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 137, p. 195. Como se aprecia, "validez", en la teoría de Raz, es una palabra polisémica, además de que en relación a ella tal autor se contradice, porque en las páginas 190 y 191 nos dice: "[...]es bien conocido que la mayoría de los sistemas jurídicos, reconoce y aplica muchas normas que no son parte del sistema[...]. Puesto que validez conforme a derecho es más amplio que membresía a un sistema jurídico, ya que aunque todas las disposiciones jurídicas son jurídicamente válidas, no toda norma jurídicamente válida es una disposición jurídica del sistema, es claro que la noción de membresía a un sistema jurídico no puede explicar completamente la validez jurídica. Las dos nociones, aunque relacionadas, son parcialmente independientes una de la otra."

Se denomina “ válida ” a una norma perteneciente a un sistema normativo, según los criterios de reconocimiento o pertenencia establecidos en el propio sistema: la validez, predicada de una norma en referencia a un sistema de normas, supone la asunción del punto de vista interno respecto del sistema de normas y significa que esa norma satisface los criterios regulativos de pertenencia de las normas al sistema, que es, pues, tratada como existente en el sistema y debe desarrollar en el sistema su función específica, debe producir su efecto, en suma, debe ser obedecida.<sup>125</sup>

Valoración: Para nosotros, independientemente de cuál pueda ser la regla de reconocimiento fundamental en el sistema jurídico mexicano, existe la apariencia de identidad entre el concepto de validez como congruencia y el de validez como pertenencia. La razón radica en que es fácil pensar que si una norma es coherente con la superior, entonces pertenece al sistema de la superior y, en sentido contrario, si pertenece al sistema de la norma superior, entonces es coherente con tal norma. Esto significa que las normas no coherentes —inválidas en ese significado— no pertenecen al sistema, o sea, sólo pertenecen al sistema normas válidas, así como sólo existen sistemas coherentes.

Pero lo anterior no es correcto en virtud de que existen normas pertenecientes al sistema pero no coherentes con la normatividad superior y de que la coherencia es una virtud de los sistemas —al igual que la independencia y la completitud— pero no una *conditio sine qua non* de ellos, puesto que también hay sistemas incoherentes (y redundantes o incompletos). La definición de pertenencia no se integra completamente con la coherencia porque cuando esta última se encuentra presente explica a la

---

<sup>125</sup> Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p.389.

primera, pero puede existir pertenencia sin coherencia: normas en conflicto dentro de un mismo sistema jurídico. Por ello, se requiere otro concepto que comprenda al de coherencia cuando exista y también explique al de pertenencia cuando aquélla no exista.

Un posible camino es conceptuar pertenencia de una norma como la creación de tal norma por autoridades nacionales, es decir, autoridades previstas directa o indirectamente por la Constitución, sean o no competentes para crear específicamente un tipo de norma jurídica (también son normas nacionales las creadas por los particulares bajo la regulación de tales normas nacionales, como los contratos). Así, el concepto de pertenencia es equivalente al de normas nacionales. Las ventajas de tal noción consisten en que comprende al concepto de coherencia puesto que si hay coherencia hay norma nacional, y explica a la norma nacional en ausencia total de coherencia. Tal concepto de pertenencia es una especie del género "aplicabilidad" cuyo sentido es que una autoridad nacional puede aplicar la norma correspondiente, es decir, puede hacer lo siguiente: crear otra norma jurídica con base en ella, realizar conductas de acatamiento a la misma o, al menos, sancionar a sus infractores.

La otra especie de "aplicabilidad" es el concepto de no pertenencia o de norma extranjera, que se entiende como aquellas normas creadas por autoridades extranjeras, es decir, normas no previstas directa o indirectamente por la Constitución aunque en algunas circunstancias puedan ser aplicables por autoridades nacionales. A su vez, el concepto de pertenencia o normatividad nacional comprende dos especies: la coherencia y la incoherencia normativa, las que como se verá adelante son únicamente nociones parciales de unos conceptos de mayor importancia: validez e invalidez, que serían las verdaderas especies del género "pertenencia" o "normatividad nacional". Así, el concepto de pertenencia comprende tanto

a los conceptos de coherencia e incoherencia, como a los de validez e invalidez. Esto significa que tanto una norma válida como una inválida pertenecen a determinado sistema jurídico. Por esto último, definir validez como pertenencia es comprender más elementos que los que puede contener la semántica de validez, puesto que pertenencia es más extenso que validez.<sup>126</sup>

Debe distinguirse entre la pertenencia a un sistema determinado (en donde la carencia de tal propiedad se entiende como la no pertenencia a ese sistema) y la pertenencia a cualquier sistema (en donde su carencia es la no pertenencia a algún sistema). Lo primero se ubica en los rasgos posibles de una norma jurídica y lo segundo se ubica en los rasgos necesarios de tal norma, puesto que ésta no existe aisladamente.

#### F.- VALIDEZ COMO EFICACIA NORMATIVA

La validez de una norma significa que la norma es eficaz. Esto se vincula con la teoría realista sobre validez y eficacia, según Kelsen.<sup>127</sup>

El fenómeno normativo como todo fenómeno lingüístico posee entre sus elementos necesarios la dimensión pragmática.<sup>128</sup> Existen posturas

---

<sup>126</sup> Es evidente que también puede hablarse de norma extranjera aplicable que sea válida e inválida.

<sup>127</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 220 a 223.

<sup>128</sup> Aunque se ha intentado conceptuar normas en un sentido puramente semántico, como la denominada concepción hilética de las normas, sostenida por Eugenio Bulygin, "Estudio preliminar", Kelsen, Hans y Klug, Ulrich, *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 20 a 22. Tal concepción carece de solidez, porque, como argumenta Daniel Mendonça, sólo es aceptable la concepción expresiva o pragmática de las normas. *Exploraciones normativas*, México, Fontamara, 1995, p. 25. También véase las razones de

distintas sobre si la eficacia se encuentra dentro o no del aspecto pragmático de la norma. A favor se encuentra Georges Kalinowski, para quien la pragmática comprende no sólo al emisor del mensaje comunicado sino también al receptor.<sup>129</sup> Así, como parte de la dimensión pragmática de la normatividad jurídica, la eficacia se vincula con la existencia y el concepto de norma, no con la validez.

En cambio, de acuerdo con las ideas de J. L. Austin, se puede entender que la eficacia queda fuera de la dimensión pragmática. Para él, dentro de cada acto de habla se puede diferenciar siempre dos y frecuentemente tres actos diferentes: el acto locucionario, el ilocucionario y el perlocucionario. El primero consiste en la expresión de un enunciado con un determinado significado,<sup>130</sup> lo cual vinculamos con la dimensión semántica y sintáctica, y en el terreno jurídico con el aspecto puramente lingüístico del significado de las normas de derecho. El acto ilocucionario es lo que se hace diciendo algo y depende de convenciones o reglas pragmáticas que sirven de base al lenguaje en cuanto acción,<sup>131</sup> lo cual vinculamos con el propósito del legislador y con los aspectos situacionales del significado de las normas jurídicas.<sup>132</sup> El acto perlocucionario se relaciona con lo que se hace por decir algo y con los efectos prácticos de

---

Nino a favor de la concepción expresiva en *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 58.

<sup>129</sup> Kalinowski, Georges, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 53 y 54.

<sup>130</sup> Austin, J. L. *How to do things with words*, p. 6, y *Performative utterances*, p. 235. Cit. por Alexi, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 69 y 70.

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 70 y 71.

<sup>132</sup> Cuando separamos aspectos lingüísticos y aspectos situacionales de las normas de derecho, seguimos a Ross, pero consideramos también que los aspectos situacionales forman parte del significado lingüístico.

una situación determinada;<sup>133</sup> nosotros lo relacionamos con la eficacia jurídica.<sup>134</sup>

Las diversas acepciones de eficacia son las siguientes: acatamiento de la norma, aplicación de sanciones a los infractores, acatamiento y aplicación de sanciones, y logro de los objetivos sociales buscados con la creación de una norma jurídica. La eficacia relativa a una norma determinada es un aspecto posible de ella, en cambio, la relativa al sistema al que pertenece la norma es cualidad necesaria del mismo.

Para distinguir entre eficacia como supuesto de existencia normativa y eficacia como atributo posible de una norma, apuntamos lo siguiente:

I. Hablar de inexistencia normativa es vincularse con el uso normativo de lenguaje, pero dentro de alguno de dos extremos: la imposibilidad de cumplir y la imposibilidad de no cumplir, independientemente de que se relacione o no con previsión normativa de sanción a los infractores.

Esto en realidad no trata de la eficacia o ineficacia, puesto que la imposibilidad de cumplir no puede entenderse como desacatamiento normativo ni la imposibilidad de no cumplir significa acatamiento. El acatamiento de la autoridad estatal a las normas jurídicas así como el de los particulares, son necesarios en una mínima proporción (el mínimo de eficacia de Kelsen) como presupuesto gnoseológico del fenómeno normativo. Este es el punto medio entre dos extremos, lo que no significa que deba ubicarse exactamente a la mitad, sino únicamente que no se encuentra en alguno de ellos. Ambos extremos hacen desaparecer al

<sup>133</sup> Alexi, Robert, *op. cit.*, nota 151, p. 70.

<sup>134</sup> ¿Existe, según la tesis de Austin, con el acto perlocucionario, una cuarta dimensión de significado, además de la semántica, la sintáctica y la pragmática?, y ¿es el cuarto punto una consecuencia del significado integrado por los tres elementos semióticos? Nos quedamos con la duda.

fenómeno normativo: en el primero nadie obedece a la norma, lo que significa que no es posible de cumplir y, por tanto, que no es norma; en el segundo, todos la obedecen siempre, es decir, es imposible de incumplir y, por lo mismo, no hay necesidad regulativa de tal conducta y tampoco se trata de una norma.<sup>135</sup>

También, fuera de los dos extremos, la inexistencia normativa puede relacionarse en una situación hipotética con un uso normativo de lenguaje y con una previsión normativa de sanción a los infractores pero que carece de expectativa de sanción empírica, o sea, de hecho no se sanciona a infractor alguno y su autoridad creadora no ha expedido otras normas con expectativa de sanción empírica.

II. Norma existente pero ineficaz. Esto se vincula con lenguaje normativo, fuera de los dos extremos, sin expectativa de sanción empírica y con alguna previsión normativa de sanción a los infractores creada por una autoridad que ha expedido otras normas que tienen expectativa de sanción empírica. Cuando se trata de la eficacia de ordenamientos legales, de hecho se sanciona a los infractores de al menos algunas de las normas creadas por la autoridad correspondiente —el legislador—; y cuando se trata de la

---

<sup>135</sup> Parece una petición de principio sostener, por un lado, que la eficacia es un concepto explicativo de la conducta humana, al que se aplica el principio gnoseológico de imputación y que presupone necesariamente la existencia de una norma (la cual confrontada con la conducta correspondiente nos indica si existe o no acatamiento de la misma) y, por otro lado, señalar que hace falta un mínimo de eficacia, es decir, un mínimo de expectativa de sanción empírica o de acatamiento de la norma por parte de la autoridad al aplicar la sanción a los infractores, para que pueda existir el fenómeno normativo. En otras palabras, es sostener simultáneamente que no puede existir acatamiento sin norma y no puede existir norma sin acatamiento. Una solución es la idea de Kelsen de que el acatamiento no se requiere de inmediato sino posteriormente; sólo si tal acatamiento no se presenta durante un tiempo suficientemente largo, entonces desaparece la validez, entendida como existencia normativa, por falta del mínimo de eficacia. *Op. cit.*, nota 22, pp. 25 y 223.

eficacia del sistema jurídico en su conjunto, de hecho se sanciona a los infractores de al menos algunas de las normas creadas por la autoridad jurídica suprema: el Constituyente.<sup>136</sup>

III. Norma existente y eficaz. Lenguaje con sentido normativo que se encuentra fuera de los dos extremos, en una relación directa o indirecta con alguna previsión normativa de sanción (es decir, se prevé en la misma norma que obliga o en otra) y tiene expectativa de sanción empírica. El tema de la eficacia es de interés para la técnica jurídica: si una norma es mayormente ineficaz, técnicamente se tienen mayores posibilidades de perder el caso si el sustento jurídico principal es tal norma.

IV. Relación de la eficacia con los fines sociales de la ley. Tema de importancia para la crítica jurídica, la sociología del derecho, la política legislativa y la multidisciplina correspondiente, tanto porque no se alcanzan los objetivos sociales de la ley, porque exista la tendencia a no sancionarse a los infractores, como porque no se alcanzan tales objetivos aunque exista la tendencia a sancionar a los infractores.

Respecto a la diversidad de tesis sobre la relación entre validez y eficacia que comprende desde el extremo de identificar a los dos conceptos

---

<sup>136</sup> El anterior artículo 24 constitucional (a la reforma publicada el 28 de enero de 1992) prescribía: "Todo acto religioso del culto público deberá celebrarse precisamente dentro de los templos." Tal precepto es un ejemplo de nunca sancionarse a los infractores, aunque exista como fenómeno normativo. Tiene un mínimo de eficacia: no se encuentra en alguno de los dos extremos, porque existen algunos gobernados que acatan al precepto y no celebran actos religiosos fuera de los templos, pero tiende a la ineficacia, porque no se sanciona a los infractores, es decir, no existe expectativa empírica de sanción, aunque exista obligatoriedad por la presencia de expectativa normativa de sanción (al menos en el tipo penal de violación de garantías individuales) y porque se trata de una norma jurídica creada por una autoridad —el Constituyente— que ha creado otras normas que sí tienden a la eficacia, o sea, que tienen expectativa empírica de sanción.



hasta sostener que no existe alguna relación entre las dos nociones,<sup>137</sup> nuestra postura es la siguiente:

Si dentro de la teoría jurídica el sentido general del concepto de eficacia es el de acatamiento de la norma y el de validez jurídica se vincula estrechamente con la coherencia normativa, es claro, entonces, que se trata de referencias semánticas diversas, que no justifican la identidad de las dos nociones ni justifican suprimir la validez relacionada a coherencia para utilizar únicamente la noción de eficacia. Los dos conceptos cumplen funciones propias y distintas en la explicación del fenómeno del derecho, aunque puedan relacionarse dentro de la estructura de la teoría jurídica.

Por otra parte, no es aceptable la identidad entre eficacia y existencia normativa, porque de lo contrario no podría haber acatamiento ni desacatamiento. La razón es que una norma no puede existir antes de su cumplimiento con el cual se identifica y porque de existir incumplimiento las normas respectivas son inexistentes. En otras palabras, si existen normas ineficaces, entonces la eficacia no puede identificarse con el concepto de norma (o de su existencia), puesto que siendo ineficaces son normas. Si eficacia es una calificación de la norma: norma eficaz o norma ineficaz, norma acatada o norma infringida (expresiones que tienen pleno sentido), entonces la calificación no puede ser igual a lo calificado.

Tampoco aceptamos la idea de eficacia como supuesto de la validez, en el caso de afirmarse que tal validez es proporcional a la eficacia, porque si se entiende a la validez como una noción vinculada a la coherencia normativa, entonces es falso que si una norma se acata entonces tal norma es coherente con otras normas, es decir, la coherencia o incoherencia de una norma con la norma superior es independiente de su acatamiento o

---

<sup>137</sup> Cfr. Bonifaz, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1993, pp. 15 a 27.

infracción. Adicionalmente, si se entiende validez como existencia normativa, resulta que algo debe hacerse (existencia normativa) sólo en la medida en que algo se hace (eficacia o acatamiento de la norma), lo cual es erróneo porque, además de que se comete la falacia de Hume (de un ser derivar un deber ser), se elimina toda función de la normatividad o regulación de la conducta, porque si ya se hace algo ¿qué sentido tiene, además, afirmar que debe hacerse?

Leticia Bonifaz, en relación con los conceptos de validez y eficacia, afirma que

el hecho de que un concepto sea normativo y el otro real hace más difícil su manejo[...] existen autores como Recaséns Siches que consideran que es imposible construir conceptos jurídicos partiendo conjuntamente de los puntos de vista normativo y real reflejando al propio tiempo un deber ser y un ser. Ese puede ser el caso de los conceptos de validez y eficacia, que pertenecen, uno, al mundo normativo, otro al mundo real.<sup>138</sup>

Al respecto, podemos entender que si el concepto de validez es un concepto normativo o del deber ser, y el concepto de eficacia es un concepto real o del ser, todo esto se traduce en que lo normativo es irreal y que la eficacia no forma parte del mundo del deber ser. Esto es incorrecto. Lo normativo también es real, no es imaginario ni puramente racional como los objetos formales lógicos o matemáticos; en otras palabras, lo normativo o el deber ser, es un fenómeno empírico, sólo que para conocerlo, es decir, para poder determinar su significado se utiliza el principio gnoseológico de imputación y no el principio gnoseológico de causalidad.

---

<sup>138</sup> Bonifaz, Leticia, *op. cit.*, 158, pp. 15 y 16.

Por lo anterior, la eficacia normativa, entendida en general como acatamiento de las normas, es imposible de percibir sensorialmente como tal, es decir, no es posible determinar su significado en el mundo empírico si se utiliza el principio de causalidad, porque en tal caso todo lo que se percibirá es un fenómeno psicológico de temor o deseo de una persona o de un grupo de personas en relación con la conducta de otra u otras personas; si se estudia esto, confrontándolo con conceptos normativo-jurídicos se hace entonces sicología jurídica. En otras palabras, por más que se busque dentro del mundo empírico-causal al fenómeno que es en sí mismo un acatamiento del derecho, nunca se podrá encontrar. No se puede decir que el acatamiento es una relación causal entre el derecho como causa y la conducta coherente con él como efecto, porque no se trata de una relación necesaria, es decir, es posible que se acate al derecho por causas distintas a su existencia. Algo semejante puede decirse respecto del acatamiento jurídico que realicen las autoridades para sancionar a los infractores en función de la diferencia entre conciencia jurídica formal y conciencia jurídica material que indica Alf Ross.<sup>139</sup>

Por lo anterior, cabe preguntarse: ¿existe o no, entonces, la sociología del derecho? Nuestra respuesta es afirmativa, pero en este caso es necesario confrontar conceptos normativos, como el de acatamiento o el de conducta prohibida, con aspectos causales de la conducta humana.

El fenómeno lingüístico es empírico —es decir, lo percibimos sensorialmente— y, por lo mismo, no es irreal o imaginario, y puede estar determinado en su significado como normas jurídicas sin que esta determinación le quite el carácter de empírico. Esto significa que el fenómeno normativo es un fenómeno de experiencia. Además, el mundo del

---

<sup>139</sup> Cfr. Ross, Alf, *op. cit.*, nota 112, p. 174.

deber ser no se reduce exclusivamente al lenguaje —así como no todo lenguaje se reduce, en su significado, exclusivamente a normas—, también el mundo empírico del deber ser comprende a seres humanos determinados en su significado como jueces, como legisladores, etc., comprende conductas humanas determinadas en su significado como ilícitos, ejercicio de un derecho, delitos, acatamiento, etc. Incluso, comprende acontecimientos, también con una específica determinación de significado normativo, como en el siguiente ejemplo fuera del ámbito jurídico: “ el SIDA es un castigo de Dios” , y en el ejemplo dentro del campo del derecho: “ la muerte de Juan Pérez es el supuesto normativo por el que se abre su sucesión *mortis causa*.”

Nos cuestionamos: ¿entonces, si los seres humanos y sus conductas pueden tener significado normativo-jurídico, se puede hacer ciencia jurídica estudiando a los seres humanos y a sus conductas? En tal caso, la pregunta también debería comprender a los acontecimientos naturales, los cuales pueden tener una significación jurídica, como es el caso de alguna catástrofe natural que pueda poner a la sociedad en grave peligro, como supuesto de suspensión de garantías individuales. Sin embargo, la respuesta es negativa, porque sólo se estudiarían en la medida, por ejemplo, en que un juez funcione como juez, es decir, se determine su competencia dentro de la normatividad jurídica sustantiva, adjetiva y orgánica. En esta circunstancia, se estudiarían los efectos jurídicos de su conducta, o sea, las normas jurídicas que él produce. Se estudiaría una conducta obligatoria en la medida en que se ubique en la norma y se determinen sus consecuencias jurídicas —como la no sanción a tal conducta—; igual con un acontecimiento natural, el que sólo se estudia en la medida en que se ubique en la norma jurídica correspondiente y se determinen sus consecuencias normativas.

La sociología del derecho entendida como una disciplina social-causal en relación con el fenómeno jurídico, debe ocuparse de aplicar el principio de causalidad y la teoría sociológica, únicamente a la misma experiencia sensorial de una conducta humana a la cual se le aplicó el principio de imputación y teoría jurídica para establecer su sentido, por ejemplo, como acatamiento jurídico.<sup>140</sup> Con lo que se determina su significado de conducta social-causal en relación con el derecho, es decir, de causas y efectos sociológicos del derecho. Así se realiza investigación de sociología del derecho. Un objeto así puede encontrarse cuando Nino nos habla de las causas que puede motivar al cumplimiento del derecho:

Por supuesto que el grado en que se consiga obtener conformidad con las directivas y decisiones jurídicas, sobre la base de la legitimidad de los órganos que las dictaron, dependerá de hasta qué punto las concepciones morales de la gente concurren en considerar legítimos a tales órganos, y en qué medida la población esté dispuesta a observar lo prescrito por autoridades que considera legítimas. Para los súbditos y funcionarios que están así dispuestos, las razones operativas que los mueven a actuar según lo prescrito son razones morales, y el hecho de que ciertos órganos hayan ordenado o decidido alguna cosa y no otra es sólo una circunstancia que incide en la particularización de aquellas razones morales. Para estos súbditos y funcionarios el derecho aparece como una extensión de su sistema moral.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> Lo cual no se traduce en la inaceptable utilización simultánea de los principios gnoseológicos de causalidad y de imputación, sino que el uso en primer lugar del de imputación sólo va a determinar qué percepciones sensibles de la conducta humana se le van a aplicar, posteriormente, el principio de causalidad y teorías científicas diferentes.

<sup>141</sup> Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 20, p. 4.

Y continúa Nino explicándonos tal circunstancia ahora con el aspecto de la coacción:

En todo caso, la necesidad de evitar o de contar con el respaldo de la coacción proporciona razones prudenciales que pueden ser efectivas cuando no lo son las razones de índole moral. Para los que sólo tienen razones prudenciales para observar lo prescripto por el derecho, éste aparece más bien como una serie de reacciones probables de ciertos funcionarios que, según sea el caso, es preciso eludir o promover.<sup>142</sup>

Como podemos apreciar, algunos autores confunden en ocasiones el concepto de validez con el de eficacia porque ciertos aspectos de la noción de eficacia son elementos constitutivos del fenómeno normativo entendido en su concepción expresiva o pragmática. Así, si validez se equipara con la existencia de la norma y ésta se integra con un mínimo de eficacia, entonces la validez se integra con un mínimo de eficacia.

Cuando sostenemos que la noción de acatamiento significa el conocer o explicar una conducta con el principio de imputación, parece que contradecemos a Kelsen cuando afirma que

eficacia y validez son dos cualidades por completo distintas; un juicio concerniente a la eficacia es un juicio sobre lo que es, una declaración acerca de una realidad natural; en cambio, un juicio concerniente a la validez es un juicio sobre lo que debe ser, una afirmación relativa a la realidad jurídica, si es que así se puede llamar la existencia concreta del derecho como un sistema de normas.<sup>143</sup>

---

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>143</sup> Kelsen, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1980,

Preguntamos: ¿la eficacia del derecho es parte de la realidad natural? No, si se entiende exclusivamente a la realidad natural como un fenómeno empírico de naturaleza causal. Sin embargo, también Kelsen dice lo siguiente: “ Pero se habla también de un orden eficaz cuando el comportamiento humano corresponde, a grandes trazos, y en términos generales, a ese orden, sin atender cuáles hayan sido los motivos que fueron su causa. El concepto de eficacia tiene aquí un significado normativo y no causal.” <sup>144</sup> Lo cual es correcto.<sup>145</sup>

#### G. LA VALIDEZ LEGAL COMO MODELO ÚTIL PARA CONSTRUIR SENTENCIAS EFICACES.

Martín Diego Farrell sostiene la siguiente tesis al respecto:

Las leyes (normas generales) no se verifican por medio de las sentencias (normas individuales). Solamente puede verificarse la sentencia dictada a partir de la ley, así como es susceptible de verificación la proposición dictada a partir de la ley natural. Del mismo modo que las leyes naturales son modelos para la construcción de proposiciones singulares, las leyes jurídicas son modelos para la construcción de sentencias, ya que éstas se construyen sobre la base del esquema de la ley. A partir de la función proposicional (ley) se construyen proposiciones singulares (sentencias). Las sentencias no verifican las leyes, simplemente, porque no puede plantearse el problema de la verificación de una función proposicional.<sup>146</sup>

<sup>144</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 41.

<sup>145</sup> Si en todo se aplica el principio de imputación, ¿cuál es la diferencia entre norma y eficacia? La norma es lenguaje que regula conducta y la eficacia es la conducta que la acata.

<sup>146</sup>

Farrell, Martín Diego, *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea, 1972, pp. 84 y

El mismo autor continúa con el desarrollo de su idea:

En cambio, podemos verificar las propias sentencias[...]; si queremos una verdadera aplicación del criterio de correspondencia debemos comprobar las disposiciones de la sentencia con los hechos de la realidad. Pues no hay que olvidar que las sentencias son normas, tan normas como las leyes, y que la verificación se debe efectuar buscando hechos, cuando menos de acuerdo con el criterio de correspondencia. Las proposiciones no se verifican confrontándolas con otras proposiciones sino confrontándolas con la realidad. ¿Cuándo podemos decir, entonces, que se han cumplido los requisitos que exige este criterio de validez respecto de una ley determinada? Cuando esta nos sirva como modelo para construir sentencias que resulten luego verificadas, es decir, confirmadas por los hechos. Si la sentencia ordena desalojar una casa, debemos verificar si la casa fue efectivamente desalojada; si la sentencia ordena que se debe permitir una manifestación, debemos verificar si realmente se realizó sin ser perturbada por órganos del Estado.<sup>147</sup>

Valoración. Para quien esto escribe, lo señalado por Farrell presenta inexactitudes como se verá a continuación. Respecto a la idea de que las leyes son modelos para la construcción de sentencias, porque éstas se construyen sobre la base del esquema de la ley, puede comentarse que no siempre las sentencias se sujetan a la ley.

En relación con el señalamiento de que las leyes son funciones proposicionales y de que las sentencias son proposiciones, podemos indicar que aun suponiendo la inaceptable tesis de que las normas legales formen

---

85.  
<sup>147</sup> Farrell, Martín Diego, *op. cit.*, nota 167, pp. 85 a 86.



parte del universo de las proposiciones y no de un universo distinto, el de las directivas o prescripciones, se puede distinguir entre proposiciones universales —como especie de las proposiciones en lo general— y las funciones proposicionales, puesto que, como apunta Irving Copi, “una proposición general se obtiene de una función proposicional poniendo o un cuantificador universal o un cuantificador existencial antes de la misma. Es obvio que la cuantificación universal de una función proposicional es verdadera si y sólo si todas sus instancias de sustitución son verdaderas”<sup>148</sup>.

Así, la proposición “ todos los hombres son mortales” o simbolizado:  $(x) (Hx \rightarrow Mx)$ , es un significado o valor posible de la función proposicional “ los x son y” , y ese significado es verdadero si y sólo si todas sus instancias de sustitución son verdaderas, es decir, si las variables dependientes de la expresión simbolizada se sustituyen por constantes o nombres individuales y todos los casos de tal sustitución son verdaderos. Si se puede hacer la distinción entre una proposición universal y una función proposicional, entonces la norma legal se encuentra más cercana a la primera que sí tiene valor veritativo, como se aprecia en la cita de Copi.

Por otra parte, además de que las leyes no son funcionales proposicionales, las sentencias no son proposiciones.

En relación a las ideas de que las sentencias no verifican a las leyes porque las funciones proposicionales no se verifican y de que se pueden verificar las sentencias, podemos comentar que, además de que las leyes no son funciones proposicionales, la verdadera razón por la que las leyes no pueden ser verificadas es porque carecen de función lingüística indicativa. Las leyes son normas y las normas carecen de valor veritativo. Verificar

---

<sup>148</sup> Copi, Irving, *op. cit.*, nota 66, pp. 89 y 90.

significa demostrar la verdad de algo, y las leyes como normas no pueden ser verdaderas. Cuando Farrell apunta que se pueden verificar las sentencias dictadas a partir de la ley, cabe cuestionarse ¿también se pueden verificar las sentencias no dictadas a partir de la ley? La respuesta es que ninguna. Aunque se trate de normas particulares e independientemente de que se hayan dictado o no a partir de la ley, las sentencias no describen hechos sino que regulan conducta, y no pueden ser verdaderas ni por tanto ser verificadas. Son distintos los conceptos de verificación y de eficacia normativa.

Farrell señala que no hay que olvidar que las sentencias son tan normas como las leyes, cabe replicar que si las leyes son funcionales proposicionales, como afirma el mismo autor comentado, entonces no pueden ser normas. Esta es una inconsistencia, porque si las leyes cumplen con su función lingüística directiva, entonces no pueden ser funciones proposicionales, puesto que como se apreció éstas son estructuras con variables independientes que pueden significar cualquier cosa, lo que impide que cumplan con alguna función lingüística o de comunicación, se trate de informar como en el caso de las proposiciones, de prescribir conducta como en el caso de las normas, o de comunicar emociones como en el caso de la poesía.

Farrell sostiene que “ si queremos una verdadera aplicación del criterio de correspondencia debemos comprobar las disposiciones de la sentencia con los hechos de la realidad[...]. Las proposiciones no se verifican confrontándolas con otras proposiciones sino confrontándolas con la realidad.”<sup>149</sup> Para nosotros, el criterio de verdad como correspondencia se refiere a proposiciones, es decir, enunciados con función lingüística indicativa. Lo que no son las sentencias que, como reconoce Farrell, son

normas. Además, lo único objetivo son los enunciados que permiten la experiencia intersubjetiva, sin ellos “ la realidad” es pura evidencia personal o subjetiva. No existe en sí la existencia objetiva.

Respecto al término “ realidad” , Jürgen Habermas nos dice lo siguiente:

no podemos darle ningún otro sentido que el que vinculamos con los enunciados sobre hechos, y entendemos el mundo como suma de todos los hechos, entonces la relación de correspondencia entre enunciados y realidad sólo podría determinarse a su vez mediante enunciados. La teoría de la verdad como correspondencia trata en vano de romper el ámbito de la lógica del lenguaje, que es el único lugar donde cabe aclarar la pretensión de validez de los actos de habla. Y, sin embargo, esa teoría descansa en una observación correcta. Si los enunciados *reflejan* hechos y no se limitan simplemente a fingirlos o inventarlos, entonces tales *hechos* tienen que estar dados de alguna manera; y precisamente esta es la propiedad que poseen los objetos “ reales” , es decir, los objetos de la experiencia, los cuales “ son algo en el mundo” . Los enunciados han de sujetarse a los hechos y no los hechos a los enunciados. Esta dificultad desaparece si tenemos presente que los “ hechos” solo advienen al lenguaje en el ámbito de la comunicación que es el discurso, es decir cuando, y sólo cuando, queda problematizada la pretensión de validez que los enunciados llevan aneja[...].<sup>150</sup>

Finalmente, en relación con el concepto de Farrell de que una ley es válida si nos sirve como modelo para construir sentencias que resultan luego verificadas o confirmadas con los hechos, cabe expresar que tal

<sup>149</sup> Farrell, Martín Diego, *op. cit.* nota 167, p. 84.

<sup>150</sup> Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, México, Rei, 1993, pp. 118 y 119.

concepto de validez se reduce, entonces, al de eficacia de las sentencias y parece que nada más tiene eficacia: leyes, reglamentos, contratos, testamentos, etc. Ni nada, además de la ley, tiene validez: sentencias, reglamentos, contratos, etc.

#### H. VALIDEZ PARA TENER EFECTOS JURÍDICOS.

Respecto a esta concepción, Alf Ross apunta lo que se indica a continuación:

el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo, un contrato, un testamento, o una orden administrativa, tienen o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido, o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido es afirmar algo según un sistema de normas dado.<sup>151</sup>

Por su parte, Joseph Raz señala lo siguiente:

Una norma válida es la que tiene efectos normativos. Una norma jurídicamente válida es la que tiene efectos jurídicos. Para evitar malentendidos tales enunciados deberían, quizá, ser complementados de forma a decir: una norma jurídicamente válida es aquella que tiene en derecho los efectos normativos que pretende tener[...]. Es evidente que esta concepción de la naturaleza de la validez de las normas puede fácilmente extenderse para explicar la validez de contratos, compraventas,

---

<sup>151</sup> Ross, Alf, *op. cit.*, nota 21, p. 26.

testamentos, matrimonios, etc. Todos son válidos si, y sólo si, tienen las consecuencias normativas que pretenden obtener.<sup>152</sup>

Valoración: Desde nuestra perspectiva, esta concepción parece vincularse con las tesis que sobre la validez tiene la dogmática civilista, sin embargo, se trata de una idea distinta porque la dogmática indicada no relaciona validez con las consecuencias o efectos de derecho, sino con la ausencia de vicios y otros requisitos, o con la existencia plenamente desarrollada de los actos jurídicos. Además, desde el punto de vista del derecho civil, la tesis que equipara validez con efectos jurídicos es incorrecta porque los actos jurídicos inválidos, es decir, afectados de nulidad absoluta o relativa, pueden surtir efectos mientras no los declare nulos una resolución judicial.

Por otra parte, si entendemos efectos o consecuencias jurídicas como ejecución o cumplimiento —o sea, eficacia—, entonces todo lo expuesto en el pasado apartado F es aplicable ahora, en relación al problema de su falta de precisión conceptual.

---

<sup>152</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 137, pp. 191 y 192.

## CAPÍTULO IX

### EL CONCEPTO DE LA NORMA VALIDANTE

El problema base de esta investigación es el siguiente: ¿Cuál es el concepto de validez jurídica que, dentro de la teoría general del derecho, no es incoherente ni redundante con otros conceptos teóricos y que tiene un significado útil en la explicación del derecho?

Para el autor de este trabajo, una norma jurídica es válida si de acuerdo a su particular circunstancia dentro del sistema en que se ubica, existe la obligación de su inimpugnabilidad o, bien, se trata de aquella norma que debe permanecer obligatoria aunque sea impugnada. En otras palabras, la validez de una norma de derecho es equivalente a la prohibición jurídica de impugnarla<sup>153</sup> o a la prohibición de afectar su obligatoriedad aunque sea impugnada. Así, el origen de la validez no se encuentra en la misma norma válida sino en la norma prohibitiva correspondiente, que denominaremos “ norma validante” , y la cual otorga validez a la norma válida. Esta última es protegida por la norma prohibitiva especial o validante.

Los siguientes son ejemplos de normas validantes:

Como prohibiciones de impugnación, las fracciones I y II del artículo 73 de la Ley de Amparo: “ El juicio de amparo es improcedente: I. Contra actos de la Suprema Corte de Justicia; II. Contra resoluciones dictadas en los juicios de amparo o en ejecución de las mismas:” .

---

<sup>153</sup> Existe equivalencia deóntica entre la prohibición de hacer y la obligación de omitir y, por tanto, entre la prohibición de omitir y la obligación de hacer.

Como prohibición de afectar su obligatoriedad aunque la norma sea impugnada, se encuentra implícita en el artículo 105 de la Ley Suprema y que regula las controversias y acciones de constitucionalidad, respecto de las normas que no infrinjan a la Constitución. También en el artículo 103, fracción I, constitucional, respecto de las normas que no violen las garantías individuales.

También son ejemplos de normas validantes todas aquellas que establecen términos de impugnación, porque validan a todas las normas jurídicas en relación a las cuales ya se venció el tiempo para ser impugnadas.

Las razones por las que el concepto propuesto de validez satisface los requerimientos metodológicos indicados en el primer capítulo de este trabajo son las siguientes: su objeto de explicación es empírico dentro del campo propio de las ciencias normativas —el fenómeno lingüístico normativo—; se encuentra articulado dentro de una sistematización teórica (se vincula con los conceptos de obligación, prohibición e impugnación); se aproxima a los ideales axiomáticos de independencia —no redundancia ni ambigüedad—, coherencia y completitud; cumple tales requisitos de mejor manera que los otros conceptos de validez; y tiene más precisión —menos vaguedad— y más capacidad explicativa —se utiliza en mayor número de casos—, porque se aplica a todo tipo de actos jurídicos de gobernados, a todo tipo de resoluciones particulares de autoridades estatales, y a casi todo tipo de normas jurídicas generales como la jurisprudencia, los reglamentos, las leyes y, como pretendemos demostrar en el capítulo correspondiente, también se aplica a la Constitución.

Una forma de mostrar la ventaja del nuevo concepto propuesto es señalar los defectos metodológicos principales de las otras acepciones en

contrastación con el primero, que carece de tales defectos. Así, tenemos que:

- La validez como obligatoriedad moral desborda el ámbito del conocimiento empírico del fenómeno lingüístico normativo, al menos en la teoría jurídica propiamente dicha, aunque metódicamente es aceptable como ética racional dentro de los campos de crítica jurídica y política legislativa.
- La validez como existencia normativa redundante con el concepto de la norma.
- La validez como obligatoriedad jurídica o carece de capacidad explicativa por las razones expuestas en el apartado correspondiente, o si se elabora con base en un criterio de elección entre normas en conflicto redundante con norma prevaleciente, además de que la norma inaplicada es inválida, lo cual es incorrecto.
- La validez como pertenencia normativa redundante con norma perteneciente a un sistema.
- La validez como eficacia normativa redundante con el concepto de eficacia.
- La validez para tener efectos jurídicos redundante con norma eficaz.
- La validez legal como modelo útil para construir sentencias eficaces es incompleto, porque conceptuar validez como la coherencia de la ley con sentencias eficaces omite, entre otras cosas, la explicación sobre la validez de las sentencias y la eficacia de las leyes.<sup>154</sup> Quizá sea esta la acepción de validez con un menor número de casos a los cuales se aplica: sólo la ley.

---

<sup>154</sup>Tal concepto es distinto de la coherencia con la norma superior, porque se trata de la coherencia de la ley con la norma inferior o mejor dicho con una especie de ella: la sentencia eficaz.



- La validez como creación normativa autorizada redundante con norma coherente (con la normatividad superior), lo cual se constituye en el supuesto del nuevo concepto de validez.

De acuerdo con nuestro nuevo concepto, los elementos necesarios<sup>155</sup> del supuesto de la validez de una norma jurídica (es decir, de la norma validante) son los siguientes:

- a) Que exista normatividad de jerarquía superior, esto es, no se puede aplicar tal concepto a las normas de máximo nivel. Así, carece de sentido hablar de la validez de un sistema jurídico en su conjunto y de sus normas básicas, a menos que como un sistema nacional lo subsumiéramos en el sistema más amplio del derecho internacional.
- b) Que la norma a la que protege la norma validante corresponda en su contenido con la norma superior.
- c) Que la norma a la que protege la norma validante se haya dictado conforme con el procedimiento que determina la norma superior.
- d) Que la norma a la que protege la norma validante sea dictada por la autoridad competente, por el sujeto con capacidad o personalidad adecuada, según la norma superior.
- e) Que el plazo correspondiente para impugnar la norma a la que protege la norma validante no haya transcurrido.

---

<sup>155</sup> Pueden existir otros elementos de tal supuesto de validez como son el caso de la autorización de la autoridad judicial para determinados actos jurídicos, artículo 436, del Código Civil Federal, o el caso de la claridad lingüística mínima de los contratos, artículo 1857, segundo párrafo, del mismo ordenamiento.

Los cuatro primeros conforman al concepto de coherencia normativa y el último es un elemento adicional necesario para integrar tal supuesto de validez.

Respecto al primer elemento, debe distinguirse entre lo "inimpugnable", es decir, lo que por su propia jerarquía —la más elevada— no puede ser impugnado, con "prohibición de impugnación", que puede ser desacatado y en donde la norma protegida por la prohibición requiere necesariamente de una norma superior.

Por otra parte, como puede apreciarse, varias de las otras acepciones de validez son especies de normas: norma prevaleciente, eficaz, perteneciente y coherente. También el nuevo concepto es una especie de norma, pero es una especie de norma prohibitiva. Tales conceptos de especies de normas, al ser aceptados dentro de la estructura teórica con una semántica claramente diferenciada (al evitar denominarse todos como "validez"), permiten su articulación y no redundancia entre sí y con el nuevo concepto de validez.

Vinculado a tal concepto, entendemos a la nulidad o anulación como la resolución de una autoridad judicial o administrativa que termina con la existencia de una norma jurídica, y a la anulabilidad como la posibilidad jurídica de una anulación, es decir, como la ausencia de prohibición jurídica de afectar la obligatoriedad de una norma, o bien, como la obligación o facultad, bajo determinados supuestos, de terminar con la existencia de una norma. Por lo anterior, en relación con el nuevo concepto la invalidez no es sinónimo de nulidad sino de anulabilidad.

La nueva acepción contiene implícitamente a la anulación y a la anulabilidad como parte de su significado, específicamente en su expresión: "afectar su obligatoriedad", porque una de las formas de afectarla es declarando o resolviendo la nulidad o anulación de la norma. Otras formas

son resolver su inaplicación a alguno o algunos casos, modificando su sentido obligatorio, etc. El hecho de que contenga implícitamente tales conceptos no significa que se identifique con ellos, porque también contiene los de obligación, prohibición, impugnación y norma superior, y no se identifica con ellos. Respecto a esto, la dependencia teórica parcial no sólo es aceptable sino es necesaria en el sentido de subordinación o supraordinación en su extensión semántica para que exista la estructura lógica de una teoría.

Se entiende por afectación de la obligatoriedad de una norma el anularla, modificarla o el obligar a su inaplicación. Por impugnar una norma se entiende la solicitud hecha a la autoridad estatal para que afecte su obligatoriedad. La incompletitud del nuevo concepto se aprecia en la indeterminación semántica de " sanción" , concepto que por sus dificultades implicadas no nos ocuparemos en el presente trabajo.

El nuevo concepto puede simbolizarse de la siguiente manera a efecto de mostrar sus relaciones lógicas con otros conceptos teóricos y sus posibles virtudes o defectos axiomáticos: N como norma, L como lenguaje, Ph como prohibición, O como obligación, F como facultad, C como conducta, S como sanción, A como afectación de obligatoriedad, I como impugnar, X como otras especies de conducta y V como validez.

$$1) N \rightarrow [(L \wedge Ph) \vee (L \wedge O) \vee (L \wedge F)]$$

$$2) \quad \quad \quad Ph \rightarrow (C \wedge S)$$

$$3) \quad \quad \quad C \rightarrow (A \vee I \vee X)$$

$$4) \quad \quad \quad Ph \rightarrow [(A \vee I \vee X) \wedge S]$$

$$5) \quad \quad \quad [(A \vee I) \wedge S] \rightarrow V$$

$$6) \quad \quad \quad Ph \rightarrow [V \vee (X \wedge S)]$$

Que se traduce en lo siguiente:

- 1) El concepto de norma implica normas prohibitivas (lenguaje y prohibición), obligatorias (lenguaje y obligación) o facultativas (lenguaje y facultad).
- 2) La prohibición relaciona una conducta con una sanción.
- 3) La conducta comprende la impugnación, la afectación de obligatoriedad o cualquier otra especie de conducta, es decir, no se define "conducta" sino únicamente se denota su significado.
- 4) Por lo anterior, en virtud de la transitividad del condicional la prohibición vincula la afectación de obligatoriedad, la impugnación o cualquier otra especie de conducta con una sanción.
- 5) Si hay impugnación o afectación de obligatoriedad, vinculado con una sanción (es decir, se sanciona al que impugne o que afecte la obligatoriedad), entonces hay validez (o norma validante).
- 6) Por tanto, si hay prohibición, entonces hay validez u otra especie de prohibición, lo cual significa que la validez es una especie de prohibición. Si agregamos explícitamente el elemento lenguaje, entonces la conclusión de traduce en que la norma validante es una especie de la norma prohibitiva.

Como primero se utilizaron los nombres de los conceptos teóricos como el antecedente de una implicación material y las explicaciones como su consecuente, al igual como se hizo en el capítulo sobre el marco metodológico para ejemplificar simbólicamente la estructura lógica de una teoría jurídica, ahora puede parecer extraño que se inviertan los lugares y se ubique el nombre del concepto, validez, como el consecuente de la implicación y su explicación como el antecedente. Esto tuvo que hacerse para poder demostrar que la validez es una especie de prohibición, de lo

contrario, si colocamos a la validez como el antecedente, tal pretensión sería formalmente imposible.

Sin embargo, tal cambio no perjudica el sentido lógico de tal concepto: es suficiente que se de el antecedente (afectación de obligatoriedad o impugnación, vinculados con una sanción) para que se presente el consecuente (validez). Además, si todas las implicaciones utilizadas se sustituyen por bicondicionales el sentido lógico es el mismo, para nuestros propósitos y desaparecería el motivo de extrañeza, pero preferimos seguir la recomendación de Robert Alexi de utilizar las implicaciones sobre los bicondicionales para las reglas de uso de las palabras.<sup>156</sup> Recomendación que entendemos en el sentido de que la implicación es más flexible y tolera más intentos de refutación que el bicondicional para señalar el significado del uso de una palabra. Con la implicación queda una flexible indeterminación: el consecuente siempre queda distribuido, lo que se traduce en que si el nuevo concepto de validez es el consecuente, formalmente no se está señalando algo de todo lo que signifique validez, sino sólo que al menos la validez jurídica está presente cuando se vincule a la afectación de obligatoriedad o a la impugnación con una sanción. En cambio, con el bicondicional el *definiens* y el *definiendum* se encuentran ambos distribuidos y son equivalentes e intercambiables.

---

156

Alexi, Robert, *op. cit.*, nota 151, p. 218.

SEGUNDA PARTE

LAS DIVERSAS TESIS SOBRE  
LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL

## CAPÍTULO IX

LA TESIS SOBRE LOS VALORES CONSTITUCIONALES Y SOBRE LA IDEA  
REVOLUCIONARIA DEL NUEVO DERECHO

Es posible dar por supuesto el concepto de Constitución como un conocimiento básico y así reflexionar sobre el problema de la validez constitucional. Sin embargo, aludiremos a algunos conceptos de Constitución para tener una noción mejor determinada de aquello de lo que indagamos su validez.

Felipe Tena Ramírez se adhiere a los conceptos kelsenianos de Constitución,<sup>178</sup> aunque concluye que “ desde el punto de vista material, las constituciones del mundo occidental, inspiradas en la norteamericana y en la francesa, han organizado el poder público con la mira de impedir el abuso del poder.”<sup>179</sup>

De acuerdo con Jorge Sayeg Helú, el derecho constitucional resulta:

una disciplina jurídica que, cayendo dentro del ámbito del derecho público, se apoya en una serie de consideraciones altruistas; pues... no son solamente las normas que regulan a la organización y la actividad del Estado, las únicas que comprende el Derecho Constitucional, sino que se extiende éste a todas aquéllas que consagran Derechos Fundamentales del hombre, dado su carácter individual, cuanto considerándolo un ser social.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 33ª ed., México, Porrúa 2000, p. 22.

<sup>179</sup> *Idem*.

<sup>180</sup> Sayeg Helú, Jorge, *Instituciones de derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1987, p. 18.

Al respecto podemos objetar que el derecho constitucional es la Constitución y, por tanto, subrayamos que no es una disciplina de conocimiento sino un fenómeno que puede ser estudiado.

Para Rolando Tamayo “ la Constitución de un orden jurídico es el conjunto de normas que confieren facultades establecidas por el primer acto constituyente del orden jurídico. Esta definición puede incluir todos los tipos de Constitución que existen y que es posible que existan.” <sup>181</sup> En tal caso, dado que este autor parece referirse al constituyente originario, cuestionamos: ¿y los subsecuentes actos constituyentes del orden jurídico?, es decir, los preceptos constitucionales creados por el constituyente permanente, ¿se encuentran fuera de la Constitución? Consideramos que no.

Por su parte, Kelsen indica lo que objetivamente debe entenderse por el ordenamiento supremo:

por Constitución se entiende... la Constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o las normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa Constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo[...]. De la Constitución en sentido material, corresponde distinguir la Constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado “ Constitución ” que como Constitución escrita, no solo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más

---

<sup>181</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 3ª ed., México, UNAM, 1989, p. 277.



difíciles mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la forma Constitución que, como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí designamos como Constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico-positivo de todo el orden jurídico estatal.<sup>182</sup>

Por su objetividad y precisión, nos quedamos con la definición del jefe de la Escuela de Viena.

En esta segunda parte del presente trabajo, en analogía a lo realizado en la primera, revisaremos las diferentes tesis sobre la validez constitucional y haremos su correspondiente valoración, para concluir con nuestra propia postura al respecto.

Iniciaremos con el autor Pedro de Vega, quien determina en relación a la fuente de legitimidad constitucional:

Para resolver el dilema, conforme a los esquemas de la legitimación clásica, se entendía que la voluntad unitaria de las asambleas constituyentes era la voluntad de las mayorías. Voluntad que las minorías estaban en la obligación de acatar como exigencia derivada del cumplimiento del pacto social. Sin embargo, en una situación de crisis general de la legitimidad, esa solución ya no es posible. Es entonces cuando se hace necesario apelar a la idea de consenso constitucional, y cuando aparecen las constituciones por consenso[...]. Lo que interesa simplemente señalar, es que el consenso abre unos nuevos planteamientos en la problemática de la legitimidad[...]. Lo que significa —y esto es lo que le distinguiría del mero compromiso constitucional— que, a través del consenso, no se aspira a que cada una de las fuerzas políticas que participan en su formación, haga concesiones a las otras en una operación de sumas y restas. Por el contrario, reconstruir el

---

<sup>182</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 232 y 233.

interés general racionalmente a través del consenso, y restaurar la legitimidad constitucional significa establecer y recoger en el texto constitucional el sistema de valores que, en el ámbito de una comunidad determinada, se consideran más significativos, relevantes y generalmente aceptados. El consenso sería pues el procedimiento mediante el cual se articula un nuevo sistema de legitimidad[...].<sup>183</sup>

El mismo autor De Vega continúa desarrollando su argumento de la manera que sigue:

Ahora bien, si dijimos que la legitimidad en la vía del consenso se obtiene racionalmente, asumiendo en la legalidad los valores que en una comunidad se consideran más generales y evidentes, y si ahora resulta que los intérpretes de la Constitución son quienes, a la postre, definen el alcance y función de esos valores, obvio sería concluir que se produce un desplazamiento de la legitimidad obtenida por consenso a través de los representantes democráticos, a las instancias judiciales, y más concretamente, en nuestro caso (España), al Tribunal Constitucional. Se comprende de este modo, como dijera Lambert en su libro sobre la dictadura de los jueces, que el problema de la justicia constitucional es, ante todo y sobre todo, un problema de legitimidad.<sup>184</sup>

En este contexto, entendemos a la validez o legitimidad de la Constitución como su aptitud para someter moralmente. Independientemente de que el fundamento de tal validez se encuentre en la voluntad de las mayorías o en el consenso entendido como los valores sociales más relevantes, toda la argumentación transcrita con su gran sentido emotivo se

---

<sup>183</sup> De Vega, Pedro, "En torno a la legitimidad constitucional", *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, tomo I, Derecho constitucional, México, UNAM, 1988, pp. 820 y 821.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 825.

enmarca en la retórica política y no en el plano estrictamente de conocimiento. Por lo tanto, a diferencia de Kelsen, la noción de validez que aquí se utiliza consiste en una recomendación moral de acatar a la Constitución si ésta posee determinados contenidos.

Además, Pedro de Vega concluye lo anterior con un argumento de la estructura siguiente:

Como la legitimidad de la Constitución depende de los valores contenidos en ella, y como tales valores son definidos en su alcance y función por los intérpretes de la Constitución, esto es, por los jueces constitucionales, entonces la legitimidad de la Constitución depende de la interpretación que los citados jueces hagan de los valores mencionados.

Desde nuestro punto de vista, la legitimidad o validez de la Constitución no tiene por qué variar según la interpretación que realicen los jueces, porque en el sentido de las ideas del autor comentado la legitimidad mencionada debe consistir en que una vez que la Constitución contiene determinados valores socialmente relevantes, tiene fuerza obligatoria, independientemente de cómo se interpreten judicialmente esos valores. No consideramos que dependiendo de tal interpretación, disminuya o aumente la legitimidad o fuerza obligatoria de la Constitución. Apreciamos que no tiene sentido que un juez constitucional declare sin legitimidad a la Constitución, que supuestamente se encuentra obligado a aplicar, aduciendo que de acuerdo con su propia interpretación los valores constitucionales no son socialmente relevantes.<sup>185</sup>

Existe la posibilidad que el autor citado confunda, dentro de su propio esquema, los valores contenidos en la Constitución como circunstancia condicionante con la misma legitimidad u obligatoriedad constitucional que

---

<sup>185</sup> Como se verá en el capítulo sobre la racionalidad de la conducta de las autoridades estatales, si éstas desacatan a la Constitución, su conducta es irracional.

es el efecto condicionado de tales valores. Estos sí pueden ser interpretados judicialmente pero únicamente bajo el supuesto de la legitimidad de la Constitución, porque si un juez se conduce explícitamente desconociendo la autoridad de la normatividad suprema, entonces no es posible que sea juez en virtud de que desconoce la fuente básica de su competencia. En este sentido, la mencionada legitimidad no se puede interpretar judicialmente, puesto que es un presupuesto asumido de antemano.

También puede suceder que se busque encubrir con la supuesta dictadura de los tribunales, el problema para determinar con cierta precisión el concepto de valores socialmente relevantes como fundamento de legitimidad constitucional.

Por su parte, Jorge Sayég Helú indica en torno a la misma problemática de la legitimidad constitucional:

Otro[...] de los principios que derivan de dicho poder constituyente que tiene el pueblo: el de la legitimidad constitucional; es decir, el que resuelve o soluciona el problema de la validez de una Constitución. Cuando una Constitución encuentra su fundamento en la anterior, no hay problema; éste se presenta cuando las Cartas Fundamentales tienen un origen revolucionario, en cuyo caso la validez de ellas no se finca, ni en el triunfo revolucionario, como se ha dicho algunas veces, ni en la vigencia y eficacia posterior de ellas, como también se ha venido diciendo en otras ocasiones. La concepción corriente de revolución: insurrección, desórdenes, golpes de fuerza, propaganda para enfrentar opiniones, como bien lo dice Burdeau, es lo que incita a los juristas a no ver en ella más que un modo de abrogación de las constituciones, siendo que la revolución misma se legitima con la nueva idea de Derecho que le sirve de instrumento; es decir, que la revolución reside primero en la idea que el nuevo Derecho ejerce sobre los

espíritus y después, sólo después, en el choque final que la consagra, en adelante, como Derecho oficial; que aún antes de llevarse a cabo se legitima, y con ella la Carta que de ella deriva, precisamente, con esa nueva idea de Derecho que trata de introducir en las conciencias. Estamos hipnotizados —dice Burdeau— por el efecto destructor de las revoluciones, y nos olvidamos que ellas no destruyen sino para reemplazar.<sup>186</sup>

En síntesis, para este autor, el fundamento de validez de una Constitución producto de una revolución reside en la idea del nuevo derecho que sirvió de instrumento motivador a tal revolución; es decir, tal idea legitima tanto a la revolución como a la nueva Constitución. Además de que también tiene un sentido político más que científico, porque su orientación es más persuasiva que explicativa de los hechos, con su esquema resultaría que la Constitución Mexicana carece de validez, porque surgió de una revolución, cuya idea motriz original no fue el implantar una nueva Constitución sino acatar la anterior.

---

<sup>186</sup> Sayeg Helú, Jorge, *op. cit.*, nota 180, p. 45.

## CAPÍTULO X

### LA TESIS DE LA SOBERANÍA

En este capítulo comentaremos uno de los argumentos más emotivos que se han utilizado en el campo jurídico y en el de la ciencia política para fundamentar la validez, entendida como legitimidad de la Constitución y, por lo tanto, del sistema de derecho en su conjunto; esto es, el argumento de la soberanía. Como veremos, el titular de la soberanía varía de doctrina en doctrina. En primer lugar, Sánchez Viamonte expresa lo que se indica:

los conceptos de soberanía y de poder constituyente se identifican y se confunden[...] si contemplamos el problema desde un ángulo de visión francamente republicano y democrático, todo presunto conflicto entre soberanía y libertad, o entre soberanía y derechos del hombre, obliga a sustituir la expresión soberanía por poder constituyente, desde que éste es la única verdadera manifestación de aquélla. Tanto la soberanía como su expresión —el poder constituyente— consiste en la voluntad general (Rousseau) o voluntad política (Schmitt) del pueblo. Pero eso sólo ocurre cuando el pueblo lo forman seres humanos libres e iguales, dueños de su voluntad o, si se quiere, de su albedrío, como hombres y como ciudadanos.<sup>187</sup>

De lo anterior podemos inferir que la Constitución es válida porque fue creada por el órgano constituyente que es soberano, siempre y cuando el pueblo se conforme de seres humanos libres e iguales. Por su parte, Jorge Carpizo sostiene lo que sigue:

---

la idea de soberanía no nació de una teoría, sino de la realidad; nació como la potestad última de acción y decisión sobre el orden jurídico; nació como la facultad de dar y derogar las leyes sin la intervención de ningún elemento extraño a ese pueblo. Soberanía es entonces sinónimo de libertad, independencia, poder constituyente, pueblo, autodeterminación y del principio de no intervención. El titular de la soberanía es y sólo puede ser el pueblo porque es la realidad. El pueblo construye su Estado y su orden jurídico como instrumentos a su servicio, como auxiliares en su finalidad de vivir con libertad, dignidad y justicia. El pueblo es el que quiere y decide. El pueblo construye, modifica, reforma y, llegado el caso, destruye su Estado y su orden jurídico para darse otros diversos. Tratar de despersonalizar el concepto de soberanía es negar la realidad y tratar de ocultar alguna forma de dominación y de fuerza. Un sistema democrático es sólo aquel en el cual todo el poder deviene del pueblo que decide sus estructuras; entonces la soberanía solo puede estar en la voluntad decisoria del pueblo[...].<sup>188</sup>

El mismo autor, Jorge Carpizo, continúa con su explicación, ahora en torno al aspecto externo de la soberanía:

Las ideas de soberanía y derecho internacional no son antagónicas sino complementarias. El Estado soberano no vive solo, por tanto se necesitan ciertas reglas para normar las relaciones entre los Estados soberanos. La base misma del derecho internacional es la idea de los Estados soberanos, si estos no existieran el derecho internacional sería superfluo. Recordemos que la noción de soberanía no significa arbitrariedad, por ello el Estado

---

<sup>187</sup> Citado por Jorge Carpizo en "Algunas reflexiones sobre el poder constituyente", *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio*, tomo I, Derecho constitucional, México, UNAM, 1988, pp. 148 y 149.

<sup>188</sup> Carpizo, Jorge, "La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional", *Boletín mexicano de derecho comparado*, año XVI, no. 46, enero-abril, 1983, p. 62.

soberano tiene que respetar ciertas reglas de convivencia con los otros Estados: el Estado soberano no debe realizar actos que no desearía que le hagan a él, debe respetar la soberanía de los otros Estados.<sup>189</sup>

Por nuestra parte entendemos que Carpizo sostiene que el titular de la soberanía sólo puede ser el pueblo, porque es la realidad, quizá en oposición a la ficción del Estado. Sin embargo, si esa es la única razón, también son reales los monarcas. Como posteriormente de manera reiterada habla del Estado soberano, surge la duda sobre quién es, para este autor, el titular de la soberanía: el pueblo o el Estado. Posiblemente, sólo sea una forma de hablar y por Estado soberano se entienda únicamente el creado por un pueblo soberano. De cualquier manera, motiva a la confusión.

Asimismo, en torno al concepto de soberanía como fuente de legitimidad constitucional, Tena Ramírez indica que en la doctrina europea:

la soberanía significa la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder, concepto negativo que se traduce en la noción positiva de una potestad pública que se ejerce autoritariamente por el Estado sobre todos los individuos que forman parte del grupo nacional. Esas dos nociones, que en realidad no son sino aspectos de una sola idea, engendran las dos características del poder soberano: es independiente y es supremo. La independencia mira principalmente a las relaciones internacionales; [...] es cualidad de la soberanía exterior. La noción de supremacía, en cambio, se refiere exclusivamente a la soberanía interior, por cuanto a que la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de la órbita del Estado. La soberanía interior

---

<sup>189</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 188, p. 63.



es, por lo tanto, un superlativo, mientras que la soberanía exterior es un comparativo de igualdad.<sup>190</sup>

Tena Ramírez continúa el desarrollo de su exposición sobre la doctrina europea:

La evolución histórica de la soberanía culminó al localizar al Estado como titular del poder soberano, con el fin de esquivar de este modo la peligrosa consecuencia a que llegó la doctrina revolucionaria cuando trasladó al pueblo el absolutismo del príncipe. El Estado como personificación jurídica de la Nación, es susceptible de organizarse jurídicamente. Más como el Estado es una ficción, cabe preguntarse quien ejerce de hecho la soberanía. Toda la doctrina europea moderna insiste en que el sujeto de la soberanía es el Estado, pero fatalmente llega a la consecuencia de que tal poder tiene que ser ejercido por los órganos[...] Este titular es el órgano u órganos en quienes se deposita el ejercicio actual permanente del poder supremo, es decir, los gobernantes[...].<sup>191</sup>

Y el autor citado concluye en relación a la doctrina europea de la soberanía y sus fallas de la siguiente manera:

De este modo la realidad se ha impuesto sobre la ficción. Y la realidad consiste en que son personas físicas, en reducido número, las detentadoras de ese poder sin rival llamado soberano, ejercido sobre una inmensa mayoría[...] Todos señalan como móvil justificativo de la actividad soberana algún ideal enaltecedor: el bien común, la solidaridad social, la justicia, etc. Más la regla ideal no ata jurídicamente al Estado: Al decir que el poder

---

<sup>190</sup> Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 178, p. 6.

<sup>191</sup> *Ibidem.*, p. 7.

soberano no tiene límites, se quiere indicar con ello que ningún otro poder puede impedir jurídicamente el modificar su propio orden jurídico.<sup>192</sup>

Posteriormente, el mismo constitucionalista, Tena Ramírez, alude a la doctrina americana de la soberanía:

Veamos ahora la gran experiencia norteamericana[...] conforme a la cual se destituye de soberanía a los gobernantes y se la reconoce originariamente en la voluntad del pueblo, externada por escrito en el documento llamado Constitución[...] La autolimitación, la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente, que para la doctrina europea constituye la característica esencial de la soberanía, no puede ubicarse nunca en los poderes del Estado<sup>193</sup> dentro del sistema americano, porque esos poderes obran en ejercicio de facultades recibidas, expresas y, por todo ello, limitadas[...] El acto de emitir la Constitución significa para el pueblo que la emite un acto de autodeterminación plena y auténtica, que no está determinado por determinantes jurídicos, extrínsecos a la voluntad del propio pueblo. En los regímenes que, como el nuestro, no toleran la apelación directa al pueblo, el acto de autodeterminación representa la única oportunidad de que el titular de la soberanía la ejerza en toda su pureza e integridad. De esta suerte, los poderes públicos creados por la Constitución, no son soberanos.<sup>194</sup>

Al respecto, podemos comentar lo siguiente: si el concepto de soberanía se vincula con el ser jurídicamente ilimitado, entonces se parte del supuesto de que para que el derecho sea válido, quien en última instancia lo crea debe tener una competencia ilimitada. De esta manera,

---

<sup>192</sup> Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, nota 178, p. 8

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p. 10.

independientemente de cuál haya sido la verdadera representatividad del Constituyente de 1916-1917, si la autoridad primaria ilimitada es el pueblo, desde el punto de vista retórico ¿quién puede atreverse a desobedecer explícitamente a la Constitución o al derecho en su conjunto? Nadie.

Quizás esto sea sólo un argumento para persuadir mejor a los gobernados de sujetarse a la autoridad, pero el concepto de competencia ilimitada es difícil de establecer. Se comprende que el acto en que el pueblo emite la Constitución no tiene determinantes jurídicos en el sentido de que no existe derecho puesto que está por crearse, pero el problema es que no puede existir una sociedad —en sentido moderno— y no existir derecho. Otra situación es si se trata de modificar o adicionar a la Constitución vigente, porque inevitablemente existen determinaciones jurídicas previas, que pueden ser rigurosas como en el caso de nuestro país.

La expresión “ autodeterminación plena y auténtica ” contiene un mensaje emotivo muy aprobatorio, que no se justifica por el solo hecho de encontrarse en una circunstancia sin determinantes jurídicas. Además, en el hipotético caso de que en la circunstancia social no haya derecho, se hace imposible calificar a algo de jurídico ni de jurídicamente ilimitado.

Es extraño que la idea del pueblo soberano no se vincule con la necesidad de que se apele directamente a ese pueblo en el sentido, al menos, del plebiscito y el referéndum, y también que la competencia jurídica ilimitada del pueblo sólo tenga una única oportunidad de manifestarse al elegir al constituyente originario. La posterior soberanía limitada o restringida es difícil de articular con la doctrina de la soberanía, sobre todo cuando ya una vez vigente la Constitución, los órganos estatales competentes la pueden modificar prácticamente en su totalidad.

Además, el sostener que de un acontecimiento —el pueblo crea la Constitución— se deriva necesariamente una normatividad —la validez de la

Constitución— es cometer la falacia de Hume: “ [...]de que una proposición sea verdadera, necesariamente verdadera, o posible, nada podemos inferir con respecto de su obligatoriedad.” <sup>195</sup>

Una vez expuestas las doctrinas europea y americana, Tena Ramírez expone su parecer, que resulta coincidente con las ideas de Hans Kelsen:

El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no solo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía), solo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía[...]. Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan. Advertirlo así, es el hallazgo de Kelsen. “ Sólo un orden normativo —dice— puede ser soberano, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer. El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término” . <sup>196</sup>

Entendemos, entonces, que el pueblo delegó su soberanía en la Constitución y de esta manera la Constitución sujeta al poder que la creó: al pueblo soberano. En otras palabras, en virtud de tal sujeción, el pueblo pierde su soberanía, entendida como ilimitación jurídica. Se habla de algunos casos en que puede aflorar la soberanía en su estado originario, es decir, la

<sup>195</sup> Vernengo, Roberto, *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 58.

<sup>196</sup> Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 178, p. 11.

del pueblo. Así, se insiste que la soberanía no originaria no se encuentra en el pueblo, puesto que no es posible hablar de soberanía sujeta y limitada: la Constitución sujeta al pueblo.

Tena Ramírez se apoya en una cita de Kelsen para su tesis de que la soberanía se encuentra en la Constitución. Al respecto, podemos subrayar que el jefe de la Escuela de Viena parte de la doctrina europea de que la soberanía reside en el Estado. Como sabemos, Kelsen identifica al Estado con el orden jurídico y de esta manera parece fácil pasar de la idea de la soberanía del Estado a la soberanía del derecho.

Para entender mejor la cita que hace Tena Ramírez, la completaremos con su antecedente. El creador de la teoría pura del derecho asevera lo que sigue:

La afirmación de que la soberanía es una cualidad esencial del Estado, significa que el Estado es una autoridad suprema. La autoridad suele definirse como el derecho o poder de expedir mandatos obligatorios. El poder real de inducir a otros a que observen determinado comportamiento no basta para constituir una autoridad. El individuo que es o tiene autoridad debe haber recibido el derecho de expedir mandatos obligatorios, de tal manera que otros individuos se encuentren obligados a obedecer. Tal derecho o poder sólo puede ser conferido a un individuo por un orden normativo. Así pues, la autoridad es originariamente la característica de un orden normativo... [y continúa la cita que hace Tena Ramírez].<sup>197</sup>

Respecto a tales ideas de Kelsen y, por tanto, de Tena Ramírez podemos apuntar lo siguiente: si se entiende que para ser autoridad se debe tener el derecho conferido por un orden normativo, entonces no es claro

---

<sup>197</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, México, UNAM, 1988, p. 456.

cómo es que la autoridad es originariamente la característica de tal orden si éste es el que otorga a los individuos el derecho a ser autoridades.

Posiblemente puede interpretarse la afirmación kelseniana en el sentido de que el orden normativo se caracteriza desde su origen por facultar como autoridades a determinados sujetos para emitir mandatos obligatorios.

Pero lo anterior no parece totalmente consistente cuando Kelsen agrega que sólo un orden normativo puede ser soberano, es decir, únicamente el citado orden es la autoridad suprema o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandato. En otras palabras, el orden normativo es la última razón de validez de las normas que expida una autoridad.

El autor de este estudio puede comentar, en primer lugar, que si Kelsen explica "autoridad" como quien tiene derecho para expedir mandatos obligatorios, entonces necesariamente se refiere a seres humanos. Por tanto, una norma u orden normativo no pueden ser autoridad porque no son humanos.

Una cosa es que el fundamento de tal autoridad sea el orden normativo y otra que, precisamente, tal orden sea la autoridad. No es aceptable por la ambigüedad del concepto, que tratándose de autoridades no supremas la referencia se haga a sujetos con competencia, y tratándose de autoridades supremas se aluda al orden normativo que fundamenta la competencia de las no supremas.

Por otra parte, podemos señalar que cuando Kelsen sostiene que sólo un orden normativo es la última razón de validez de los mandatos de un individuo autorizado, parece separar tales mandatos del orden normativo que les sirve de fundamento, cuando es evidente que no están separados sino que forman parte de su misma estructura. Además, se infiere que para

Kelsen el sistema normativo genera su propia validez. En la cita indicada y fuera del contexto de su gran obra, Kelsen merece la crítica de Nino relativa a la característica dogmática de sostener que por el hecho de ser en sí un sistema normativo jurídico, debe ser obedecido. Precisamente para evitar tal error, Kelsen en otras obras y en otras partes de la misma " Teoría general del derecho y el estado" , justifica la validez del orden jurídico no en sí mismo sino en la norma fundante, lo que en las citas anteriores no aparece.

Tampoco podría interpretarse, en el contexto de la obra kelseniana, que por autoridad suprema se entiende al constituyente, porque explícitamente vincula la expresión con el orden normativo. Además, el constituyente forma parte del mundo de los hechos y éstos no pueden ser el fundamento de validez de ninguna norma.

Lo único que parece sólido de la cita de Kelsen es cuando se afirma que el poder físico como fenómeno natural nunca puede ser " soberano" . Esto es correcto si se entiende soberanía como un tipo de competencia para crear normas, puesto que tal competencia nunca puede encontrarse en la naturaleza.

Posiblemente pueda interpretarse la conclusión del jefe de la Escuela de Viena de que la Constitución es soberana con la idea, también del mismo autor, de que tal cuerpo normativo puede tener cualquier contenido.

En todo caso, si de acuerdo a estos autores la soberanía se encuentra en la Constitución, nos cuestionamos: ¿cuál es su fundamento de validez? Las siguientes son respuestas posibles:

1ª Por haber sido creada por un pueblo soberano, es decir, quien tiene la soberanía originaria es quien crea la Constitución y, por lo tanto, ésta es válida. Una vez creada la Constitución válida, entonces el pueblo ya

no es el soberano sino la Constitución. Esta solución es insatisfactoria porque comete la citada falacia de Hume.

2ª Por tener, ahora, la soberanía que alguna vez tuvo el pueblo. Lo cual se traduce en que el fundamento de validez de la Constitución se encuentra en ella misma, en su soberanía, es decir, se fundamenta o se justifica en la propia ley suprema. Con esto volvemos al error de la auto-fundamentación del sistema jurídico que infringe el principio de que una justificación sólo puede ser exterior a lo que se está justificando, de lo contrario, se comete el paralogismo pragmático de petición de principio.

Veamos, ahora, cómo utiliza la Constitución Mexicana el término “soberanía”. Los preceptos y expresiones en los que aparece tal palabra son las siguientes:

Art. 27, octavo párrafo: “La Nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso.”

Art. 39: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo.”

Art. 40: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior;”

Art. 41: “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a su regímenes interiores,[...]”

Art. 103: “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:[...] II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados[...].”

En estos preceptos, ¿cuál es el significado constitucional de soberanía? Es decir, por sus expresiones y contexto ¿cómo se está usando



tal palabra? Lo primero que se aprecia es que la palabra se utiliza relacionándola con circunstancias diversas: “ los derechos de soberanía” , “ la soberanía reside en el pueblo” , “ el pueblo ejerce su soberanía” , “ Estados soberanos” y “ soberanía de los Estados.” Tales son: derechos, pueblo y Estados.

Por su parte, los diversos autores como Tena Ramírez, Carpizo, entre otros, nos proporcionan como material semántico indispensable del concepto doctrinario de soberanía los elementos siguientes:

- a) Libertad total o no sujeción a alguna autoridad.
- b) Competencia para la creación de leyes o normas jurídicas generales de alto nivel.
- c) Fuente de legitimidad o justificabilidad moral de la normatividad correspondiente.

Así, si se utilizan todos estos elementos en un solo concepto, resulta que es soberano quien tiene libertad absoluta para la creación de leyes, a las que proporciona legitimidad y que, por lo tanto, deben moralmente obedecerse.

En ninguno de los preceptos constitucionales se pueden conjuntar los tres elementos.

Respecto del artículo 27, la expresión “ los derechos de soberanía” no se vincula con el elemento b), de competencia para la creación de leyes, porque éste ya se relaciona con la expresión del mismo párrafo: “ que determinen las leyes del Congreso.” Es decir, aquí no se alude a que el Congreso sea el soberano sino que los derechos son los de soberanía, derechos que tienen que ser determinados por las leyes, cuya competencia de creación la tiene el Congreso. En cambio, como la expresión se vincula con el históricamente polémico tema de la zona económica exclusiva dentro del derecho internacional, sí existe relación con los elementos semánticos

a) y b), sobre la libertad y legitimidad. De esta manera, un posible significado de “ los derechos de soberanía” es “ los derechos legítimos y no sujetos a ninguna instancia jurídica fuera del ámbito nacional mexicano.”

En el artículo 39, de la expresión “ la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo” se infiere que la soberanía reside accidental y derivadamente en otra entidad. Esto tiene más sentido si se relaciona con el artículo 41: “ El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión,[...] y por los de los Estados,[...]” Con lo cual, la idea en su conjunto puede entenderse de la manera siguiente: el pueblo ejerce su soberanía, que es esencial y originaria, a través de los Poderes de la Unión y de los Estados, los cuales tienen así una soberanía accidental y derivada. Tal separación de las soberanías implicaría otro atributo: la esencial y originaria es potencial, mientras que la accidental y derivada es actual. De los tres elementos semánticos de la noción de soberanía, ¿cuáles se vinculan con la del pueblo y cuáles con la de los Poderes estatales? Buscaremos una respuesta a continuación.

En relación al elemento de la libertad total puede decirse que hipotéticamente el pueblo la tuvo antes de la creación de la Constitución, pero que ya no la tiene, puesto que se encuentra sujeto por el mismo ordenamiento. Este atributo de la soberanía del pueblo no se ejerce a través de los Poderes estatales, porque éstos tampoco la tienen, puesto que también obviamente se encuentran sujetos por la Constitución.

Respecto al elemento de la competencia para la creación de leyes, el pueblo nunca la tuvo, ni antes ni actualmente, porque tal circunstancia implica el ejercicio de la democracia directa, no factible en nuestro país. Tampoco puede aceptarse que por tal competencia se entienda la elección, por el voto, de los constituyentes, puesto que además de que tienen significados diversos “ tener competencia para crear leyes” y “ tener el

derecho de votar por legisladores” , actualmente, el pueblo vota por legisladores que también conforman al constituyente permanente, y si esto se entiende como el ejercicio de su soberanía, entonces carece de sentido la determinación de que el pueblo ejerce su soberanía a través de los Poderes estatales, puesto que la está ejerciendo directamente. Por estas razones, la soberanía originaria no comprende a la competencia para crear leyes y, por lo tanto, la soberanía derivada de los Poderes estatales tampoco puede comprenderla —puesto que lo derivado no puede ir más allá de lo originario—, aunque paradójicamente ellos tienen tal competencia, pero ésta por sí misma no es expresión de su soberanía.

En cuanto al elemento de la fuente de legitimidad o justificabilidad moral de las normas que se produzcan, se entiende que el pueblo legitimó al constituyente y a la Constitución y ahora tal capacidad legitimadora la ejerce a través de los Poderes estatales, quienes por tal motivo tienen una capacidad legitimadora derivada sobre toda la normatividad jurídica que produzcan.

Como podemos apreciar, el único elemento significativo del concepto de soberanía que el pueblo ejerce a través de los poderes estatales es el de legitimidad normativa.

Con el análisis anterior, el significado de “ soberanía” en los artículos 39, 40 y 41, podría resultar de la manera siguiente:

Art. 39.- “ La legitimidad para crear normas que tiene toda autoridad es un atributo que en, potencia, tiene el pueblo, el cual legitimó a esta Constitución cuando fue creada.”

Art. 40.- “ Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados con aptitud para crear y aplicar su propia normatividad jurídica (con esto se

interpreta la palabra “ libres” ) y con aptitud para legitimarla (soberanía derivada), en todo lo concerniente a su régimen interior.”

Art. 41.- “ El pueblo ejerce su capacidad legitimadora de las normas jurídicas por medio de los Poderes de la Unión,[...] y por los de los Estados[...].”

Si somos coherentes con los anteriores significados de soberanía derivada, tenemos que interpretar el 103, fracción II, así: “ Por leyes y actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la aptitud de legitimación normativa de los Estados[...].”

Pero esta interpretación es inaceptable por las siguientes razones:

- a) La mencionada conducta de la autoridad federal es de imposible realización. Parece absurdo pensar en situaciones como la de una campaña de desprestigio moral contra las leyes locales, promovida por la autoridad federal.
- b) De esta manera, el precepto pierde evidentemente su importante significado pragmático derivado de su propio contexto: el juicio de amparo.

Una interpretación en apariencia más adecuada es la siguiente: “ Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la competencia de los Estados para crear libremente su propia normatividad, así como para aplicarla o para obtener los efectos correspondientes.”

Con el anterior significado, inevitablemente, se presenta una mayor ambigüedad en el uso constitucional de la palabra “ soberanía” .

En lo que respecta a soberanía como legitimidad, puede apuntarse que la de la Constitución no puede provenir de algo que determine la propia Ley Suprema. La autolegitimación, desde el punto de vista jurídico normativo, es irrelevante. En este sentido, se pueden eliminar todas las referencias constitucionales a la soberanía como legitimidad, y el mundo jurídico

permanece igual. En todo caso, tales expresiones no han sido ningún obstáculo para impedir el gran desacatamiento que sufre nuestra Constitución.

Como corolario, citamos al autor Agustín Pérez Carrillo:

En el epígrafe elementos jurídicamente indiferentes contenidos en normas jurídicas, sostiene Hans Kelsen: Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos o que el fin del Estado es el de asegurar la felicidad de los ciudadanos. Tal afirmación, indica, no tiene relación alguna con la norma hipotética fundamental y por ello la ciencia jurídica no puede reconocerle o darle una significación objetiva, permaneciendo solamente con su significación subjetiva que le dio el legislador ordinario. Debemos estar prevenidos con este tipo de declaraciones en los textos constitucionales en la tarea de la interpretación jurídica, en tanto, podemos sostener que realmente no forman parte del derecho positivo en sentido estricto[...] Así, por ejemplo, el artículo 39 de la Constitución Mexicana, cuyo contenido es una declaración subjetiva del constituyente en el cual manifiesta su ideología al sostener que la soberanía reside en el pueblo, Kelsen sostendría: “ Sin embargo, el pueblo —en el cual la Constitución pretende tener su origen— sólo adquiere existencia jurídica a través de la Constitución.” Por lo anterior, sostenemos la irrelevancia jurídica del contenido del artículo 39 constitucional.<sup>198</sup>

La idea de que el pueblo solo adquiere existencia jurídica en la Constitución es explicada por Ulises Schmill, quien nos dice: “ Que un hombre pertenezca a diversas comunidades, significa que su conducta se encuentra regulada por diversas pluralidades de normas jurídicas, que están

---

<sup>198</sup> Pérez Carrillo, Agustín, “La interpretación constitucional”, *La interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975, p. 83.

unificadas, pues una comunidad sólo es un conjunto unificado de normas jurídicas. La comunidad nacional es la comunidad estatal y ésta no es sino la unidad del orden jurídico.”<sup>199</sup>

Y el mismo autor, en relación con la idea de que el pueblo es quien legitima a la Constitución, determina que

ideológicamente se está operando con ficciones con una tendencia ideológica democrática. Es una ficción creer que el pueblo quiere algo, como si existiera un contenido psicológico coincidente en la psique de todos los individuos integrantes del pueblo, a la manera como todas las moléculas de agua de un río se mueven en una misma dirección en su fluir. Esta es una variante democrática de la teoría sociológica que afirma el paralelismo de los procesos psíquicos para poder afirmar un orden objetivo social. Siempre que se habla de una voluntad “ colectiva” , de una conciencia común, de una Nación, entendida en estos términos, se piensa en una coincidencia, en un paralelismo de procesos psíquicos. A ellos pueden oponerse estas afirmaciones: a) El contenido psicológico coincidente en varios individuos sólo se dan en grupos relativamente pequeños y no en amplias comunidades nacionales. b) La igualdad de contenido de diversas psiquest no garantiza la existencia de una unidad supraindividual objetiva. c) La extensión de la coincidencia tampoco es elemento decisivo, pues de puros elementos subjetivos no puede crearse objetividad alguna.<sup>200</sup>

---

<sup>199</sup> Schmill, Ulises, *El sistema de la constitución mexicana*, México, Textos Universitarios, 1971, p. 33.

<sup>200</sup> *Ibidem*, pp. 77 y 78.

## CAPÍTULO XI

### LA TESIS DE LO FUNDAMENTADO FUNDANTE

En relación al problema sobre ubicar la fuente de validez de la Constitución, Rolando Tamayo y Salmorán, explícitamente nos dice:

La respuesta a este problema no es necesariamente difícil. En realidad ésta se encuentra implícita en la descripción del orden jurídico...<sup>201</sup> El análisis de una cadena normativa revela que el acto constituyente no se encuentra aislado o fuera; el acto constituyente forma parte de la cadena normativa: es el primer acto de las cadenas normativas de un orden jurídico... ahora bien, ser primer acto de la cadena, depende de que haya cadena en la que funcione como acto primero... este acto es el primer acto de una cadena normativa o, de un orden jurídico, siempre que la cadena normativa o el orden jurídico que los diagramas representan existan... el predicado constituyente puede aplicarse a tal acto sólo que el orden jurídico ahí representado exista. Si no existe [...] [es] ¿constituyente de qué?<sup>202</sup>

En relación a tal pregunta, el autor citado desarrolla su respuesta de la siguiente manera:

Lo anterior puede formularse brevemente diciendo que un acto *x* es *a1* si el orden jurídico del cual él es el *primer* acto, existe. Lo anterior, sin embargo, es sólo parte de la respuesta sobre la validez de la Constitución. Permítaseme completar la respuesta. Al explicar el condicionamiento sucesivo de los materiales jurídicos mostré que este se reduce a una

<sup>201</sup> Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, nota 181, p. 295.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 296.

relación de facultamiento[...], entre una norma que confiere facultades y los actos que la aplican. La progresión de una etapa a otra del condicionamiento sucesivo de una cadena normativa se da con la conformidad de ciertos actos con lo dispuesto por las normas que los autorizan (por las normas que regulan su creación). Una cadena normativa ocurre sólo cuando los actos que la componen aplican las normas que los regulan. De esta manera tenemos que X es el acto constituyente, *id est*, el primer acto de una cadena normativa (más allá del cual no es posible remontar) si las normas que establecen son seguidas u obedecidas, así como las etapas ulteriores.<sup>203</sup>

Entendemos que la respuesta de Tamayo sobre la validez de la Constitución consiste en lo siguiente: una Constitución es válida si existe un sistema jurídico que se fundamente en ella y siempre que tal sistema sea eficaz.<sup>204</sup> Lo anterior significa que, en virtud de que la Constitución es la normatividad de más alto nivel, ya no es posible la búsqueda de su fundamento de validez en un nivel superior, y entonces se tiene que retrotraer la atención a los niveles inferiores. Así, la Constitución es válida si las leyes y demás normatividad que se fundamentan en ella, y que deben existir, son eficaces.

El problema con esta perspectiva se encuentra en la siguiente cuestión: ¿de qué depende entonces, la validez de la ley?

Si la respuesta es la tradicional, esto es, que la validez de la ley depende de la Constitución, y como ésta —según Tamayo— es válida en tanto las leyes subordinadas a ella son eficaces, entonces resulta que sobra la Constitución como fundamento de validez, puesto que se concluye que las

<sup>203</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 181, pp. 296 y 297.

<sup>204</sup> Lo cual evidentemente tiene gran analogía con la tesis de Diego Farrell: la validez de un cuerpo normativo se justifica en la normatividad subordinada, siempre que ésta sea eficaz.



leyes son válidas, en última instancia, si las propias leyes son eficaces, es decir, la validez de la ley depende de la misma ley, de su eficacia.

Esto se demuestra con la siguiente tautología, en donde se entiende L como leyes y C como Constitución:

$$[(L \rightarrow C) \wedge (C \rightarrow L)] \rightarrow (L \rightarrow L)$$

Que se lee: si la ley depende en su validez de la Constitución y si la Constitución depende en su validez de la ley, entonces la ley depende en su validez de sí misma.

Por otra parte, si la respuesta sobre la cuestión del fundamento de la ley no es la tradicional sino que, al igual que la Constitución, la validez de la ley depende de las normas subordinadas eficaces, entonces la tesis de Tamayo es idéntica a la de Farrell,<sup>205</sup> con lo que, en todo caso, el papel de la Constitución permanece irrelevante.

Tamayo afirma que su respuesta no es sustancialmente diferente a la que da Kelsen. Y para apoyar esto desarrolla la siguiente explicación:

Sólo cuando se está en presencia de una Constitución eficaz que crea un orden jurídico positivo, se puede presuponer una norma fundamental. En otro lugar Kelsen declara que “ La eficacia de todo el orden jurídico es una condición necesaria para la validez de cada norma particular... [incluyendo la Constitución]. Son válidas... sólo bajo la condición que el orden [jurídico] en su totalidad sea eficaz.” [...] De manera contundente Kelsen, más adelante, afirma: “ La norma fundamental de cualquier orden jurídico positivo confiere autoridad [*id est*, validez] jurídica, únicamente a los hechos por los cuales dicho orden es creado y aplicado, el cual es en su totalidad eficaz.” [...] De

<sup>205</sup> Ver capítulo VIII, apartado G, de este trabajo.

ahí, que sólo se presupone la norma fundamental, cuando estamos en presencia de un orden jurídico eficaz.<sup>206</sup>

Para quien esto escribe, aunque Tamayo afirma que su solución no es sustancialmente diferente a la de Kelsen, sí existe diferencia y su postura es similar a la de Farrell. La razón se encuentra en que a pesar de que la norma fundante kelseniana se encuentra condicionada por el mínimo de eficacia, no deja de ser un presupuesto de validez que no aparece en alguna parte del argumento de Tamayo.

La relación de mediatez entre la norma fundante y el orden jurídico en su conjunto, significa que la primera fundamenta mediante la Constitución la validez de tal orden, pero esto no significa que este último, si es eficaz, sea el fundamento de validez de la Constitución. En otras palabras, si la eficacia de todo el orden jurídico es condición necesaria para poder presuponer la validez de la Constitución, eso no significa que la validez de este ordenamiento supremo tiene como fundamento la eficacia de las normas subordinadas. De acuerdo con Kelsen, nunca el fundamento de validez de una norma se encuentra en un hecho —como es la eficacia—; la validez de una norma siempre se encuentra en otra norma o, en última instancia, en la norma fundante que tiene como condicionante la eficacia general del sistema, lo cual es diferente. Así, la indicación del creador de la teoría pura de que la eficacia es condición necesaria de la norma fundante o del presupuesto de validez, no se traduce en que también sea una condición suficiente de tal presupuesto.

La expresión de Kelsen citada por Tamayo de “ sólo bajo la condición de que el orden (jurídico) en su totalidad sea eficaz,” no debe entenderse que la condición del presupuesto de validez sea una eficacia total, sino

---

<sup>206</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 181, pp. 297 y 298, en pie de página.

únicamente el mínimo de eficacia del orden en su conjunto, de lo contrario se estaría en el extremo de la teoría idealista de la validez rechazada por Kelsen, como se comentó en el capítulo IV.

Tamayo afirma que sólo cuando se está en presencia de una Constitución eficaz que crea un orden jurídico positivo, se puede presuponer una norma fundamental. En esto cabe precisar que ninguna Constitución puede crear a un orden jurídico, lo puede fundamentar. Las normas jurídicas sólo las puede crear la voluntad del ser humano y la Constitución no tiene voluntad.

Tamayo, aunque considera que su postura es sustancialmente igual a la del creador de la teoría pura, evita hablar de norma fundante o de un presupuesto de validez porque posiblemente, como el mismo cita,<sup>207</sup> Kelsen abandona su idea de la norma fundante, y puede pensarse que si el mismo jefe de la Escuela de Viena rechaza su idea ya no hay nada que decir. Un concepto teórico se refuta por razones diferentes a la de que una autoridad hizo la refutación, aunque se trate del mismo creador del concepto. Como vimos anteriormente la validez kelseniana como fenómeno de normatividad requiere de ese presupuesto gnoseológico que es la norma fundante, aunque sea erróneo denominarla norma o Constitución.

---

<sup>207</sup> Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 181, p. 298, en pie de página.

## CAPÍTULO XII

### LA TESIS DEL ORDEN JURÍDICO REVOLUCIONARIO

Existe una interesante tesis en relación con el fundamento de validez de la Constitución de 1917. Esa tesis la manifiesta Ulises Schmill, quien nos relata que el XXII Congreso Constitucional del Estado de Coahuila emitió, a iniciativa de Venustiano Carranza, el Decreto número 1421 que contenía los dos artículos siguientes:

Artículo 1º. Se desconoce al general Victoriano Huerta en su carácter de Jefe del Poder ejecutivo de la República, que dice él le fue conferido por el Senado y se desconocen también todos los actos y disposiciones que dicte con ese carácter.

Artículo 2º. Se conceden facultades extraordinarias al Ejecutivo del Estado en todos los ramos de la Administración Pública, para que suprima lo que crea conveniente y proceda a armar fuerzas para coadyuvar al sostenimiento del orden constitucional de la República.<sup>208</sup>

Schmill hace notar que en la Constitución de 1857 no se autoriza a los gobernadores o legislaturas locales a revisar la legalidad o constitucionalidad de los actos de la autoridad federal, como lo es el Senado de la República, por lo que sus actos son verdaderos actos revolucionarios sin fundamento jurídico alguno. Así, nos dice que

el Decreto 1421 es el acto de establecimiento o Constitución de un orden revolucionario, cuya finalidad era conservar el orden constitucional que se

---

208

Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 199, p. 67.

estimó violado [...]. El 26 de marzo de 1913, Venustiano Carranza y otras personalidades emitieron el Plan de Guadalupe, que viene a constituir el movimiento revolucionario de modo nítido y definitivo, pero considerando todavía que la finalidad del mismo es el restablecimiento del orden constitucional [...].<sup>209</sup>

Y continúa Ulises Schmill con el relato que apoya el argumento del orden jurídico revolucionario como fuente de legitimidad de la Constitución mexicana:

Una vez derrotado Victoriano Huerta y expulsado del país, Venustiano Carranza se hace cargo del Poder Ejecutivo y sobreviene la escisión en el movimiento revolucionario. Con motivo de ello se hacen algunas adiciones al Plan de Guadalupe el 12 de diciembre de 1914 [...].<sup>210</sup> Con posterioridad a estas adiciones, Venustiano Carranza [...] emitió el Decreto de 14 de septiembre, en donde se declararon reformados los artículos 4º, 5º y 6º, del Decreto de adiciones del Plan de Guadalupe y se estatuye que al triunfo de la causa constitucionalista y estando hechas las elecciones de Ayuntamientos en toda la República, el Primer Jefe convocará a elecciones para un Congreso Constituyente.<sup>211</sup> [...] en la reseña histórica que se ha hecho, se pueden señalar los siguientes elementos: 1º Un acto revolucionario, originario. 2º Un conjunto de órganos del movimiento revolucionario, el cual es un orden normativo con características muy especiales [...]. 3º Con base en la Constitución del orden revolucionario: el Decreto 1421 mencionado y Plan de Guadalupe con adiciones y reformas, se desenvuelve la guerra revolucionaria. 4º Con fundamento en la Constitución del orden revolucionario y en ejercicio de las facultades jurídicas en ella, el

<sup>209</sup> Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 199, p. 70.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 72.

órgano autorizado, Venustiano Carranza, convoca a un Congreso Constituyente.<sup>212</sup>

De esta manera, apreciamos que después de argumentar por qué es factible concebir un orden jurídico revolucionario con su Constitución y órganos jurídicos, Ulises Schmill concluye:

El Órgano Constituyente es establecido por el conjunto de normas que integran el orden revolucionario. Por ello, el proceso constituyente encuentra su fundamento en un conjunto de normas anteriores: en el caso del Órgano Constituyente reunido en la ciudad de Querétaro en el año de 1916, en el Decreto de 19 de septiembre de 1916 [de convocatoria a un Congreso Constituyente] y en la Ley Electoral de la misma fecha. A su vez, estas normas emitidas por Venustiano Carranza encuentran su fundamento de validez en el artículo 4º reformado de las adiciones al Plan de Guadalupe de 12 de diciembre de 1914, las cuales, a su vez, deben retrotraerse al Plan de Guadalupe original y éste, en el Decreto 1421 del XXII congreso Constitucional del Estado de Coahuila.<sup>213</sup>

Así, para Schmill, el fundamento de validez de la Constitución Mexicana de 1917, no se encuentra en la norma fundante, sino en normas jurídicas positivas anteriores; pero si tales normas anteriores son positivas y fundan la validez de la Constitución, entonces se podría entender que son ellas y no la Constitución la base normativa jurídica de nuestro sistema. Además, en relación con ellas uno se pregunta: ¿cuál es el fundamento de su validez o de su legitimidad? En relación a tal pregunta, Schmill apunta:

---

<sup>212</sup> Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 199, pp. 73 y 74.

<sup>213</sup> *Ibidem*, pp. 75 y 76.

Este Decreto[...] constituye un auténtico acto revolucionario, el cual no puede retrotraerse a ninguna norma positiva anterior, que no sea del Derecho Internacional[...]. Sólo teniendo en consideración lo dicho, es que se puede interpretar a la Asamblea de hombres reunida en Querétaro como un Congreso Constituyente. Sin dichos supuestos no es posible hacer esta consideración[...]. La creencia de que el conjunto de hombres reunidos en Querétaro no fue un Congreso Constituyente, tiene que llevar a la conclusión de que el derecho mexicano no existe, que el Estado mexicano es una ilusión y que tan sólo existen relaciones de poder sin ningún sentido jurídico. La hipótesis del Poder Constituyente es necesaria para la concepción del orden social, de la organización humana.<sup>214</sup>

Schmill continúa el desarrollo de su idea con lo que a continuación se indica:

en realidad, habrá que colocar la llamada norma fundamental hipotética sobre el acto revolucionario original, es decir, sobre el Decreto 1421 del XXII Congreso Constitucional del Estado de Coahuila [...]. Si se analiza con más detalle el acontecimiento histórico, lo que debemos considerar como correcto es lo siguiente: El Decreto 1421 mencionado tiene su fundamento jurídico, no en la Constitución de 1857, ni en la de Coahuila, entonces en vigor, sino directamente en el Derecho Internacional Público General, en especial, en la norma denominada “ principio de efectividad” , que es la que establece la validez de los órdenes jurídicos nacionales bajo ciertas condiciones.<sup>215</sup>

Para el autor de este trabajo, Ulises Schmill se contradice: primero indica como fundamento de validez del Decreto 1421 al derecho

<sup>214</sup> Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 199, p. 76.

<sup>215</sup> *Ibidem*, pp. 79 y 80.

internacional, luego a la norma fundamental hipotética, para en la siguiente página sostener de nuevo que su fundamento de validez es el derecho internacional. Dentro de su mismo esquema, nosotros cuestionamos: ¿para qué colocar a la norma fundante como apoyo de validez del acto revolucionario, si por su eficacia este acto es válido automáticamente para el derecho internacional?

En todo caso, si es tan definitiva la norma internacional del principio de efectividad para fundamentar la validez de un sistema jurídico, yo sostengo que es innecesario dar el rodeo de indicar como fundamento de la validez de la Constitución Mexicana al orden jurídico revolucionario, y como fundamento de este último al principio de efectividad internacional. Parece suficiente con decir que el fundamento de nuestra Constitución y orden jurídico actuales es el principio de efectividad internacional. En cuanto a referirse a la efectividad, la alusión al derecho internacional es innecesaria, puesto que la misma efectividad o mínimo de eficacia ya es por sí misma la condición empírica indispensable —aunque no suficiente— para aplicar la norma fundante y constituir así, gnoseológicamente, un orden normativo.

Además, el indicar que un orden jurídico se encuentra subordinado al derecho internacional en su principio de efectividad, requiere la determinación de una específica normatividad positiva del derecho internacional que prescriba lo relativo a la validación de un orden nacional en función de su efectividad. Schmill no señala alguna declaración concreta de Estados extranjeros o resolución de organismos internacionales referidos al orden revolucionario mexicano; sólo habla del derecho internacional como si se tratara de una entidad de la naturaleza de operación causal o automática. El derecho internacional, también como orden positivo de normas conductuales, es producto de la voluntad del ser humano. El principio de efectividad, al menos de lo que se infiere del propio



sentido de su expresión (“ principio” ) y del significado teórico que maneja Kelsen,<sup>216</sup> no es una norma jurídica y, por lo tanto, no puede formar parte del derecho internacional. Como norma se presentaría de una manera como la siguiente: “ Los miembros de la comunidad internacional —o de alguna organización internacional— tienen la obligación de reconocer a un Estado nacional cuando tal Estado tenga un mínimo de efectividad.” Sin embargo, como veremos adelante tal norma no existe.

Por otra parte, exista o no exista tal norma de derecho internacional, eso no representa ningún obstáculo para que se constituya un orden jurídico nacional. Si un orden nacional posee efectividad, éste puede existir jurídicamente, lo reconozca o no el derecho internacional. Si no la posee, no existirá sin importar alguna determinación de carácter internacional.

Además del principio de efectividad, cuestionamos: ¿qué otra argumentación justifica que el derecho internacional sea el fundamento de validez de un orden jurídico nacional? Schmill no lo indica. Y también preguntamos: ¿que el derecho internacional sea el fundamento de validez del nacional significa, para Schmill, la supeditación de la existencia de nuestro orden jurídico al derecho internacional? Así parece.

Relacionando estas preguntas con el tema del reconocimiento de Estado, Seara Vázquez nos dice lo que sigue:

En efecto, si el nacimiento de un Estado es un puro hecho histórico, independientemente del Derecho, no puede supeditarse su personalidad internacional al reconocimiento de los otros Estados. Es verdad que el reconocimiento es un acto discrecional, pero el no reconocimiento por parte

---

<sup>216</sup> Kelsen, nos dice: “Desde el momento en que la antigua Constitución ha perdido su eficacia, y la nueva la ha adquirido[...], los actos que aparecen con el sentido subjetivo de producir o aplicar normas jurídicas, no son interpretados ya presuponiendo la antigua norma fundante básica, sino la nueva.[...] El principio que así se aplicara se denomina principio de efectividad.” *op. cit.*, nota 22, p. 219.

de un Estado particular no le da a éste el derecho de considerar que el Estado que acaba de nacer no existe, y no le permite (la práctica internacional lo aprueba), intervenir, por ejemplo, en sus asuntos internos. El reconocimiento se limitará a producir efectos más amplios entre el Estado reconocido y el que otorga el reconocimiento, pero no permitirá a este último escapar a las normas mínimas de convivencia que impone el Derecho internacional. Es la tesis que recoge la Convención sobre derechos y deberes de los Estados, adoptada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933, afirmando que “ la existencia jurídica del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados.”<sup>217</sup>

Nosotros sostenemos que, por otra parte, la circunstancia revolucionaria de la Constitución mexicana de 1917 no se vincula con el tema internacional de reconocimiento de Estado, sino como el de reconocimiento de gobierno. Seara Vázquez nos señala sobre el reconocimiento de beligerancia:

Es el reconocimiento otorgado en una lucha armada interna a la parte no gubernamental, y que tiene por objeto reconocer una situación de hecho, tratando a esa parte no gubernamental como Estado durante la continuación de la lucha. El efecto más importante de este reconocimiento, que es siempre de carácter discrecional, es que se aplicarán las leyes de guerra a la lucha en curso, con todas sus consecuencias.<sup>218</sup>

Como podemos apreciar, el carácter discrecional del reconocimiento excluye el sentido automático del principio de efectividad. Seara Vázquez continúa: “ El problema [...] (del reconocimiento del derecho a la

---

<sup>217</sup> Seara Vázquez, Modesto, *Derecho internacional público*, 13ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 97.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 100.

independencia) es distinto del reconocimiento de beligerancia, puesto que se trata de un nuevo Estado, mientras que en el de beligerancia es un problema de reconocimiento de gobiernos (el rebelde contra el establecimiento, en el mismo Estado).”<sup>219</sup>

Según el mismo autor, dentro del tema de reconocimiento de gobierno, existen una serie de tesis internacionales, como las doctrinas Jefferson, Tobar, Wilson, Estrada y Díaz Ordaz, en ninguna de las cuales, nosotros observamos, se determina explícitamente como condición para el mencionado reconocimiento, la aplicación del principio de efectividad.<sup>220</sup>

De acuerdo a lo que se infiere de las ideas de Schmill, la Constitución mexicana no es la base normativa del sistema jurídico nacional y como nuestro concepto de validez sólo se aplica a las normas que no son la base de un orden de derecho, entonces parecería factible de aplicarse a la Constitución de la República. Sin embargo, esto no es así, porque aunque se diga que el Decreto de Convocatoria al Congreso Constituyente y la Ley Electoral de septiembre de 1916 son el fundamento de validez de la Constitución de 1917, ésta no es impugnabile con base en tales decreto y ley. Si la Constitución puede tener cualquier contenido y aún así ser inimpugnabile, preguntamos: ¿qué sentido tiene sostener que la Constitución no es el último fundamento de validez y de que existen normas jurídico-positivas que fundan la validez constitucional? Ninguno. En el plano gnoseológico, es innecesario fundar la validez constitucional como lo hace Schmill, porque tales normas previas a la Constitución no forman parte del actual sistema jurídico mexicano y, por lo tanto, carecen de relevancia jurídica alguna.

---

<sup>219</sup> Seara Vázquez, Modesto, *op. cit.*, nota 217, p. 101.

<sup>220</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 98 a 100, y Sepúlveda, César, *Derecho Internacional Público*, México, Porrúa, 1976, pp. 222 a 224.

Parece que sólo se busca un argumento de aparente solidez sobre la legitimidad de la Constitución, o sea, un señalamiento ineludible de que la Constitución debe ser —moralmente— obedecida. Esto se aprecia cuando Schmill enfatiza que su argumento es la única posibilidad de ver a la reunión de Querétaro como un congreso constituyente y de ver a la Constitución resultante y al sistema jurídico que en ella se funda, como existentes. Esto es análogo, en su sentido político emocional, al argumento del pueblo como el creador de la Constitución.

CAPÍTULO XIII  
LA TESIS DE LA RACIONALIDAD DE LA CONDUCTA DE LAS  
AUTORIDADES ESTATALES

Para Agustín Pérez Carrillo, la validez de la Constitución es la autoridad de ella misma —que entendemos como obligatoriedad moral. Autoridad constitucional que no proviene de la misma Constitución sino de algo independiente. Así, el autor citado nos dice que en la filosofía del derecho o en la política:

se presentan enunciados para justificar la validez de la Constitución y un rasgo común es la alusión a instancias independientes de los preceptos constitucionales para sustentar su superioridad. Surgen, por esta razón, grandes desarrollos teóricos para fundamentar al derecho en una de sus primeras manifestaciones cronológicas: la Constitución. En la historia del pensamiento jurídico y político se advierte esta constante preocupación. La justificación no es al infinito[...] la autoridad no proviene de la Constitución en si misma considerada, sino de “ una instancia independiente” [...] No se trata de admitir dogmáticamente las normas constitucionales, ni de atribuir “ autoridad” a la Constitución por dogma, pues ésta no tiene validez en sí.<sup>221</sup>

También el autor mencionado apunta un beneficio derivado de la citada autoridad: “ La autoridad de la Constitución propicia la unidad y cohesión de varias formas de vida en la sociedad e integración de las

---

<sup>221</sup> Pérez Carrillo, Agustín, “Autoridad de la constitución”, *Alegatos*, no. 23, México, UAM, Atzacotalco, Departamento de Derecho, 1993, p. 5.

tradiciones jurídicas” .<sup>222</sup> Para quien esto escribe, lo anterior no puede considerarse como la instancia independiente que justifique tal autoridad, porque la realización del beneficio presupone ya la autoridad constitucional y, por tanto, no la justifica independientemente. En este sentido, no es aceptable sostener el deber moral de obedecer a alguna autoridad argumentando que de la obediencia se derivarán beneficios para el obediente, lo cual representa en términos de Nino razones prudenciales pero no razones morales para actuar.

A continuación, Pérez Carrillo no deja dudas sobre su postura respecto la obligación moral de las autoridades estatales de acatar a la Constitución, pero todavía no determina explícitamente la razón de tal obligación:

Es imposible justificar una actitud de desobediencia constitucional de las autoridades: ellas tienen obligación absoluta de observar las normas jurídicas y si no lo hacen por determinadas razones se trata del abandono de una forma de vida, del abandono de la función que les corresponde. Las autoridades tienen que cumplir con las obligaciones, con las órdenes, seguir las reglas constitucionales.<sup>223</sup>

Para nosotros, cuando se habla de la obligación de acatar al derecho, la Constitución, el Código Penal o Civil, etc., no se puede hablar de una obligación jurídica; necesariamente tiene que hablarse de una obligación moral, porque los diversos ordenamientos del derecho objetivo normalmente no obligan a acatar cuerpos normativos jurídicos generales por las siguientes razones:

---

<sup>222</sup> Pérez Carrillo, Agustín, *op. cit.*, nota 221, p. 6.

<sup>223</sup>

*Ibidem*, pp. 6 y 7.

- Ellos mismos señalan sus propias obligaciones específicas.
- La obligación jurídica de acatar una obligación de derecho representa una redundancia normativa que como tal es un defecto de técnica legislativa.
- Si cada normatividad general prevé sus propias obligaciones, no es necesario jurídicamente obligar a cumplir con tales obligaciones.
- Los casos en que parece existir la obligación de acatar cuerpos normativos generales tienen en realidad una función distinta. Por ejemplo, el artículo 14, cuarto párrafo, constitucional, aparenta obligar a los jueces del orden civil a acatar a la ley en sus sentencias, sin embargo, su función es prescribir que la aplicación de la ley al dictar sentencias, se realice o bien con una interpretación literal o con una interpretación no literal, según la circunstancia legal de aplicación, impidiéndose así, constitucionalmente, las restricciones especiales en la interpretación de las leyes civiles (es decir, las no penales).

Al principio del trabajo citado, Pérez Carrillo parece justificar a la autoridad de la Constitución en los mismos preceptos constitucionales, como son los artículos 97, 103, 107, 108, 117, 128, 133, 135 y 136, e instituciones vinculadas con tales preceptos que le atribuyen supremacía, que establecen medios de cancelación de los actos que la infrinjan y la rigidez constitucional.<sup>224</sup> Pero para nosotros, esto sólo constituye el ámbito de la obligatoriedad jurídica de la Constitución y no se trata evidentemente de la instancia independiente que da autoridad moral a tal normatividad. El discurso práctico no puede limitarse a señalar a la autoridad estatal su obligación jurídica de acatar a la ley suprema: “debes acatar a la

---

<sup>224</sup>

Pérez Carrillo, Agustín, *op. cit.*, nota 221, p. 5.

Constitución, porque de lo contrario te puede afectar una sentencia de amparo o puedes incurrir en responsabilidad” . En todo caso, lo anterior debe complementarse con otras razones sobre la autoridad de la Constitución, como lo hará posteriormente de manera implícita el autor citado.

El problema es el siguiente: ¿cómo justificar racionalmente la autoridad de la Constitución? En este contexto, Pérez Carrillo argumenta — citando a Raz— en contra de considerar todo para justificar una decisión:

Un principio central de acuerdo con... [la necesidad de hacer un equilibrio de razones para tomar decisiones] es “ considerar todo” para tomar una decisión. Raz refleja el modelo intuitivo en el siguiente principio: “ Siempre es el caso de que debemos, tomando todo en consideración, hacer cualquier cosa que debamos hacer sobre el equilibrio de razones.” Este principio es rechazado por el autor al evaluarlo y aceptar que: “ No debemos actuar sobre el equilibrio de las razones si las razones que inclinan la balanza son excluidas por una razón exclusionaria invulnerable,” para reemplazar el primero por: “ Siempre se da el caso de que, tomando todo en cuenta, debemos actuar movidos por una razón invulnerable para la acción” .<sup>225</sup>

Nosotros entendemos lo anterior, en el sentido de que si todo se toma en cuenta, entonces siempre se encontrará alguna razón excluyente que anula la idea de racionalidad de la decisión.

Por tanto, en relación con el derecho, Pérez Carrillo nos dice: “ Para las tomas de decisión en el campo del derecho no vale `tomar todo en cuenta´ si se estima absoluto. Es decir, no se trata de buscar la mejor decisión sino la mejor decisión en el derecho” .<sup>226</sup>

<sup>225</sup> Pérez Carrillo, Agustín, *op. cit.*, nota 221, p. 9.

<sup>226</sup> *Idem.*



A continuación el mismo autor expone un elemento importante para la justificación racional de una decisión, se trata de la determinación de un universo de discurso:

La modalidad de “ considerando todo” habría de relativizarla en función de un universo de discurso y entonces importa considerar las variables pertinentes; éstas pueden suponerse en la decisión tomada, derivarse de la misma o justificarla. Así, al interpretar una determinada norma es imposible sostener lógicamente el significado Op & O -p, porque si uno de los conjuntos es válido, Op por ejemplo, no puede ser válido el otro. Si a pesar de esta situación se selecciona O -p de ésta se derivarán algunas consecuencias no pertinentes al universo de discurso que se fijó como ámbito para hablar de la regla; tal decisión no sería racional en función del principio de la consistencia correspondiente al universo de discurso fijado, aun cuando pudiera serlo en otro más o menos amplio o totalmente distinto. La expresión “ considerando todo,” sin discriminar variables, otorga una ventaja cómoda a quien toma decisiones o a quien pretende justificarlas.<sup>227</sup>

Para Pérez Carrillo el incumplimiento de la regla anterior de la justificación racional en el campo del derecho no produce necesariamente, en los hechos, consecuencias negativas:

Decisiones que no se ajustan al marco constitucional pueden tener consecuencias favorables en un medio social determinado, pero esta circunstancia no les quita el carácter de irracionales en consideración a las reglas que se interpretan, o al menos que se dice se interpretan. Las normas constitucionales son razones absolutas de actuar para las autoridades, en oposición a las razones *prima facie*. La instancia independiente para

---

<sup>227</sup> Pérez Carrillo, Agustín, *op. cit.*, nota 221, p. 10.

justificar las normas constitucionales es finita y es pertinente conocerla para lograr, en terminología popperiana, una demarcación. Es necesario saber de qué hablamos y evitar en toda medida los colapsos en la comunicación. Sólo así, creo, podemos hablar de la “autoridad de la Constitución” y demostrar que las decisiones y acciones de las autoridades concuerden con ella.<sup>228</sup>

En síntesis, nosotros entendemos que lo importante no es indagar sobre la posibilidad de que un desacatamiento de la Constitución tenga efectos socialmente benéficos —como posibilidad existe—, sino que lo importante es señalar que tal desacatamiento no se justifica racionalmente, porque toda justificación racional requiere de manera necesaria la determinación objetiva del universo de discurso —que en el campo del derecho debe ser la Constitución—, en el que se ubican las premisas que justificarán la decisión. Esto no puede darse si se considera todo para tomar tal decisión.

Pérez Carrillo antes indicó que la Constitución no vale por sí misma sino por una instancia independiente; ahora vuelve a utilizar el concepto, nos indica una propiedad: su finitud, y nos habla sobre la ventaja de su uso: el logro de una demarcación en sentido popperiano, pero no determina explícitamente cuál es esa instancia independiente que justifica moralmente la obligación de las autoridades estatales de acatar a las normas constitucionales, es decir, que justifica la validez de la Constitución como legitimidad.

En tal caso, traducimos las ideas del autor citado de la siguiente manera: la expresión “la Constitución no vale por sí misma” se entiende como el no aceptar la obligatoriedad de la Constitución sin ofrecer alguna razón, y la de “instancia independiente para justificar a la Constitución”

---

<sup>228</sup> Pérez Carrillo, Agustín, *op. cit.*, nota 221, p. 10.

significa ofrecer alguna razón que no se identifique ni se encuentre implicada en la misma Constitución, y esta razón es la idea de racionalidad de la conducta de las autoridades estatales.

Si esta es una traducción adecuada de sus ideas y aunque la finitud sea una propiedad de la Constitución como el conjunto de razones<sup>229</sup> que justifica la actuación racional de las autoridades, entonces no es claro cómo tal finitud sea una propiedad de la racionalidad de la conducta de autoridad, porque la instancia independiente finita y demarcadora se refiere a justificar a la autoridad de la Constitución y no a la actuación de las autoridades.

En virtud de que la racionalidad de un comportamiento depende de la justificación en un universo de discurso explícita y objetivamente determinado, y de que en el mundo del derecho tal universo justificatorio solamente puede ser la Constitución,<sup>230</sup> entonces el acatamiento de esta última es la única manera de hacer racional la actuación de las autoridades. Consideramos que de lo último se deriva la autoridad de la Constitución<sup>231</sup> siempre y cuando se presuponga como premisa inicial o valor fundamental la prescripción: “es bueno que las autoridades se conduzcan racionalmente”.

Al respecto, conviene distinguir entre los dos argumentos siguientes, de los que únicamente el segundo tiene un carácter moral:

1ª) Premisas: Si en el mundo del derecho acatar a la Constitución es

<sup>229</sup> Como el universo de discurso explícitamente determinado en el campo del derecho.

<sup>230</sup> Posibles contraejemplos son casos relativos al derecho internacional, es decir, se justifica desacatar a la Constitución por acatar al derecho internacional dado que éste también debe formar parte del universo de discurso que justifica racionalmente la actuación de las autoridades. Un ejemplo puede ser la violación a la declaración universal de los derechos del hombre en algún punto que no estuviera contemplado en las garantías individuales y otro se refiere a la zona económica exclusiva como se verá en el capítulo XV de este trabajo.

<sup>231</sup> Entendida como validez legitimadora el deber moral de obediencia que sujeta a las autoridades.

actuar con racionalidad, y si la autoridad acata a la Constitución, entonces:

Conclusión: La actuación de la autoridad es racional.

2º) Premisa normativa: Es bueno que las autoridades se conduzcan racionalmente.

Premisa fáctica: Las autoridades que acatan a la Constitución se conducen racionalmente.

Conclusión: Es bueno acatar a la Constitución (es decir, la Constitución tiene autoridad).

De todas las razones expuestas en los capítulos anteriores de por qué la Constitución debe ser obedecida, la que expone Pérez Carrillo no sólo es la mejor sino que es la única aceptable. Sin demagogia ni cientificismo, si nos encontramos en el mundo de la ética, es preferible una moral racionalmente construida. Tenemos como valor importante el uso de la razón o racionalidad porque nos auxilia, en el mundo del conocimiento, a separar a la ciencia de la metafísica y, en el mundo de la política, a separar a la democracia de la autocracia. Como se indicó en un capítulo anterior, la ética racional no puede aceptarse como elemento integrante de una teoría científica del derecho, pero es parte indispensable en el terreno argumentativo de la política legislativa y de la crítica jurídica.

## CAPÍTULO XIV

### NUESTRA CONCEPCIÓN DE LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL

Hasta ahora, las diversas tesis expuestas sobre la validez constitucional han girado en torno a la obligatoriedad de la Constitución con distintas argumentaciones desde las más emotivas hasta las más racionales.

Para nosotros, la Constitución es obligatoria en la medida en que ella misma prevea sanciones a sus infractores o que tales previsiones se contemplen en leyes secundarias. La Constitución mexicana prevé tales sanciones en preceptos relativos a la responsabilidad de funcionarios, en los del juicio de amparo y en otros, en las leyes reglamentarias correspondientes y, además, en los diversos códigos penales en el tipo penal de violación de garantías individuales; pero todo esto no constituye, como se apreció en la primera parte de este trabajo, nuestro concepto de validez. Tal concepto de validez, entendido como la prohibición de impugnar o de afectar la obligatoriedad de la norma calificada como válida, tiene como consecuencia que, en principio, no parece posible aplicarse a la Constitución, porque ella es de hecho inimpugnable dentro de un sistema jurídico nacional. No tiene sentido acudir a un tribunal nacional en la búsqueda de protegerse contra su aplicación y, por tanto, es innecesaria la existencia de la prohibición citada. Una prohibición, al igual que una obligación, para serlo, requiere de la posibilidad de ser acatada o infringida.

Dentro de esta manera de concebir la validez jurídica, parece carecer de sentido preguntarse por la validez de la Constitución en analogía con el sinsentido de la pregunta: ¿por qué es válida la premisa mayor de un silogismo? Como sabemos, de un silogismo lo único que podemos cuestionar sobre su validez es su conclusión. Sin embargo, aunque lo anterior es

correcto en la mayoría de los casos, en este capítulo analizaremos algunos de los aspectos posibles en que es aplicable el concepto propuesto de validez jurídica a la Constitución mexicana.

Kelsen, acerca de la relación entre el derecho nacional y el derecho internacional, nos dice lo siguiente:

Si se considera también el orden jurídico internacional en su relación con los órdenes jurídicos estatales y particulares, y si se supone —como muchas veces sucede— que el derecho internacional a lo sumo vale frente a un Estado, cuando este lo reconoce, es decir, cuando el gobierno del Estado, fundándose en la Constitución estatal, lo reconoce, entonces puede mantenerse la respuesta dada a la pregunta por el fundamento de la validez del derecho: se trata de una norma fundante básica, presupuesta y referida a la Constitución vigente del Estado. Puesto que así el derecho internacional no es más que parte integrante del orden jurídico estatal, representado como soberano, cuyo fundamento de validez está dado por la norma fundante básica referida a la Constitución vigente. En tanto fundamento de validez de la Constitución Estatal, ella es simultáneamente el fundamento de validez del derecho internacional reconocido con fundamento en la Constitución Estatal, es decir, del derecho internacional establecido como válido para el Estado.<sup>232</sup>

Esta es la posición que adopta nuestra Constitución 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” .

---

<sup>232</sup> Kelsen Hans, *op. cit.*, nota 22, p. 225.

Es decir, para que los tratados internacionales, o sea, el derecho internacional, sean parte de la Ley Suprema de la Unión tienen que satisfacer los requisitos de haber sido celebrados por el Presidente, el haber sido aprobados por el Senado y, especialmente, que se encuentren de acuerdo a la Constitución o en otras palabras que estén subordinados a ella.

Sin embargo, para Kelsen la situación se modifica si no se ve al derecho internacional como una parte del orden jurídico estatal, sino como supraordenado a los órdenes estatales, es decir, si no se parte de la primacía del orden jurídico de un Estado sino de la primacía del orden jurídico internacional. Afirma que en este sentido puede encontrarse el fundamento de validez de los órdenes estatales en el derecho internacional como norma positiva y no meramente presupuesta. Nos dice que esta norma internacional por lo común es descrita en el enunciado que dice que el gobierno que ejerce en forma independiente de otros gobiernos es legítimo y el pueblo que vive en ese territorio bajo tal gobierno configura un Estado en el sentido del derecho internacional, sin tomar en cuenta que se haga con base en una Constitución existente previamente o con base en una establecida revolucionariamente. Nos indica que lo anterior traducido al lenguaje jurídico consiste en una norma internacional que faculta a un individuo o a un grupo de individuos, con fundamento en una Constitución eficaz, a producir y aplicar un orden coactivo normativo en tanto gobierno legítimo. Finalmente Kelsen concluye que si el fundamento de validez de los órdenes estatales es reconocido en una norma jurídica internacional, entonces el problema de la norma fundante básica queda desplazado de la Constitución nacional al orden internacional cuyo fundamento de validez sólo puede constituirlo la norma fundante básica del derecho internacional, que

de este modo es el fundamento de validez mediato del orden jurídico estatal.<sup>233</sup>

Entendemos a este autor, en el sentido de que existen dos puntos de vista dentro de la teoría monista del derecho internacional: en el primero, este derecho se encuentra subordinado al derecho nacional y, en el segundo, subordina al derecho nacional.

Lo que se argumentó, en el capítulo XIII, en contra de la tesis de Ulises Schmill sobre el principio de efectividad, es aplicable ahora al señalamiento de Kelsen en el mismo sentido. Así, es dudosa la existencia de una norma jurídica internacional que obligue a la comunidad de los Estados nacionales a reconocer un Estado o un gobierno en función de su efectividad. Por tanto, no se justifica que la validez de un sistema jurídico nacional en su conjunto tenga su fundamento en el derecho internacional, pero esto no impide, como veremos, que existan ciertos temas en los órdenes nacionales que sí tienen tal fundamento de validez.

Por otra parte, también parece que nuestra Constitución adopta la postura de sujeción ante el derecho internacional en un tema específico. Esto sucede en el artículo 27, quinto párrafo, que indica: “ Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales, en la extensión y términos que fije el derecho internacional.” Y en el artículo 42: “ El territorio nacional comprende:[...]V.-Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional[...]

Sin embargo, puede pensarse que si tal precepto se relaciona con el artículo 133, en realidad la Constitución no se subordina al derecho internacional en esa materia, porque en todo caso los tratados internacionales que determinan la extensión y términos del mar territorial,

---

<sup>233</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 22, pp. 225 y 226.



para ser Ley Suprema de la Unión, deben satisfacer los requisitos del 133; uno de los cuales es estar de acuerdo con —o subordinarse a— la Constitución. Así, los requisitos implicados en el 133 para los tratados son los siguientes:

- a) Que sean realizados por la autoridad competente, que en este caso son dos órganos: el Presidente de la República para celebrarlos y el Senado para aprobarlos.
- b) Implícitamente derivado de lo anterior, deben satisfacer el procedimiento de actuación de las autoridades anteriores, lo que se encuentra regulado por las normas constitucionales y legales correspondientes.
- c) El contenido del tratado no debe infringir ninguna norma constitucional.

En esta circunstancia, el punto clave es el c). Si el contenido de tales tratados se encuentra totalmente abierto puede concluirse que en tal tema la Constitución se subordina al derecho internacional, pero en caso de que existan importantes restricciones entonces no sucede así.

Como la norma constitucional inmediatamente relacionada, el 27, 5º párrafo, determina “ en la extensión y términos que fije el derecho internacional” , entonces parece que cualquier contenido del tratado correspondiente será constitucional y, por lo tanto, el contenido es abierto. Sin embargo, esto sólo es relativo a la extensión, porque en relación con los términos las posibilidades son mucho menores y deben sujetarse a la regulación propia del mar como puede ser la prescripción internacional del denominado paso inocente.<sup>234</sup> Tales términos tienen muchas limitaciones,

---

<sup>234</sup> Seara Vázquez nos dice que “todos los buques extranjeros tienen el derecho de paso inocente por el mar territorial. Por “paso” se entiende la navegación a través de las aguas territoriales: a) atravesándolas sin hacer escala ni entrar a las aguas interiores; b) para dirigirse del alta mar al mar nacional, o hacer escala en un puerto o rada; c) para ir de las aguas nacionales hacia el alta mar.

por ejemplo, no pueden restringir o eliminar las garantías individuales ni pueden impedir la vigencia de gran cantidad de leyes federales en este espacio territorial, respecto del cual el mismo precepto indica que es propiedad de la Nación.

El que la Constitución hable de “ los términos que fije el derecho internacional” es análogo a la expresión constitucional del artículo 17, segundo párrafo, de que los tribunales impartirán justicia en los términos que fijen las leyes. Y que la Constitución determine que algo será de la manera como lo indiquen las leyes o los tratados, no significa que éstos sean jurídicamente superiores a la Constitución.

Con lo anterior no queremos concluir que en todos los casos el derecho internacional se encuentra subordinado al nacional. Al respecto concordamos con Modesto Seara Vázquez, quien indica lo que sigue:

El problema de la superioridad del sistema interno o del sistema internacional nos parece un problema artificial, al plantearlo en forma demasiado rígida. Creemos que lo procedente es considerar en cada caso la jerarquía de la norma particular en conflicto. El derecho interno puede crear obligaciones internacionales, lo cual no ocurriría si el Derecho interno estuviera subordinado al Derecho internacional; inversamente, el Derecho internacional establece a menudo limitaciones al Derecho interno así como tampoco se le podría considerar como inferior. Por consiguiente, creemos que lo que procede es examinar cada caso particular, y tratar de fijar la

---

El paso debe ser rápido e ininterrumpido, pero contra este requisito no van la detención y el fondeo, en la medida en que constituyan incidentes normales de la navegación o sean impuestos al buque por fuerza mayor o dificultad grave o se realicen con el fin de prestar auxilio a personas, buques o aeronaves en peligro o en dificultad grave (Art. 18 de la Convención de 1982). El paso es inocente si no perjudica la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño.” *Op. cit.*, nota 217, pp. 268 y 269.

relativa jerarquía de las normas en conflicto, para ver cual prevalece sobre la otra.<sup>235</sup>

Un ejemplo de normatividad de nuestra Constitución que se encuentra subordinada al derecho internacional y que por su forma de prescripción abre la posibilidad de un conflicto internacional con resultados desfavorables a nuestro país, es el que planteamos en los siguientes párrafos.

De acuerdo a lo indicado por mismo Seara Vázquez :

La z.e.e. (zona económica exclusiva) es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste, donde el Estado costero goza de una serie de derechos, que la Convención de 1982 enumera en su artículo 56 y que resumimos del modo siguiente: a. Derechos de soberanía (se recurre a la misma terminología que en el caso de la plataforma continental), para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos de las aguas, lecho y subsuelo del mar. Estos derechos exclusivos se extienden también a otras actividades tendientes a la explotación económica y exploración de la zona, señalándose como ejemplos la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos. b. Jurisdicción respecto a: i) establecimiento [y utilización de islas artificiales, instalaciones] y estructuras; ii) la investigación científica marina; iii) la protección y preservación del medio marino. La enumeración de facultades del Estado costero termina con una referencia general a " otros derechos y deberes previstos en esta Convención" (la de 1982). La extensión de la z.e.e. no ha planteado

---

<sup>235</sup> Seara Vázquez, Modesto, *op. cit.*, nota 217, pp. 46 y 47.

problemas difíciles, pues pronto se formó con consenso en torno a las doscientas millas, contadas desde las líneas de base del mar territorial.<sup>236</sup>

En cambio, el artículo 27, octavo párrafo, de la Constitución indica que “ La nación ejerce en una zona económica exclusiva situada fuera del mar territorial y adyacente a éste, los derechos de soberanía y las jurisdicciones que determinen las leyes del Congreso. La zona económica exclusiva se extenderá a doscientas millas náuticas, medidas a partir de la línea de base desde la cual se mide el mar territorial.”

Como se observa, la Constitución establece “ que determinen las leyes del Congreso” y no “ que determine el derecho internacional” , lo cual abre la posibilidad de que leyes federales extiendan su ámbito de aplicación a la zona económica exclusiva en materias no contempladas en la aludida Convención de 1982. Si esto sucediera y se afectara a un Estado extranjero que cruce la zona económica exclusiva mexicana, independientemente de que tal ley y su aplicación sean constitucionales, el Estado mexicano infringe el derecho internacional y podría tener una resolución desfavorable en alguna instancia jurisdiccional internacional. Por lo tanto, en este tema la Constitución Mexicana es inferior al derecho internacional y debe tener su fundamento en él.

Tal subordinación se explica con nuestro concepto de validez: el artículo 27, octavo párrafo, de la Constitución, como precepto jurídico nacional que pretende regir en ámbito de derecho internacional excluyendo toda determinación de este derecho, es un precepto inválido porque no existe una norma validante que prohíba su impugnación o que prohíba afectar su obligatoriedad aunque sea impugnado —junto con las leyes

---

<sup>236</sup> Seara vázquez, Modesto, *op. cit.*, nota 217, p. 276.

derivadas— ante instancias jurisdiccionales internacionales y, por tanto, existe la posibilidad de tener una resolución en su contra.

Una posibilidad, vía interpretación, para resolver el problema de la norma constitucional inválida señalada es argumentar que carece de sentido dar un tratamiento jurídico de mayor independencia y soberanía a la zona económica exclusiva que al mar territorial, cuando en este último —se entiende— existe una mayor amplitud de aplicación del sistema de derecho mexicano. Esto se apoya con un argumento *a maiore ad minus*: si el derecho internacional determina jurídicamente, en principio, al mar territorial con mayor razón determina a la zona económica exclusiva.

Podemos concluir este estudio con la idea de que, con la aplicación del nuevo concepto de validez jurídica, nuestra Constitución efectivamente tiene su fundamento de validez en el derecho internacional, pero únicamente en aquellas materias en las que razonablemente deban tener participación los Estados extranjeros como, por ejemplo, las cuestiones de mares, derecho del espacio exterior (aéreo y espacial), derechos mínimos de los extranjeros y posiblemente también el aspecto ecológico que puede afectar al planeta en su conjunto. Así, los artículos 42, fracciones V y VI, 27, quinto párrafo, son válidos, en virtud de las normas validantes correspondientes del derecho internacional; en cambio, el 27, octavo párrafo, es inválido, porque en caso de ser la fuente de un conflicto con un Estado extranjero y sea impugnada internacionalmente su aplicación —lo cual es posible— no existe alguna norma validante internacional que prohíba afectar su obligatoriedad. En todas las otras materias constitucionales en que no existan intereses necesarios de la comunidad internacional, carece de sentido calificar de válidas o inválidas a las normas de la Constitución de la República, puesto que no hay forma de impugnarlas.

Anexo I. Opinión sobre la tesis aislada LXXVII/99 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La citada tesis cuyo rubro es “ TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL” tiene el contenido siguiente:

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas de nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “ ...serán la Ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación

del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que " Las facultades que o están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados." No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: " LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA." , sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

La tesis trascrita de la Corte concluye que los tratados se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y locales, por las dos razones siguientes:

1ª Los tratados son compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y que comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.

2ª En la materia relativa a los tratados no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, es decir, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que, por el 133, el Presidente y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas.

A esta tesis de la Corte, le faltó aclarar qué entiende por " mayor jerarquía" , sin embargo, nosotros entendemos que la tiene el ordenamiento jurídico que debe prevalecer en todos los casos cuando entra en conflicto con otro ordenamiento, es decir, cuando la autoridad competente tiene que decidir cuál de los dos aplica porque contienen soluciones jurídicas diferentes para un mismo supuesto y tal autoridad no tiene la facultad discrecional para decidir por alguno (y aclaramos que debe

prevalecer en todos los casos, porque si es sólo en algunos, entonces no se justifica la mayor jerarquía, como en el supuesto de la aplicación de la ley especial sobre la ley general sólo para los casos especiales). Si esto es aceptable, entonces para la tesis citada en caso de conflicto entre una ley federal y un tratado, siempre debe prevalecer el último.

La primera razón de la Corte, en realidad, es de conveniencia política hacia el exterior: “ porque son compromisos del Estado mexicano y de todas sus autoridades frente a la comunidad internacional” . Esta justificación en su conjunto es jurídicamente equivalente a “ tratados internacionales firmados por México” , de lo cual resulta que por *petitio principii* la razón jurídica es inexistente: “ los tratados internacionales son jerárquicamente superiores a las leyes federales, porque se trata de los tratados internacionales.”

Algo análogo podría haber concluido la Corte, pero a favor de las leyes federales con un lenguaje político nacionalista y no político internacionalista: “ Esta interpretación del 133 deriva de que las leyes federales como producto conjunto de la voluntad de la Nación y de la voluntad de las entidades federativas, expresada por medio de sus representantes en las Cámaras de Diputados y Senadores, constituye la manifestación del ejercicio de la soberanía popular aplicable en todo el ámbito nacional.” Es decir: “ las leyes federales son jerárquicamente superiores a los tratados internacionales, porque se trata de las leyes federales.”

En cambio, la segunda razón tiene un contenido jurídico: como el 133 no distingue las materias sobre las que se pueden celebrar tratados internacionales (como tampoco lo hacen el 73, fracción I, ni el 89, fracción X, y salvo especificaciones como la prohibición del artículo 15 o la determinación del 18), puede ser sobre cualquier materia —siempre que no



viole las disposiciones constitucionales—, y entonces las autoridades federales respecto de la celebración los tratados no se encuentran limitadas por el principio federal del artículo 124. Sin embargo, esta segunda razón no es una premisa jurídica sólida para justificar que, en todos los casos, un tratado internacional que se encuentre de acuerdo con la Constitución, siempre debe prevalecer en el ámbito interno, en caso de conflicto, sobre una ley federal que emane de la Carta Magna. En otras palabras, no nos parece claro, desde el punto de vista jurídico, por qué una normatividad aplicable en materia federal producida en el ejercicio de una competencia que también pudo haber producido normatividad aplicable en el ámbito local, debe prevalecer siempre, ante tribunales nacionales, sobre una normatividad federal producida en el ejercicio de una competencia que sólo puede producir normas federales, especialmente cuando del mismo artículo 133 constitucional no puede derivarse superioridad alguna de los tratados sobre las leyes federales.

Por otra parte, la Corte apunta que “ la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental.”

Estamos de acuerdo en que, en virtud del 124, el derecho federal y local tienen la misma jerarquía, porque en caso de conflicto entre los dos, la decisión de cuál es el aplicable no depende de que uno sea federal o de que el otro sea local, sino de justificar, para una situación determinada, cuál de los dos es el que se sujeta al ámbito que le corresponde de acuerdo a las disposiciones de la Constitución de la República. Sin embargo, que lo anterior se derive del 124 no significa que necesariamente también se derive del 133. Respecto del último precepto, la expresión “ serán la Ley Suprema de toda la Unión” , se entiende como “ serán la Ley Suprema de

todo el sistema jurídico mexicano”, dentro del cual se encuentra obviamente el derecho local (precisamente, la “ Unión” se integra con las entidades federativas). Pero el 133 omite dentro de la Ley Suprema toda referencia al derecho local, tanto leyes como Constituciones locales, es decir, para el 133, estos ordenamientos no forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión y, por tanto, los tratados y las leyes federales que se subordinen a la Constitución de la República son jerárquicamente superiores a las Constituciones y leyes locales, y esto se refuerza con la segunda parte del 133: “ 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.”

Por lo anterior, existe entonces un conflicto entre el 133 y el 124, que la Corte no aprecia, y en el cual debe justificarse por qué el último precepto prevalece sobre el primero. Un precepto “ tercero en discordia” que puede justificar tal preferencia es el artículo 40 constitucional, compatible con el 124 pero no con la visión centralista del 133 de la supremacía de las leyes federales sobre las leyes locales.

Respecto a la relación jerárquica entre tratados internacionales y la Constitución de la República, la Corte se sujeta a la interpretación meramente literal del artículo 133 constitucional: los tratados se encuentran en todos los casos en un segundo plano después de la Carta Magna. En este contexto, todo lo que podría decir la Corte sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que, como se explicó en este último capítulo del trabajo doctoral, su parte relativa a la zona económica exclusiva obviamente no está de acuerdo con la Constitución de la República en su artículo 27, octavo párrafo, es que cualquiera que tenga interés jurídico puede impugnar su aplicación en los tribunales del país, como si todas las materias que puedan ser previstas por la Ley Suprema,

independientemente de su naturaleza internacional, fueran de la exclusiva competencia nacional y como si todas las controversias jurídicas sobre un tratado internacional firmado por México sólo pudieran dirimirse ante tribunales mexicanos. La Corte omite, en la tesis que transcribimos, que la Convención de Viena —derecho internacional obligatorio para nuestro país—<sup>237</sup> dispone en su artículo 27 que “ Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Dentro de las disposiciones de derecho interno de un país, también se comprende sus disposiciones constitucionales. La excepción al citado artículo 27, dentro de la misma Convención de Viena, no procedería respecto a las disposiciones de nuestra Constitución sobre la zona económica exclusiva, porque tal excepción se reduce a la competencia constitucional para celebrar tratados, no sobre su contenido:

Art. 46. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto 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.

La posición de la Corte puede entenderse desde el punto de vista meramente interno: ella tiene como función la defensa de la Constitución, pero desde el punto de vista jurídico internacional cabe hacer consideraciones más amplias y rigurosas.

---

<sup>237</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en vigor desde 1980, ratificada por

Anexo 2. Opinión sobre algunos conceptos de Luigi Ferrajoli relacionados con esta tesis doctoral.

Aunque los conceptos de Ferrajoli en su obra *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, parten del campo del derecho penal, pueden aplicarse a los diversos ámbitos jurídicos en general. Con el riesgo de descontextualizar sus explicaciones dentro de su extensa obra, intentaremos valorar aquellas que se vinculan con el trabajo doctoral del suscrito.

En relación a la vigencia y a la validez, nos dice que

la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera que sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes.<sup>238</sup>

Y agrega que

En términos generales, podemos asociar estos dos significados de “ estado de derecho ” a las dos nociones del principio de legalidad aquí elaboradas: a la legalidad en sentido lato, o *validez formal*, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y la legalidad en sentido estricto, o *validez sustancial*, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas,

---

México en 1974, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

<sup>238</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 95.

mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión.<sup>239</sup>

Tales conceptos se vinculan con la teoría de Ferrajoli sobre el “garantismo”, que tiene las siguiente acepciones:<sup>240</sup>

1ª Es un modelo de estricta legalidad, y en el plano jurídico es un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos.

2ª Propuesta teórica central sobre la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos (tendencialmente garantistas) y prácticas operativas (tendencialmente anti-garantistas) interpretándola mediante la antinomia que subsiste ente validez (e inefectividad) de los primeros y efectividad (e invalidez) de las segundas.

3ª Filosofía política que sujeta al derecho y al Estado a la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía es su finalidad. Esto asume un punto de vista únicamente externo a los fines de legitimación y deslegitimación ético-política del derecho y del Estado.

El mismo autor sintetiza tales acepciones de la siguiente manera:

Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del garantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez.<sup>241</sup>

<sup>239</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 238, p. 856.

<sup>240</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 238, pp. 851 a 853.

Nuestros comentarios a las ideas expuestas son los siguientes:

Respecto a las diversas acepciones de “garantismo”, el concepto de validez jurídica del autor citado se relaciona de manera integral sólo con la primera. En la segunda acepción se utiliza en oposición a la efectividad de las prácticas operativas, con un sentido de sociología jurídica. En la tercera, consideramos que ya no se trata de la validez jurídica sino del plano de la legitimación u obligatoriedad moral, porque si se trata de la justificación externa del Derecho y del Estado en su conjunto, no cabe hablar de validez como coherencia con la normatividad superior sustantiva.

En relación a la diferencia indicada entre vigencia (como legalidad de procedimiento y fuente, validez formal o legalidad en sentido lato) y validez (como legalidad de contenido —especialmente en relación con los derechos constitucionales—, validez sustancial o legalidad en sentido estricto), podemos indicar que Ferrajoli traduce la vigencia a la coherencia con la normatividad superior adjetiva y orgánica, y reduce la validez a la coherencia con la normatividad superior sustantiva.

El inconveniente de la idea de vigencia indicada consiste en que no es aplicable en situaciones en que usualmente los órganos y sujetos de derecho consideran que una norma de derecho se encuentra vigente. Así, si entendemos por vigencia la fuerza obligatoria de una norma de derecho, tenemos el ejemplo de una ley federal mexicana, que puede ser publicada en el Diario Oficial de la Federación y cumplir con el tiempo indicado para su entrada en vigor, aunque tal ley haya infringido el procedimiento de su creación al desacatar alguno de los aspectos del artículo 72 constitucional.

---

<sup>241</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 238, p. 854.

Para Ferrajoli, tal ley no se encontraría vigente, pero para nuestro derecho sí.

Lo inadecuado de la idea de validez señalada es que si no toma en cuenta, además, las condiciones y plazos de impugnación de una norma incoherente con la superior, carece de toda consecuencia jurídica distinguir entre norma válida e inválida. Desde el punto de vista de tales consecuencias, tampoco se justifica excluir del concepto de validez a la coherencia con la normatividad que establece el procedimiento y el órgano de creación, que para Ferrajoli es la “validez formal” o “vigencia”.

Independientemente de lo anterior, y de que el concepto de validez propuesto en este trabajo doctoral se limita únicamente a lo teórico-jurídico, el sentido del garantismo del Ferrajoli nos parece sumamente interesante porque de considerarse seriamente en la política legislativa mexicana como un postulado a seguir, seguramente el sistema jurídico, la administración pública, y la procuración e impartición de justicia de nuestro país, reducirían visiblemente las acostumbradas violaciones a los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución. Para Ferrajoli, su modelo es útil para medir

la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de garantías— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.<sup>242</sup>

---

<sup>242</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 238, p. 852.

## CONCLUSIONES

PRIMERA. En virtud de que la teoría selecciona y ordena los mismos hechos con los cuales debe ser confrontada para valorar su carácter empírico-científico; de que todo enunciado en la ciencia, incluso los básicos o de observación, también deben ser susceptibles de contraste empírico; de que el objeto de la ciencia social jurídica de carácter normativista es fundamentalmente lingüístico y de que posee una intención humana de significado propio, al igual que la misma teoría, concluyo que los hechos, para la ciencia del derecho, más que descubrirse, dependen en su determinación en gran parte del bagaje conceptual, formación académica y profesional, así como del marco valorativo de quien los aprecia. Por lo tanto, dentro de la disciplina jurídica se reduce el carácter conclusivo del útil esquema falsacionista de Popper, del cual se mantiene la directiva de no verificación de enunciados generales y su concepto de objetividad. Así, lo que justifica principalmente la elección de conceptos teórico jurídicos no es que unos se refuten empíricamente y otros no, sino cómo contribuyen a la —mayor o menor— aproximación a las cualidades axiomáticas de una teoría, a la precisión semántica y a la aptitud explicativa del objeto.

SEGUNDA. Las diversas corrientes del derecho natural, el positivismo ideológico, la dogmática jurídica y el realismo jurídico no se adecuan de manera suficiente a los requerimientos metodológicos determinados para este trabajo. La única corriente teórico jurídica que se adapta a ellos, es el denominado positivismo metodológico o conceptual. Para tal corriente el concepto de derecho debe determinarse sólo descriptiva o fácticamente, por oposición a hacerlo de manera valorativa. Lo anterior permite la contrastación empírica y hace posible la construcción de una estructura



teórica propia, es decir, aquella que no se duplica con las teorías de otras ciencias sociales.

TERCERA. Se concluye que los elementos significativos de validez dentro de la lexicografía común: “ fuerza de obligar” y “ tener efectos” , se relacionan con algunas de las acepciones teórico jurídicas determinadas y valoradas en este trabajo y con ello estas últimas tienen mayor solidez conceptual. Los sentidos de validez dentro de la filosofía de la ciencia: deducibilidad de los teoremas a partir de los axiomas, y de la lógica: tautología de las inferencias y de cualquier otra expresión lógica, se vinculan con la acepción teórico jurídica de validez relativa a la coherencia entre enunciados. Especialmente, el primer concepto tiene analogía con la coherencia entre normas de distinto nivel.

CUARTA. Del análisis de las características de diversas tesis dentro de la filosofía tradicional del derecho, se concluye que el concepto de validez se vincula fundamentalmente con la obligatoriedad moral de lo considerado como esencia de lo jurídico, y esto desborda el ámbito de la ciencia del derecho.

QUINTA. Del estudio de los conceptos que la dogmática jurídica, con su gran tradición, ha elaborado sobre validez, se concluye que las explicaciones como “ ausencia de vicios en el acto jurídico” , “ la existencia perfecta del acto” y “ la existencia plenamente desarrollada del acto” , padecen de subjetivismo y vaguedad. Defectos conceptuales que no fue posible reducir a pesar de un intento extenso por aclarar los conceptos relacionados.

SEXTA. Se concluye que carecen de justificación sólida las críticas de Ross y Nino de que Kelsen recomienda implícitamente el acatamiento moral al derecho. La razón es que la noción kelseniana de validez como existencia normativa es sólo una forma posible de percibir al mundo por el sujeto

gnoseológico correspondiente, y quien prescribe moralmente una conducta no acepta que su visión moral sólo sea una posibilidad gnoseológica. También porque son distintas las funciones lingüísticas a las formas gramaticales o lógicas. De ahí que las reglas de derecho, como juicios del deber ser, tienen una función que describe el deber ser de las normas jurídicas y éstas, como juicios del deber ser, tienen como función determinar lo que debe hacerse. Si el hecho de describir una norma jurídica significa necesariamente el sujetarnos moralmente a ella, entonces no ha existido ni existirá ningún jurista que no sea dogmático.

SÉPTIMA. Del análisis de la teoría pura del derecho, se concluye que el concepto de validez en Kelsen es ambiguo: como pertenencia y como obligatoriedad —o existencia normativa. Esto provoca confusión, y aunque las dos nociones se encuentran relacionadas deben diferenciarse. La norma fundante de Kelsen es defendible, a pesar de todo, entendiéndola como el principio de imputación o fundamento gnoseológico de la obligatoriedad normativa constitucional y, por tanto, de todas las normas subordinadas. Lo anterior tiene analogía con el principio de causalidad como fundamento gnoseológico de las relaciones de causa y efecto en el mundo físico. El error de Kelsen consistió en no haber hecho la separación explícita entre un tema de epistemología jurídica, como es el principio de imputación, y los temas propios de teoría del derecho.

OCTAVA. De acuerdo con Nino, el problema de la validez se presenta tan complejo y escurridizo que parece no poder resolverse con una simple definición adicional a las muchas que ya se han formulado. Esto implica que todos los autores tienen algo de razón, pero no serían conscientes de que sus diversos conceptos sólo son parte de un único gran significado de validez y de que lo único que ellos hacen son combinaciones posibles de focos de significado no autónomos entre sí. Concluimos que lo anterior es

impreciso, porque la diversidad de sentidos de un concepto teórico jurídico y la relación entre todos ellos, no son exclusivas de la validez, también ocurre en el caso del concepto de derecho, por ejemplo. El origen de tal confusión no se encuentra en la variedad de combinaciones posibles de los focos de significado sino, precisamente, en la diversidad de sentidos, producto de diferentes teorías presupuestas o conscientemente aplicadas, o resultado de la ambigüedad de conceptos de una teoría defectuosa. La cuestión importante no es mostrar únicamente que existen diversas teorías y significados, sino que existen mejores y peores teorías y significados.

NOVENA. La concepción de la validez como existencia normativa padece el defecto axiomático de la dependencia. La razón consiste en que la existencia de una norma no es otra cosa que la misma norma, y afirmar que la validez se define como la citada existencia no es más que identificar validez con norma. Así, carece de sentido calificar a un precepto jurídico como válido, puesto que todos lo son. Si se tiene que decidir entre norma y validez, para evitar la redundancia conceptual es mejor decidirse por la primera, puesto que tiene más importancia teórica por su alcance y objetividad.

DÉCIMA. Definir la validez como obligatoriedad moral de la norma jurídica es ubicarse fuera de la teoría del derecho, porque tal conducta no explica al fenómeno jurídico sino que se refiere a algo exterior a él: la obligación moral de acatarlo. Cuando el mismo científico moraliza, deja de ser científico y se convierte en político o predicador, especialmente si él crea la norma moral que funda un juicio de valor acerca del derecho. La razón es que cambia la labor de conocimiento por la labor de persuasión y sustituye la función lingüística descriptiva de sus enunciados por la prescriptiva o emotiva. Sin embargo, dentro del campo de la crítica jurídica

y de la política legislativa metódicamente desarrolladas, la argumentación moral entendida como ética racional no solo es aceptable sino necesaria.

DÉCIMA PRIMERA. La concepción de la validez como obligatoriedad jurídica de obedecer a una norma carece de capacidad explicativa del fenómeno jurídico, porque si la norma de derecho a la que se obliga acatar ya tiene por sí misma su aptitud para obligar, no se agrega nada con otra obligatoriedad jurídica adicional. Esto es así en cualquiera de las situaciones en que podría presentarse: una norma prevé la sanción para el incumplimiento de otra y una norma superior obliga acatar a la inferior previendo sanciones o no para la infracción de la última.

DÉCIMA SEGUNDA. La concepción de la validez como creación normativa autorizada se traduce en la coherencia con la normatividad superior. Su problema consiste en que reducir validez a tal coherencia es formular una definición parcial, es decir, no equivalente a lo que se quiere definir, porque describe el supuesto de la validez pero no lo más importante que es la consecuencia.

DÉCIMA TERCERA. La concepción de la validez como pertenencia normativa parece identificarse con la coherencia del orden jurídico. Sin embargo, no es así porque existen normas pertenecientes al sistema que no son coherentes con la normatividad superior. Aunque es deseable que un orden de derecho se integre de normas coherentes entre sí, no siempre sucede ni mucho menos. Debe distinguirse entre la pertenencia en relación a un determinado sistema y en relación a cualquiera. En el primer caso, la no pertenencia se refiere a ese sistema en particular y, en el segundo, significa la independencia de cualquier sistema; lo primero se ubica en los rasgos posibles de una norma jurídica y lo segundo, en los rasgos necesarios puesto que una norma de derecho no puede existir aisladamente.

Definir validez como pertenencia es comprender más elementos de los que pueden ubicarse en la semántica de validez.

DÉCIMA CUARTA. La eficacia normativa significa fundamentalmente acatamiento, el cual no puede ubicarse solamente en el mundo empírico-causal porque no integra una relación de causa y efecto entre el derecho y la conducta correspondiente: puede no existir causalidad y sí existir acatamiento. La eficacia jurídica se determina a través de una comprensión del lenguaje del derecho y de cierta conducta en coherencia con él. Se confunde en ocasiones validez con eficacia, porque se identifica validez con norma (o existencia normativa). Esto sucede en virtud de que la noción de eficacia es alguno de los elementos constitutivos del fenómeno normativo entendido en su concepción expresiva o pragmática. Explicar validez sólo con eficacia tanto de una norma determinada como de un sistema jurídico, es explicar otro concepto distinto al que corresponde a la semántica de validez de acuerdo a un criterio de completitud teórica.

DÉCIMA QUINTA. Es incorrecta la concepción de que la ley como una función proposicional sólo es válida si es útil como modelo para construir sentencias eficaces. La razón consiste en que si las leyes cumplen con su función lingüística directiva, entonces no pueden ser funciones proposicionales. Éstas son estructuras con variables independientes y sin cuantificadores universales o existenciales, que pueden significar cualquier cosa y, por tanto, están imposibilitadas para cumplir con alguna función lingüística o de comunicación. Además, tal concepción se reduce en realidad a la eficacia de las sentencias y deja indeterminadas las cuestiones sobre la eficacia sobre normas distintas de las sentencias y sobre la validez de normas diversas de las leyes.

DÉCIMA SEXTA. La concepción de validez como tener efectos jurídicos parece vincularse con las tesis de la dogmática civilista, pero se

trata de una idea distinta porque la dogmática indicada no relaciona validez con las consecuencias o efectos de derecho, sino con la ausencia de vicios y otros requisitos, o con la existencia plenamente desarrollada de los actos jurídicos. Además en el derecho civil los actos inválidos pueden surtir efectos mientras no los declare nulos una resolución judicial. El defecto de la citada concepción es la falta de determinación precisa del sentido de efectos jurídicos.

DÉCIMA SÉPTIMA. El concepto de validez jurídica propuesto en esta tesis doctoral consiste en que una norma de derecho es válida si dentro del sistema al que pertenece existe la obligación de su inimpugnabilidad o de que tal norma permanezca obligatoria aunque sea impugnada. En otras palabras, validez jurídica es la prohibición de impugnar una norma o de afectar su obligatoriedad aunque sea impugnada. Así, el origen de la validez no se encuentra en la misma norma válida sino en la norma prohibitiva correspondiente. A ésta se le puede denominar "norma validante" y es la que otorga validez a la norma protegida por aquélla. Tal concepto tiene ventajas, principalmente axiomáticas, sobre las otras concepciones de validez.

DÉCIMA OCTAVA. Existe la tesis de que la validez de la Constitución, entendida como su legitimidad, depende de los valores contenidos en la Ley Suprema, y como tales valores son definidos en su alcance y función particularmente por los jueces constitucionales, entonces la validez constitucional depende de la interpretación judicial de los mencionados valores. En esta idea se confunde, dentro de su propio esquema, a los valores contenido de la Constitución que son la circunstancia condicionante de la legitimidad, con la propia legitimidad u obligatoriedad constitucional que es el efecto condicionado de los valores. También en tal esquema se oculta el relativismo y falta de mensurabilidad de los valores socialmente

relevantes —como fundamento de legitimidad— con la supuesta dictadura de los tribunales.

DÉCIMA NOVENA. Existe la tesis de que cuando una Constitución tiene una fuente revolucionaria, su fundamento de validez o legitimidad reside en el propósito de nuevo derecho que sirvió de instrumento motivador a la revolución correspondiente. Además de que tal tesis tiene un sentido político más que científico, porque su orientación es más persuasiva que explicativa de los hechos, con su esquema resultaría que la Constitución Mexicana carece de validez, porque surgió de una revolución cuya idea motriz original no fue el implantar una nueva Constitución sino acatar la anterior.

VIGÉSIMA. Uno de los argumentos más emotivos para justificar la validez constitucional es el relativo a la soberanía. El cual tiene la siguiente forma entre otras: una Constitución es válida porque fue creada por el órgano constituyente, que es expresión de la soberanía de un pueblo conformado por seres humanos libres e iguales. La doctrina en general caracteriza a la soberanía con la conjunción de los elementos siguientes: no sujeción a autoridad alguna, competencia para crear leyes y fuente de legitimidad o justificabilidad moral de la normatividad correspondiente. Independientemente de la falta de solidez explicativa del argumento citado sobre el fenómeno constitucional, como se demostró en este estudio, el concepto de soberanía de la doctrina no corresponde con el uso que da la propia Constitución a la palabra en diversos preceptos.

VIGÉSIMA PRIMERA. El problema de la tesis de que una Constitución es válida si existe un sistema jurídico eficaz que se fundamente en ella, radica en que desaparece la importancia de la Constitución como fuente de validez dado que las leyes son válidas si, en última instancia, ellas son eficaces. También es problema, siguiendo el mismo sentido, que la validez

de las leyes dependa de la eficacia de su normatividad subordinada, porque todo se reduce entonces a que las normas particulares de ejecución sean eficaces, e igualmente el papel de la Constitución permanece oculto.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Existe la tesis de que el fundamento de validez de la Constitución Mexicana de 1917 se encuentra en normas jurídicas positivas anteriores que conforman un orden jurídico revolucionario: el Decreto de 19 de septiembre de 1916 que convoca al Congreso Constituyente, la Ley Electoral de la misma fecha, todo lo cual tiene su fundamento en el artículo 4º reformado de las adiciones al Plan de Guadalupe de 12 de diciembre de 1914, éste en el Plan de Guadalupe original, y este último en el Decreto 1421 del XXII Congreso Constitucional del Estado de Coahuila. El problema con tal tesis es que si las normas anteriores son positivas y fundan la validez de la Constitución Mexicana, entonces se podría entender que son ellas y no la última la base normativa jurídica de nuestro sistema, lo cual es inaceptable.

VIGÉSIMA TERCERA. De las tesis expuestas sobre la validez de la Constitución, entendida como legitimidad, la idea de la autoridad constitucional es la más consistente, y dentro del terreno metódico de la crítica y política jurídicas —solamente— es la única aceptable. Para esta tesis la Constitución debe ser obedecida por las autoridades estatales porque es la única manera en que su actuación sea racional. La racionalidad de un comportamiento depende de la justificación en un universo de discurso explícita y objetivamente determinado. En el mundo del derecho, tal universo es la Constitución como conjunto de razones objetivas para justificar una decisión de autoridad. Dentro de una ética racional, la premisa inicial que justifica lo anterior es la siguiente: “ es bueno que las autoridades se conduzcan racionalmente ” .



VIGÉSIMA CUARTA. Con el concepto propuesto en esta tesis doctoral, nuestra Constitución tiene su fundamento de validez, es decir, tiene su normatividad validante en el derecho internacional, pero únicamente en aquellas materias que competan a éste último como son el derecho marítimo, derecho del espacio exterior, derechos mínimos de los extranjeros, etc. De esta manera, los artículos 42, fracciones V y VI, 27, quinto párrafo, constitucionales son válidos en virtud de las normas validantes respectivas del derecho internacional. En cambio, el artículo 27, octavo párrafo, de la Constitución es inválido porque no existe norma validante internacional que prohíba afectar su obligatoriedad en caso de que aplicar tal precepto sea la causa de conflicto con un Estado extranjero y se impugne internacionalmente la citada aplicación. En las materias en las que no exista competencia propia del derecho internacional, no tiene objeto calificar de válidas o inválidas a las normas constitucionales porque carece de sentido el tema de su impugnación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nicola (1985), *Diccionario de filosofía*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica.
- ALEXI, Robert (1989), *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ARISTÓTELES (1967), *Obras completas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- AYER, A. J. (1986), *El positivismo lógico*, México, Fondo de Cultura Económica.
- BERGMANN, Gustav (1971), *Filosofía de la ciencia*, Madrid, Editorial Tecnos.
- BODENHEIMER, Edgar (1983), *Teoría del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- BONIFAZ ALFONSO, Leticia (1993), *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa.
- BULYGIN, Eugenio (1961), *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- \_\_\_\_\_ (1991), "Tiempo y validez", *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BUNGE, Mario (1980), *La investigación científica*, 7ª ed., Barcelona, Ariel.
- CARPIZO, Jorge (1983), "La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional", *Boletín mexicano de derecho comparado*, año XVI, No. 46, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ene-abril.

- COPI, Irving (1986), *Lógica simbólica*, México, Compañía Editorial Continental.
- COPI, Irving y COHEN, Carl (1995), *Introducción a la lógica*, México, Limusa.
- COROMINAS, Juan (1974), *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos.
- DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael (1996), *Diccionario de derecho*, 23ª ed., México, Porrúa.
- DE VEGA, Pedro (1988), "En torno a la legitimidad constitucional", *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio*, Tomo I, Derecho constitucional, México, UNAM.
- FARRELL, Martín Diego (1972), *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, Astrea.
- FERRAJOLI, Luigi (2001), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed. Madrid, Trotta.
- FEYERABEND, Paul (1993), *Tratado contra el método*, México, Rei.
- FINGERMAN, Gregorio (1983), *Lógica y teoría del conocimiento*, 31ª ed., México, El Ateneo.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio (1976), *Derecho civil*, 2ª ed., México, Porrúa.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (1975), *Introducción al estudio del derecho*, 25ª ed., México, Porrúa.
- \_\_\_\_\_ (1968), *Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo*, México, UNAM.
- GUASTINI, Ricardo (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto (1991), *Derecho de las obligaciones*, 8ª ed., México, Porrúa.

- HABERMAS, Jürgen (1993), *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, México, Rei.
- HART, H. L. A. (1980), *El concepto de derecho*, 2ª ed., México, Editora Nacional.
- KALINOWSKI, Georges (1973), *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, EUDEBA.
- KELSEN, Hans (1980), *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional.
- \_\_\_\_\_ (1988), *Teoría general del derecho y el estado*, México, UNAM.
- \_\_\_\_\_ (1995), *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa.
- KELSEN, Hans y KLUG, Ulrich (1988), *Normas jurídicas y análisis lógico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- MENDONÇA, Daniel (1995), *Exploraciones normativas*, México, Distribuciones Fontamara.
- NAVARRO, Pablo (1996), "Validez y eficacia de las normas jurídicas", *El derecho y la justicia, Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, T. II.
- NINO, Carlos Santiago (1995), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, UNAM.
- \_\_\_\_\_ (1983), *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel.
- \_\_\_\_\_ (1985), *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- PÉREZ CARRILLO (1993), Agustín, "Autoridad de la Constitución", *Alegatos*, no. 23, México, UAM Atzacapotzalco, Departamento de Derecho.
- \_\_\_\_\_ (1990), *Estado de derecho, crisis y renovación*, Hermosillo, Universidad de Hermosillo.

- \_\_\_\_\_ (1982), *Introducción al estudio del derecho*, México, Textos Universitarios.
- \_\_\_\_\_ (1975), "La interpretación constitucional", en *La interpretación constitucional*, México, UNAM.
- PLATÓN (1967), *Obras completas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- POPPER, Karl (1982), *Conocimiento objetivo*, 2ª ed., Madrid, Tecnos.
- \_\_\_\_\_ (1979), *El desarrollo del conocimiento científico, conjeturas y refutaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, Paidós.
- \_\_\_\_\_ (1993), *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos.
- POPPER, Karl et al (1978), *La lógica de las ciencias sociales*, México, Grijalvo.
- PORTA, Miguel (1983), *El positivismo lógico*, Barcelona, Montesinos.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael (1984), *Lecciones de filosofía del derecho*, México, UNAM.
- QUINE, Willard (1981), *Los métodos de la lógica*, Barcelona, Ariel.
- RAZ, Joseph (1985), *La autoridad del derecho*, 2ª ed., México, UNAM.
- RECASÉNS SICHES, Luis (1978), *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed., México, Porrúa.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael (1974), *Compendio de derecho civil*, Tomo I, 10ª ed., México, Editorial Porrúa.
- ROSS, Alf (1991), *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Distribuciones Fontamara.
- \_\_\_\_\_ (1971), *Lógica de las normas*, Madrid, Tecnos.
- \_\_\_\_\_ (1997), *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed., Buenos Aires, EUDEBA.

- SAYEG HELÚ, Jorge (1987), *Instituciones de derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto (1991), *Derecho internacional público*, 13<sup>a</sup> ed., México, Editorial Porrúa.
- SEPÚLVEDA, César (1976), *Derecho internacional público*, México, Porrúa.
- SCHMILL, Ulises (1971), *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Textos Universitarios.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando (1989), *Introducción al estudio de la Constitución*, 3<sup>a</sup> ed., México, UNAM.
- \_\_\_\_\_ (1988), *La ciencia jurídica y su carácter empírico*, México, UNAM.
- TARSKI, Alfred (1972), *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.
- TENA RAMÍREZ, Felipe (2000), *Derecho constitucional mexicano*, 33<sup>a</sup> ed., México, Porrúa.
- VERNENGO, Roberto (1986), *Curso de teoría general del derecho*, Buenos Aires, Depalma.
- VILLORO, Luis (1984), *Crear, saber, conocer*, 2<sup>a</sup> ed., México, Siglo Veintiuno Editores.