



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**UNA TEORÍA DINÁMICA DE LA VALIDEZ
JURÍDICA**

TESIS

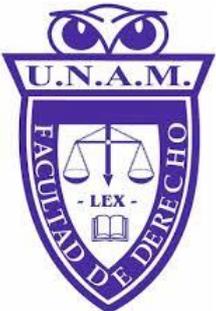
Que para obtener el título de
Licenciado en Derecho

P R E S E N T A

Alan Soto Cristóbal

DIRECTOR DE TESIS

Mtro. Salvador Enrique Rodríguez Trujano



Ciudad Universitaria, Cd. Mx., 2020



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.



SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

OFICIO NO. SFD/30/08/2020

ASUNTO: Aprobación de tesis

**MTRA. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECTORA GENERAL.
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR.
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
P R E S E N T E**

Distinguida Directora:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, **C. ALAN SOTO CRISTOBAL**, con número de cuenta 312089920, bajo la dirección del Mtro. Salvador Enrique Rodríguez Trujano, denominada **"UNA TEORÍA DINÁMICA DE LA VALIDEZ JURÍDICA"**, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, D. F., a 9 de agosto de 2020

**DRA. SOCORRO APREZA SALGADO
DIRECTORA**

Dedicada a Leticia Cristóbal Osorio
y Gabriel Soto Arellano, por su
extraordinaria calidad humana.
*“...versus amor, nullus novit haber
modum”*

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a su Facultad de Derecho, gracias por acogerme en sus aulas y darme la oportunidad de formarme en la ciencia jurídica.

Al pueblo mexicano, gracias por haber financiado mi educación superior. En un futuro muy próximo espero retribuirles con esfuerzo y trabajo.

A Salvador Enrique Rodríguez Trujano, gracias por introducirme en los temas de filosofía en general y teoría jurídica. Sin tus enseñanzas, paciencia y vocación de maestro quien sabe donde estaría.

A mis padres, gracias por su amor incondicional. El apoyo, cariño y confianza que me han brindado son la base de nuestros éxitos.

A Leticia Cristóbal Osorio, gracias por estar ahí siempre. Eres la mujer más fuerte e íntegra que conozco. Sin tu respaldo nada de esto sería posible.

A Gabriel Soto Arellano, gracias por ser mi primer maestro. Eres el hombre más inteligente y trabajador que conozco. Tú me has enseñado que el éxito es alcanzable, sin importar las condiciones.

A Gabriel Soto Cristóbal, gracias por tu compañía y amor. Sin tus consejos y apoyo no sería el hombre que soy ahora. Eres incondicional.

A Paloma Soto Cristóbal, gracias por apoyarme en los momentos más difíciles. Eres un ejemplo para mí.

A Denisse Ivonne Monjaraz Romero, gracias por escucharme todo el tiempo. Aun cuando no te gusta hacerlo. Muchas de las reflexiones vertidas en este trabajo nacieron de nuestras pláticas.

A mis mejores amigos: Roberto, Juan Pablo, Jorge, Arturo, Daniel, Manuel, Angélica, Agustín, Alejandro, Luis, Ares y Miroslava. Su amistad y compañía son soportes fundamentales para mi vida.

Índice

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO	3
EL CONTEXTO DE LA VALIDEZ EN LA TEORÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA	3
I. TEORÍAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS	3
1. Teoría de la validez jurídica de Hans Kelsen	3
A. Acontecimiento fáctico externo	3
B. Significación normativa	4
C. Acto de voluntad	4
D. Sentido subjetivo	5
E. Sentido objetivo	6
F. Función de las normas jurídicas	6
G. Dualismos entre ser y deber ser	8
a. Diferencia entre deber y querer	8
b. Actos de voluntad y normas	8
c. La abstracción de las normas jurídicas	8
H. Validez jurídica	9
I. Ámbitos de validez jurídica	10
a. Validez temporal	10
b. Validez espacial	11
c. Validez personal	12
d. Validez material	12
2. Teoría de la validez jurídica de H.L.A. Hart	13
A. Diferencia entre verse obligado y tener una obligación	13
B. Existencia de las reglas	14
C. Derecho primitivo y sus defectos	15
a. Falta de certeza	16
b. Carácter estático de las reglas	16
c. Ineficiencia de la presión social	16
D. Reglas secundarias	16
a. Regla de Reconocimiento	17
b. Regla de Cambio	18
c. Regla de Adjudicación	18
E. Consideraciones en torno a la regla de reconocimiento y la validez jurídica	18
F. Validez de la regla de reconocimiento	19
G. Existencia de la norma como su validez y/o eficacia	20
3. Teoría de la validez jurídica de Gustav Radbruch	20
A. Diferencias entre querer y deber	20
B. Incapacidad de la ciencia jurídica	21
C. Relación entre derecho y moral	22
a. La moral como fundamento de los deberes	22
b. La moral como fin del Derecho	23
D. Los valores del Derecho	23
a. Seguridad jurídica	23
b. Justicia	25
c. Bien común	25
E. Derecho suprallegal	26
F. Fórmula Radbruch	27
G. La validez del Derecho	28

4. Teoría de la validez jurídica de Alf Ross _____	30
A. La definición del Derecho _____	30
B. Tipos de normas jurídicas _____	30
a. Normas de conducta _____	30
b. Normas de competencia _____	31
C. La vigencia del orden jurídico _____	31
D. El Derecho en acción _____	32
E. Elementos de la vigencia _____	33
F. Procedimiento de verificación _____	34
G. Crítica a la idea de validez _____	34
H. Validez jurídica para Ross _____	35
a. Función interna _____	35
b. Función externa _____	36
c. Función ética _____	36
II. CRÍTICAS Y APORTACIONES A LA TEORÍA DE LA VALIDEZ JURÍDICA DE Kelsen ____	38
1. Gregorio Robles Morchón _____	39
A. El problema de la interpretación _____	39
B. Las decisiones jurídicas _____	40
C. El problema de la norma fundamental _____	41
D. El significado de norma jurídica _____	41
E. Relación entre validez y eficacia _____	42
2. Eduardo García Máynez _____	42
A. El problema de la norma fundamental _____	43
B. La validez del Derecho _____	43
C. Criterios formales de validez _____	44
3. Ángeles Ródenas Calatayud _____	45
4. José Delgado Pinto _____	45
A. Principios morales como criterios de validez jurídica _____	45
B. Elementos extrajurídicos como condiciones de validez jurídica _____	46
5. Alf Ross _____	47
A. La obligatoriedad del Derecho como deber moral _____	47
B. Relación entre validez y eficacia _____	48
CAPÍTULO SEGUNDO _____	50
CONDICIONES Y PRESUPUESTOS CONCEPTUALES DE LA VALIDEZ JURÍDICA ____	50
I. ASPECTOS MORALES Y SOCIALES COMO CONDICIONES DE VALIDEZ JURÍDICA ____	50
1. Validez y moral _____	50
A. La moral como criterio material de validez jurídica _____	51
2. Relativismo moral _____	51
3. Transición de una interpretación moral a una jurídica _____	52
4. Separación conceptual entre moral y Derecho _____	54
A. Tesis de Kelsen _____	54
B. Tesis de Squella _____	54
5. Validez y eficacia _____	56
6. ¿Derecho eficaz? _____	56
7. Relación entre validez y eficacia _____	57
8. La lógica de la eficacia normativa _____	59
9. Problemas temporales entre validez y eficacia _____	60
10. Eficacia y naturaleza _____	61
II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA NOMODINÁMICA _____	62
1. Facultamiento _____	62
2. Función orgánica _____	64
3. Órgano jurídico _____	64
4. Delimitación conceptual del facultamiento, función orgánica y órgano jurídico _____	65

A. Facultamiento	66
B. Función orgánica	67
C. Órgano jurídico	68
5. Criterios de validez	69
A. Criterios orgánicos	70
B. Criterios procedimentales	72
C. Criterios materiales	74
6. Cadenas de validez	78
CAPÍTULO TERCERO	82
¿CÓMO SE ORIGINAN LAS NORMAS JURÍDICAS?	82
I. PRODUCCIÓN NORMATIVA	82
1. Creación	82
2. Aplicación	83
A. Aplicación normativa	83
B. Diferencia entre creación y aplicación normativa	86
C. Aplicación fáctica	87
3. Ejecución	88
4. Interpretación	90
A. Tipos de interpretación	92
B. Métodos de interpretación	94
C. Validez de la interpretación	96
D. Relación con etapas normativas	99
E. Interpretación dinámica	100
II. ESTRUCTURA DEL DERECHO	101
1. Constitución	102
2. Legislación y costumbre	103
A. Leyes	103
B. Normas consuetudinarias	103
3. Reglamentos	104
4. Actos jurídicos	105
A. Facultad de producción contractual	106
B. Facultad de impugnación contractual	107
5. Sentencias	107
A. Actividad jurisdiccional	108
B. Jueces creadores de Derecho	109
C. Precedentes	110
D. Proyección normativa	111
CAPÍTULO CUARTO	112
ANULACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS Y PROBLEMAS EN LA PRODUCCIÓN DE DERECHO	112
I. MECANISMOS DE ANULABILIDAD	112
1. ¿Qué es la anulación normativa?	113
2. Normas derogatorias	113
A. Características y funciones	113
B. Tipos de derogación	114
C. Formas de las normas derogatorias	115
3. Jerarquía de las normas derogatorias	117
4. Validez absoluta y provisional	117
5. Nulidad y anulabilidad	118
6. Cosa juzgada	120
7. Anulación de etapas normativas	122

A. Creación	122
B. Aplicación	122
a. Aplicación normativa	122
b. Aplicación fáctica voluntaria	122
C. Ejecución	123
D. Interpretación	123
II. PROBLEMAS EN TORNO A LA DINÁMICA JURÍDICA	124
1. Interpretación	125
A. Indeterminación	125
a. Indeterminación intencional	126
b. Indeterminación inintencional	126
B. Ambigüedad	127
a. Ambigüedad normativa	127
b. Ambigüedad de la voluntad	128
2. Antinomias	129
A. Tipos de contradicciones normativas	131
a. Contradicción de mismo grado	131
b. Contradicción de diferente grado	132
B. Tipos de soluciones	133
a. Solución específica para el primer tipo de antinomia	133
b. Primera solución específica para el segundo tipo de antinomia	134
c. Segunda solución específica para el segundo tipo de antinomia	136
C. Críticas de Schmill	138
a. Crítica de la tautología	138
b. Crítica de la no positividad	140
c. Crítica de la hipertrofia	141
D. La derogación como remedio general ante las antinomias	141
3. Lagunas jurídicas	142
A. Tipos de lagunas	143
B. Críticas de Kelsen	143
a. Inexistencia de lagunas normativas	143
b. Lagunas normativas como ficción jurídica	144
CONCLUSIONES	147
REFERENCIAS	149
I. BIBLIOGRAFÍA	149
II. CIBERGRAFÍA	153
III. NORMATIVIDAD	154
1. Leyes	155
2. Reglamentos	155
3. Decisiones jurisdiccionales	155
APÉNDICE. Aplicación práctica de la teoría dinámica de la validez jurídica	I
I. DESCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA	I
1. Hechos en los que consiste el caso	I
2. Pretensiones de las partes	II
3. El problema jurídico	III
4. Decisión del problema	III
5. Fundamentos de la decisión	IV
A. Finalidad de la limitación	IV
B. Idoneidad de la limitación	IV
C. Necesariedad de la limitación	V
D. Proporcionalidad de la limitación	V

II. CRÍTICA A PARTIR DE UNA TEORÍA DINÁMICA DE LA VALIDEZ JURÍDICA	VI
1. Interpretación auténtica	VI
2. Etapas normativas	VII
3. Creación de derechos	VII

INTRODUCCIÓN

En cualquier sistema jurídico existen criterios definidos que permiten calificar determinadas normas como pertenecientes o no a dichos sistemas. Cuando una norma es reconocida como parte integrante de un sistema jurídico en particular decimos que esa norma existe dentro del mundo del deber ser —que es una norma jurídica válida—, y en ese sentido, es obligatoria.

Los teóricos del Derecho¹ están divididos en cuanto a la naturaleza de tales criterios. Algunos postulan que su naturaleza es material, por lo que consideran que los criterios a tomar en cuenta para calificar a una norma como válida dependen de su contenido. Otros autores piensan que la naturaleza de los criterios es formal o procedimental, por lo que consideran que los criterios para calificar a una norma como válida dependen de la forma en que fue creada. Esto ha generado que no exista uniformidad acerca del significado y alcance, así como de las consecuencias prácticas, de la categoría de validez jurídica.

La tesis aquí defendida es que la naturaleza de los criterios para determinar la validez de una norma jurídica es dual. Esto es, que tanto la forma como el contenido de la norma pueden tener (dependiendo de cada sistema jurídico) la misma relevancia para calificar su pertenencia en el sistema de deber ser.

Ahora bien, en términos generales, a través de la validez jurídica los juristas podemos reconocer lo que es Derecho, delimitando con precisión nuestro objeto de estudio. Conocer la naturaleza y funcionamiento de la validez constituye una herramienta para discernir entre el mundo de lo jurídico y de lo no jurídico. Por lo tanto, brindar uniformidad y clarificación conceptual al respecto es una empresa que amerita todos los esfuerzos posibles. Además, para los operadores jurídicos es fundamental conocer el funcionamiento de la validez jurídica. Regularmente, sólo pocos integrantes de la sociedad son facultados por el Derecho para crear y aplicar normas jurídicas (sin olvidar el hecho de que los ciudadanos también pueden crear normas jurídicas en el ámbito de sus facultades). Por ello, es conveniente conocer: cuándo una norma jurídica es válida, cómo calificar una norma cuando se sospecha que no es acorde con normas jurídicas superiores, los mecanismos para invalidar una norma jurídica presumiblemente inválida, etcétera.

Mi estudio incluirá dos enfoques distintos, aunque complementarios, sobre la validez jurídica: uno expositivo y otro propositivo. Así, en el Capítulo Primero, realizaré una

¹ En el presente trabajo de investigación utilizaré la palabra 'Derecho' «con D mayúscula» para referirme a un sistema de normas jurídicas. Por el contrario, utilizaré la palabra 'derecho' «con d minúscula» para referirme a uno de los posibles productos de las relaciones jurídicas. Esto es, al derecho subjetivo.

comparación entre el aparato conceptual que sobre la validez jurídica ha desarrollado el jurista austriaco Hans Kelsen y el de tres grandes autores de la teoría jurídica, que han sido denominados por los expertos como representantes de sus respectivas escuelas. Me refiero a Herbert Lionel Adolphus Hart (Positivismo Jurídico), Gustav Radbruch (Escuela del Derecho Natural) y Alf Ross (Realismo Jurídico Escandinavo).

Como explicaré en el momento oportuno, la teoría de Kelsen es la propuesta científica más conveniente para realizar un estudio de la validez jurídica desde una perspectiva dinámica. En ese sentido, también incluiré un apartado de comentarios y críticas que diferentes autores han realizado a la teoría kelseniana de la validez jurídica, mismas que han servido para repensar las tesis propuestas por Kelsen y, por lo tanto, han brindado claridad a la empresa conocida como Teoría Pura del Derecho.

Los siguientes capítulos constituyen el enfoque propositivo de mi trabajo de investigación, consistente en una aproximación conceptual propia para entender el fenómeno de la validez jurídica *en movimiento*.

En el Capítulo Segundo, estudiaré los conceptos fundamentales para explicar la nomodinámica, así como las condiciones de posibilidad de la validez jurídica. En sentido estricto, ambos rubros no forman parte de la validez normativa, sino que la hacen posible o son necesarios para entenderla.

En el Capítulo Tercero, intentaré ofrecer una teoría de la validez jurídica, que será pensada y estructurada a partir de una perspectiva dinámica —sirviéndome principalmente de la teoría jurídica kelseniana—. Tal teoría explicará cómo funciona la validez jurídica en el fenómeno de producción normativa; la relación entre la nomodinámica y la estructura jerárquica del Derecho; y los diferentes tipos de normas que es posible encontrar en un sistema jurídico.

En el Capítulo Cuarto, analizaré los mecanismos de anulabilidad con los que cuenta cualquier sistema jurídico; los tipos de problemas a los que nos enfrentamos en la producción de normas; y las soluciones que nos ofrece el concepto de validez jurídica ante estos problemas.

Por último, con ánimos de ejemplificar la utilidad de mi propuesta, anexaré un apéndice en el cual realizaré el estudio de un caso jurisdiccional resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), y analizaré si es posible entender más fácilmente el funcionamiento del Derecho a partir de una concepción dinámica de la validez de las normas jurídicas.

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTEXTO DE LA VALIDEZ EN LA TEORÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA

I. TEORÍAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

En el presente apartado estudiaré y analizaré los enfoques que han ofrecido autores destacados de la teoría del Derecho sobre el concepto de validez jurídica. Para ello, explicaré los conceptos más relevantes que, en sus teorías, permiten comprender el fenómeno de la validez jurídica.

Al final del apartado, elegiré una de las cuatro teorías de la validez jurídica expuestas; a fin de utilizarla como marco teórico en el desarrollo de una teoría dinámica de la validez jurídica. La fundamentación de mi elección será realizada en el momento oportuno.

1. *Teoría de la validez jurídica de Hans Kelsen*

En términos generales, la validez jurídica —desde una perspectiva kelseniana— significa la *existencia específica de una norma en el sistema jurídico*. A continuación, con el fin de comprender la propuesta kelseniana sobre la validez jurídica, expondré los conceptos fundamentales que permiten entender lo que es una norma jurídica, tales como: acontecimiento externo, significación normativa, sentido subjetivo y objetivo, etcétera. Posteriormente, utilizaré dichos conceptos para explicar el significado y alcance de la validez jurídica en la teoría kelseniana.

A. *Acontecimiento fáctico externo*

Desde la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* (Ginebra, 1934), Kelsen remarcaba la importancia de separar el estudio del Derecho de otras disciplinas; es decir, evitar el sincretismo metodológico y, en su lugar, adoptar la *pureza metódica*.

Sin embargo, era consciente de que el Derecho es parte de la naturaleza, un instrumento que se refiere a la realidad, a los hechos fácticos. En ese sentido, el Derecho “parece situarse, al menos en una parte de ser, en el ámbito de la naturaleza, y tener por

eso en parte una existencia completamente natural”.² No obstante, el Derecho no se agota en una realidad completamente natural. En cualquier regulación jurídica confluyen dos elementos que hacen de ésta un fenómeno normativo: elemento externo e interno.

El elemento externo, también denominado acontecimiento fáctico externo, es “un acto perceptible sensorialmente que se produce en el tiempo y en el espacio”.³ El Derecho consiste en la regulación de las conductas humanas; por ello, el acontecimiento fáctico o elemento externo de cualquier regulación jurídica consiste, o está relacionado, en conductas humanas.

B. Significación normativa

La significación específica del Derecho, o significación normativa, es el elemento interno presente en cualquier regulación jurídica.

Este elemento consiste en la significación específica normativa que la norma jurídica otorga a cualquier acontecimiento fáctico externo que sea relevante para el Derecho. Por ejemplo, el acontecimiento externo de la muerte humana puede significarse normativamente como algo jurídicamente prohibido, permitido u obligatorio.

Entre los acontecimientos externos y los significados normativos no existe una relación de necesidad; no existen significados normativos que sean inmanentes a los acontecimientos externos a que se refieren. Por el contrario, la relación entre ambos elementos depende, entre otros factores, de la voluntad de quien crea la norma jurídica.

Las normas jurídicas se expresan mediante un lenguaje, escrito u oral (sin olvidar la posibilidad de que sean expresadas mediante señales);⁴ al hacerlo pueden “proporcionar su propio sentido”⁵ o significación normativa. Considerando que todas las normas jurídicas comienzan con un acto de voluntad, es posible que éstas puedan comunicar su propia significación normativa; es decir, puede que la voluntad que origina la norma no solo tenga la intención de ordenar la conducta, sino también de explicitar que lo ordenado constituye un deber específico.

C. Acto de voluntad

² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de la 1ª. ed. de *Reine Rechtslehre* (1934) por Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011, p. 42.

³ *Ibidem*, p. 41.

⁴ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 139 y 140.

⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 2, p. 42.

Los seres humanos realizamos acciones día a día. Algunas de éstas son pensadas y ejecutadas sin dirigirse a otra persona más que a nosotros mismos. Sin embargo, existen acciones y pensamientos que están dirigidos hacia otras personas. Así, a través de nuestra conducta, expresamos al mundo exterior nuestra voluntad; en ocasiones, tenemos la intención de que nuestra voluntad sea un factor que influya en el comportamiento —propio y/o de los demás—, cuando éste es el caso estamos frente a un fenómeno normativo.

Los fenómenos normativos existen cuando los seres humanos pretenden ordenar el comportamiento a través de actos de voluntad. Que los actos de voluntad cuenten con un sentido normativo significa que intentan ordenar o dirigir la conducta humana. En suma, los actos de voluntad pueden constituirse en un deber para con los otros o para consigo mismo.

Por otra parte, no toda voluntad cuya intención sea dirigir el comportamiento humano puede considerarse como un verdadero deber, o deber objetivo; para alcanzar el estatus de objetividad es necesario distinguir entre el sentido subjetivo y objetivo de los actos de voluntad.⁶

D. *Sentido subjetivo*

La persona que intenta dirigir el comportamiento de otra enlaza un significado normativo a la conducta que ordena. Aquél que ordena puede ser considerado como el creador de la orden, de la norma. En este sentido, es útil recordar el concepto kelseniano de norma: “La norma es el sentido de un acto con el que se ordena o se permite y, especialmente, se faculta una conducta”.⁷ La norma no es lo mismo que el acto de voluntad. Las diferencias entre ambos conceptos serán revisadas en una sección posterior.

Ahora, es importante explicar por qué no todos los sentidos de actos de voluntad que pretenden ordenar la conducta humana pueden ser considerados como normas válidas u objetivas.

Las personas, al intentar ordenar el comportamiento de otros, subjetivamente enlazan una significación normativa a la conducta de terceros; este enlace, en principio, tiene como cimientos los deseos o determinaciones subjetivas de quien ordena. Por ello, afirmo que el sentido subjetivo es el aspecto arbitrario en que se funda cualquier norma, consistente en la expresión de significación normativa de una conducta sin alcanzar una objetividad por parte del Derecho. En otras palabras, es el carácter que tiene todo acto de

⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducido del original en alemán por Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg, Buenos Aires, Colihue, 2011, pp. 58-59.

⁷ *Ibidem*, p. 60.

voluntad intencionalmente dirigido a regular la conducta de otro por el mero hecho de tener esa intención.

Ese sentido subjetivo, además de estar fundado en la intención de quien lo ordena, puede encontrar respaldo en el Derecho. Cuando un sentido subjetivo tiene fundamento en el Derecho es considerado como una norma objetiva y válida. Sin embargo, no es necesario que todo sentido subjetivo sea respaldado por el ordenamiento jurídico: “Este sentido subjetivo puede coincidir con la significación que el acontecimiento puede tener por el lado del derecho, pero no es necesario que coincidan”.⁸

E. *Sentido objetivo*

El sentido objetivo es el fundamento que el ordenamiento jurídico otorga a los actos de voluntad intencionalmente dirigidos a regular la conducta humana. Sostener que los actos de voluntad, que en principio son subjetivos, pueden llegar a establecer deberes objetivos implica concebir al sistema de normas jurídicas como un parámetro de objetividad normativa.

Las normas jurídicas son un marco de referencia para todos los actos de voluntad que pretenden constituir deberes objetivos. Por ello, los criterios para diferenciar los deberes subjetivos de los objetivos están en el Derecho mismo, y no en elementos extrajurídicos. Por esta razón, la objetividad de los deberes no puede consistir en el acontecimiento fáctico externo; la naturaleza de la conducta ordenada no es la que determina su normatividad. Únicamente la satisfacción de criterios objetivos establecidos por una norma de Derecho otorga a los acontecimientos externos relevancia jurídica.⁹

F. *Función de las normas jurídicas*

En términos generales, las normas jurídicas tienen dos funciones principales: instrumento de significación y herramienta de interpretación. A continuación, explicaré ambas funciones.

Primero, las normas jurídicas funcionan como instrumentos de significación cuando otorgan un significado normativo a cualquier acontecimiento fáctico externo. Esta significación normativa ocurre cuando se enlaza un operador deóntico con un hecho del mundo —regularmente conductas humanas—. Los operadores deónticos que determinan

⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 16.

⁹ *Ibidem*, p. 17.

el significado normativo de los acontecimientos externos son tres: prohibición, obligación y permisión.¹⁰

Ahora bien, la función de significación de las normas jurídicas permite a los seres humanos realizar una interpretación normativa del mundo. Esta interpretación posibilita concebir a los hechos del mundo como acontecimientos obligatorios, prohibidos o permitidos. Bajo esta perspectiva, la interpretación normativa se agota en el enlace entre operadores deónticos y acontecimientos externos. Gracias a esta interpretación normativa del mundo, los seres humanos pueden conocer con anticipación el significado jurídico de algunos acontecimientos externos, y, por lo tanto, saber si su comportamiento es permitido, prohibido u obligatorio.

Por otra parte, no todos los hechos del mundo cuentan con una significación normativa explícita o *positiva*. Es decir, el ordenamiento jurídico *regula* una parcialidad de los hechos del mundo, no la totalidad. En otras palabras, frente a la totalidad de los hechos, el Derecho discrimina a aquellos que le son de relevancia de los que no le son. Para conocer cuáles son los hechos de relevancia basta hacer uso de un esquema de significación, consistente en la norma jurídica. Esta función es propia de la etapa normativa denominada producción jurídica.¹¹

Segundo, las normas jurídicas funcionan como herramientas de interpretación cuando son utilizadas en juicios de valor para calificar la adecuación entre las conductas reales de los hombres y las conductas prescriptas en las normas jurídicas. Por ejemplo, los jueces penales utilizan a las normas jurídicas como un marco de referencia para determinar si la conducta del *imputado* es acorde o discorda con la exigencia del Derecho. En este sentido, la norma jurídica funciona como un parámetro que permite identificar los actos jurídicos de los no jurídicos. Esta función es propia de la etapa normativa denominada aplicación jurídica.

En suma, la significación e interpretación normativa son funciones de las normas de Derecho. En primer lugar, las normas jurídicas sirven como instrumentos para entender normativamente parte del mundo. En segundo lugar, las normas jurídicas sirven como marcos de referencia para calificar los acontecimientos externos que coinciden, o no, con las exigencias del ordenamiento jurídico. En ambos casos, las normas jurídicas funcionan como esquemas de interpretación.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*, pp. 56-57.

G. Dualismos entre ser y deber ser

La diferencia entre *ser* y *deber* es la diferencia que existe entre dos mundos distintos: el mundo de los hechos y el de las ideas. La teoría del Derecho trabaja con ideas, no con hechos. Por lo tanto, es importante conocer las diferencias que existen entre ambos mundos. Las diferencias que desarrollaré encuentran como zócalo epistemológico la siguiente proposición: “es falso que [...] un enunciado de deber pueda reducirse a un enunciado de ser”.¹²

a. Diferencia entre deber y querer

En la teoría jurídica, el enunciado que describe la situación en que una persona *quiere* que otra se comporte de determinada manera es distinto al enunciado que describe la situación en que una persona *debe* comportarse de determinada manera.

El hecho de que un acto de voluntad dirigido intencionalmente a regular la conducta de otro exista, no constituye, *ipso facto*, la formación de un deber ser. Aquello que es querido (el contenido del acto de voluntad) tiene que ser *objetivizado* para ser considerado como un auténtico deber ser. Así, Kelsen explica: “El que el deber sea también el sentido objetivo del acto significa que la conducta a la que el acto está dirigido intencionalmente no sólo es considerada como debida desde el punto de vista del individuo que establece el acto, sino también desde el punto de vista de un tercero no participante”.¹³

b. Actos de voluntad y normas

En términos generales, toda norma es creada por un acto de voluntad. Empero, el acto de voluntad no es lo mismo que la norma creada por éste. Los actos de voluntad, como hechos que son, pertenecen al mundo del ser; las normas jurídicas pertenecen al mundo del deber ser. Esta precisión genera ciertas consecuencias; por ejemplo, aunque el acto de voluntad cese, ya sea porque el emisor de la norma abandone la intención de regular la conducta de otros, o porque fenezca, la norma continúa existiendo.¹⁴

c. La abstracción de las normas jurídicas

¹² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 60. Corchetes propios.

¹³ *Ibidem*, p. 62.

¹⁴ *Ibidem*, p. 60.

Las nociones *ser* y *deber ser* guardan una relación estrecha en cualquier fenómeno normativo. Dicha relación existe porque las normas se refieren a conductas. Cualquier conducta forma parte del mundo de los hechos. Éstas se desarrollan en el plano fáctico en un espacio y tiempo determinados; por ello, es correcto afirmar que las conductas existen o no existen. No obstante, las normas jurídicas no se refieren a conductas existentes o concretas (con excepción de las normas individualizadas y retroactivas); las normas jurídicas se refieren a conductas abstractas, a conductas que no han ocurrido en el tiempo y en el espacio, pero que pueden ocurrir. Las conductas previstas en cualquier norma jurídica *deben* realizarse, pertenecen al mundo del deber ser; al mismo tiempo, la forma de cumplir esa norma es *observando* o *cumpliendo* con la conducta estatuida como debida, mediante su realización concreta.¹⁵

En otras palabras, en un primer escenario *existe* una norma jurídica que ordena la realización de la conducta X; es decir, un *deber*. En un segundo escenario se encuentra un acatamiento de la norma jurídica, una conducta concreta; esto es, un hecho fáctico, un *ser*.

En suma, la conexión entre el mundo del ser y el deber ser son las conductas. Por un lado, las conductas son, existen —son materializadas en el mundo fáctico, ya sea por acatamiento o por ejecución—; por el otro, deontológicamente están contempladas —son concebidas como la condición de una sanción o como la sanción misma, conductas tomadas como modelos abstractos de comportamiento—.

H. Validez jurídica

El concepto de validez jurídica es uniforme en las distintas obras de Kelsen; es decir, no ha sufrido alteraciones sustanciales.

Al respecto, Kelsen conceptualiza a la validez jurídica de la siguiente manera: “Designamos con la palabra validez la existencia específica de una norma [...] Podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe, o no debe, ser, o ser hecho”.¹⁶

Con base en lo anterior, la validez jurídica es un concepto que interviene en dos dimensiones: *fundamento* y *obligatoriedad*. Decir que una norma es *válida equivale* a afirmar que esa norma encuentra fundamento en otra norma jurídica; es decir, que el sentido subjetivo del acto de voluntad encuentra objetividad por estar respaldado en el Derecho. La validez jurídica funciona como un criterio que reconoce la pertenencia de una norma en el sistema jurídico. Por esta razón, la existencia específica de una norma significa

¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 64-65. Corchetes propios.

que ésta ocupa un eslabón en el sistema jurídico; no es una existencia en el mundo del ser. De igual forma, la validez implica que la norma jurídica debe ser obedecida, que es obligatoria. En el Derecho, las conductas se tornan vinculantes cuando lo ordena una norma jurídica válida; por el contrario, si la norma fuera declarada inválida su contenido no sería obligatorio.¹⁷

I. Ámbitos de validez jurídica

Los ámbitos de validez son los rubros que delimitan las circunstancias de obligatoriedad de una norma jurídica; es decir, se refieren a la dimensión de validez como obligatoriedad de la norma.

Estos ámbitos responden a las preguntas: ¿Cuándo una norma es obligatoria? ¿Dónde una norma es obligatoria? ¿Para quiénes una norma es obligatoria? ¿Sobre qué materia una norma es obligatoria? Por tanto, de acuerdo con Kelsen, existen al menos cuatro ámbitos de validez.

a. Validez temporal

La validez temporal establece el periodo de tiempo en el que una norma jurídica es considerada obligatoria. Esto es, la validez temporal determina el lapso de tiempo en el que se considera obligatorio utilizar a la norma jurídica para interpretar los hechos del mundo.

En consecuencia, una norma se refiere normativamente a hechos acaecidos con anterioridad o posterioridad a su creación; al respecto, es importante “distinguir entre el tiempo previo y posterior al establecimiento de una norma”.¹⁸

En términos generales, las normas jurídicas se refieren a hechos del mundo acaecidos con posterioridad al establecimiento de la misma norma jurídica; sin embargo, no es necesario que se refieran, exclusivamente, a hechos posteriores a su creación. Es posible que la norma jurídica signifique normativamente hechos ocurridos con anterioridad a la existencia de la misma norma.

La *retroactividad* o *fuerza retroactiva* de las normas es toda significación normativa acerca de hechos o acontecimientos externos ocurridos con anterioridad a la existencia de la norma en el sistema jurídico. Asimismo, las normas jurídicas pueden ordenar un cambio en la significación normativa que se había asignado a un acontecimiento fáctico externo; es

¹⁷ *Ibidem*, p. 229.

¹⁸ *Ibidem*, p. 67.

decir, pueden modificar el significado normativo que se tenía de un hecho y establecer un nuevo parámetro de significación. Por ejemplo: si una norma jurídica ordenaba interpretar el uso lúdico de la marihuana como una conducta prohibida, una nueva norma jurídica puede modificar esa significación normativa y ordenar la significación de ese hecho como una conducta permitida. Entonces, las normas pueden modificar los significados normativos que otorgamos a los hechos del mundo, pero no pueden modificar a los hechos mismos.

La teoría del Derecho Natural afirma que las normas jurídicas únicamente pueden otorgar significados normativos a hechos acaecidos con posterioridad a la existencia de la propia norma. Si una norma significa normativamente acontecimientos ocurridos con anterioridad a la creación de la misma, entonces no es posible calificarla de jurídica. En suma, *las normas jurídicas no pueden ser retroactivas*.¹⁹ El fundamento de esta tesis es la siguiente idea: Es *injusto* castigar a alguien por la realización de un hecho que estaba *permitido* en el momento de su ocurrencia. Considero que esta idea es incorrecta; no existe impedimento alguno para interpretar normativamente acontecimientos ocurridos con anterioridad a la creación de las normas jurídicas. El hecho de considerar injusta la retroactividad de las normas no es argumento suficiente para negar la validez de éstas.

La validez espacial también determina la introducción o eliminación de normas en el sistema jurídico. Al respecto, comparto la tesis de Carla Huerta: “La validez temporal de las normas se refiere en primera instancia a su vigencia y en segunda, a la pérdida de la misma, ya sea por derogación o anulación de la norma. Estas dos cuestiones se refieren básicamente a las reglas de introducción y eliminación de las normas de un sistema jurídico”.²⁰ No obstante, el análisis de la relación entre la validez espacial y la derogación o anulación de normas jurídicas es objeto de estudio del Capítulo Cuarto.

b. Validez espacial

La validez espacial establece los límites geográficos en donde una norma jurídica es considerada obligatoria. En principio, la validez espacial está determinada por la jurisdicción del órgano que crea la norma jurídica.²¹ Por ejemplo, si el presidente de México produce un reglamento de sanidad, entonces la validez espacial estará restringida al territorio donde el órgano productor de la norma tenga jurisdicción —en este caso México—. En este sentido,

¹⁹ *Ibidem*, pp. 67-68.

²⁰ *Cfr.* Huerta Ochoa, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 269.

²¹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 67.

si la norma jurídica no establece límites geográficos, entonces es obligatoria para todo espacio posible dentro de la jurisdicción del órgano que la crea.

c. Validez personal

La validez personal es el establecimiento de los sujetos que tienen la obligación de observar la norma jurídica. En términos generales, a la norma le interesa la conducta de los humanos, no los humanos como tal. Por esta razón, lo que está significado por la norma es la conducta humana, no el ser humano como entidad. Sin embargo, las conductas humanas no son independientes de los sujetos que las realizan u omiten; por lo tanto, la norma se *dirige* a los seres humanos capaces de comportarse conforme a la norma. El ámbito personal de validez: “Se refiere al elemento personal de la conducta determinada por la norma”.²²

En principio, las normas jurídicas están dirigidas a todas las personas; es decir, existe una *indeterminación* del ámbito personal de validez. No obstante, dicho ámbito puede ser acotado. La determinación de los sujetos *destinatarios* tiene que ser establecida directamente por la norma jurídica, señalándolos expresamente o a través de algún mecanismo diseñado para tal efecto.

d. Validez material

La validez material es el objeto de regulación jurídica. Establece el modo en que deben conducirse las personas que tienen la obligación de observar la norma. El modo en que deben conducirse las personas es la conducta exigida por la norma jurídica. Ésta puede pertenecer a determinados campos de acción; por ejemplo, conductas en las relaciones económicas, familiares, laborales, etcétera. La definición kelseniana de validez material es: “Cómo habrán de conducirse y qué actos deberán realizar u omitir, es lo que constituye la esfera material de validez de la norma”.²³

Los distintos aspectos de la conducta humana susceptibles de regulación jurídica son, en principio, ilimitados. Esto es, la regulación jurídica puede abarcar la totalidad de acontecimientos externos. Asimismo, el Derecho puede referirse normativamente a los hechos del mundo de forma explícita, asignando un significado normativo específico a cada hecho; este tipo de significación se denomina regulación positiva. También, el orden jurídico interpreta normativamente los hechos de forma implícita, es decir, sin especificar el

²² *Ibidem*, p. 68.

²³ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de la primera edición en inglés por Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 49.

significado normativo que otorga un determinado acontecimiento, este tipo de significación se denomina regulación negativa.

En conclusión, la validez de las normas cuenta con un espectro ilimitado de regulación temporal, espacial, personal y material. Sin embargo, la norma jurídica puede delimitar esos espectros de validez; en ese sentido, la validez de una norma puede restringirse para un cierto tiempo, en un lugar en específico, sobre personas determinadas y acerca de ciertas conductas.

2. Teoría de la validez jurídica de H.L.A. Hart

En *The concept of law*, Hart critica el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas propuesto por John Austin. Demostrando que la teoría de Austin oscurece, más de lo que aclara, nuestra concepción sobre el Derecho, Hart sugiere un nuevo punto de partida.

Para entender la teoría de la validez jurídica propuesta por Hart es necesario comprender algunos conceptos claves de su propuesta. En este apartado analizaré estos conceptos.

A. Diferencia entre verse obligado y tener una obligación

Hart explica que el enunciado que expresa que una persona se vio obligada a hacer algo es “un enunciado psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una acción”.²⁴ El enunciado es psicológico porque existen elementos en la psique del individuo que influyen para la realización de determinada acción. Estos elementos son creencias, motivos, expectativas y suposiciones en que algo agradable, o desagradable, le ocurrirá si no se conduce conforme a las exigencias. En este sentido, para que dicho enunciado tenga fundamento basta que existan los elementos psicológicos referidos.

El enunciado que expresa que una persona tiene una obligación es diferente al primero. En primer lugar, es irrelevante la ocurrencia de elementos psicológicos de expectativa, suposición, creencia acerca de la aplicación de consecuencias agradables, o desagradables, sobre la persona que tiene la obligación; por lo tanto, dichos elementos no pueden ser el fundamento del enunciado. En cambio, las reglas son los elementos suficientes, y necesarios, para afirmar que una persona tiene una obligación. Por ello Hart afirma: “El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin

²⁴ Cfr. Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de la segunda edición en inglés por Genaro R. Carrió, Argentina, Abeledo Perrot, 2012, p. 104.

duda alguna la existencia de una regla”.²⁵ Así, afirmar que alguien tiene una obligación implica el reconocimiento de que su comportamiento está sujeto a reglas. Para saber si el comportamiento en específico está o no sujeto a reglas se debe “aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella”.²⁶

Es conveniente subrayar que toda obligación tiene como fundamento una regla, sin embargo, no todas las reglas imponen obligaciones.

B. *Existencia de las reglas*

Las reglas pueden o no imponer deberes. Al respecto, Hart establece las condiciones suficientes para identificar a las reglas que imponen obligaciones: “una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande”.²⁷ Por ello, en la teoría hartiana, el ejercicio de una *fuerte presión social* es el elemento decisivo para considerar a una regla como *obligacional*. La presión social es un término inacabado, va configurándose con base en las circunstancias sociales de cada comunidad. En este sentido, la presión social puede asumirse desde una desaprobación con la mirada o con palabras, hasta sanciones físicas. Las sanciones físicas serían un punto elevado en el parámetro de presión social.

Existe un segundo elemento que determina la existencia de una regla obligacional; consiste en la exigencia de los miembros del grupo social acerca del cumplimiento de la regla. Este elemento será comprendido usando enunciados *internos* y *externos* para describir la situación social de las reglas.

Hart afirma que la diferencia esencial entre los hábitos y las reglas de grupo consiste en que las últimas poseen un aspecto interno: *el aspecto interno de las reglas*. La utilización de enunciados *internos* y *externos*, para describir la vida social del grupo, es fundamental para comprender dicho aspecto interno. Así, Hart explica: “Es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta”.²⁸ En este sentido, describir la existencia de reglas con enunciados externos, como un *mero observador*, es un ejercicio incompleto, porque se limita a observar y describir la conducta regular de la sociedad; un enunciado externo que describe la existencia de una regla sería *equivalente* a aquél que describe la

²⁵ *Ibidem*, p. 107.

²⁶ *Ibidem*, p. 106.

²⁷ *Ibidem*, p. 107.

²⁸ *Ibidem*, pp. 110-111.

existencia de un hábito. Por el contrario, describir la existencia de reglas con enunciados internos, como un *miembro del grupo*, es un ejercicio completo porque permite conocer “la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad”.²⁹ En suma, el segundo elemento para afirmar que existe una regla obligacional es el *aspecto interno de las reglas*. Éste consiste en la exigencia general de conducirse conforme a la pauta o criterio de conducta establecido en la regla, y que las desviaciones a éstas sean consideradas como razones para la aplicación de sanciones.

C. Derecho primitivo y sus defectos

En el Derecho primitivo los órganos jurídicos son descentralizados; además, las reglas que rigen la vida social del grupo son reglas primarias u obligacionales. Hart identifica la existencia de problemas que sobrevienen en el mundo prejurídico (Derecho primitivo). Éstos son la antesala para la explicación de su teoría.³⁰

Los problemas son:

²⁹ *Ibidem*, p. 112.

³⁰ Adolf Merkl analizó el Derecho a partir de una perspectiva sistémica; al igual que Hart, detectó dos problemas relacionados con la idea del Derecho primitivo o “sistema monádico”. (Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkl”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, España, núm. 17, 2014, p. 173, <http://www.rfd.es/numero17/07-17.pdf>.)

El primer problema es la “absoluta rigidez puesto que no hay modo de amasar nuevas reglas [...] Para solucionar el primer defecto se requiere la introducción de normas que añaden a la función directiva, desempeñada por las normas que imponen deberes, una función productiva” (*Ibidem*, pp. 173-174. Corchetes propios). Para Merkl, el sistema monádico consiste en un conjunto de reglas que únicamente establecen deberes; dichas reglas no establecen procesos de producción de otras normas; por lo tanto, el sistema normativo está condenado a ser estático. La solución a este problema es la introducción de normas que adopten un carácter distinto, pero complementario, a la imposición de deberes; dicho carácter es la función de producción normativa. Si las normas, además de imponer deberes, establecen mecanismos para producir y eliminar otras normas, entonces el Derecho adquiere un carácter dinámico.

El segundo problema consiste en la “previsible ineficacia al no contar con la posibilidad del fracaso, esto es, con la probabilidad de que las reglas regulativas sean transgredidas en un número más o menos grande de casos [...] Para solventar el segundo de los problemas apuntados se necesita proseguir el proceso jurídico más allá de la ley mediante una declaración condicionada de voluntad orientada a la aplicación coactiva” (*Idem*. Corchetes propios). Merkl afirma la necesaria existencia de normas jurídicas individualizadas que sancionen las desviaciones de las normas generales. Es incorrecto suponer que la producción de una norma general es suficiente para regular la conducta de los hombres; la ley puede ser violada. Si la ley es desobedecida por la mayoría, y no existen mecanismos para sancionar las desviaciones, entonces no existe una norma jurídica como tal. Para solucionar este problema es encomiable incorporar en el sistema jurídico normas que establezcan órganos y procedimientos que detecten y sancionen las violaciones a las leyes. En consecuencia, la creación de Derecho comprende la ley y los procesos jurisdiccionales.

Las conclusiones de Merkl son parecidas a las de Hart. Para Hart, la introducción de reglas secundarias implica el tránsito de un mundo prejurídico a uno jurídico; para Merkl, la incorporación de normas que regulan la producción normativa constituye un cambio en la naturaleza del sistema jurídico. De ser un sistema estático evoluciona a uno dinámico.

a. Falta de certeza

Este problema consiste en la ausencia de un criterio que permita identificar las reglas obligacionales que rigen la vida social del grupo. Esta ausencia impide considerar al Derecho primitivo como un sistema de reglas; lo que existe en estas sociedades es un conjunto desordenado de reglas primarias, cuyo alcance y límites son desconocidos para los miembros del grupo.

b. Carácter estático de las reglas

Este problema consiste en la inmutabilidad de las reglas obligacionales que rigen a las sociedades primitivas. El problema se acrecienta cuando las reglas primarias no coinciden con la cosmogonía del grupo social. Al no contar con un procedimiento que permita la derogación e incorporación de reglas obligacionales, la única manera de modificar las reglas es mediante la evolución de la propia sociedad primitiva, lo cual es un lento proceso.

Hart describe dicho proceso como sigue: “El único modo de cambio [...] será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas”.³¹

c. Ineficiencia de la presión social

Este problema consiste en la ausencia de órganos y procedimientos especiales que: determinen la transgresión de las reglas primarias del grupo social y, en caso de que hayan sido violadas, dispongan de los recursos necesarios para ejecutar la sanción prescrita. Como consecuencia, los integrantes de la comunidad son los que determinan las violaciones a las reglas obligacionales; de ser el caso, ellos harán uso de la fuerza para ejecutar las sanciones.

Ahora bien, las soluciones a estos problemas configuran el “paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico”.³²

D. Reglas secundarias

³¹ Cfr. Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 24, p. 115. Corchetes propios.

³² *Ibidem*, p. 117.

La solución de Hart ante los problemas del mundo prejurídico consiste en la introducción de reglas secundarias. Para entender el alcance de las reglas secundarias es importante establecer las diferencias que guardan con las reglas primarias u obligacionales.

Reglas primarias

- *Prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no.*
- *Imponen deberes.*
- *Se refieren a acciones que implican cambios o movimientos físicos.*³³

Reglas secundarias

- *Dependen de las reglas primarias o son secundarias en relación con ellas.*
- *Establecen la introducción de nuevas reglas (regla de reconocimiento).*
- *Extinguen o modifican reglas (regla de cambio).*
- *Determinan de diversas maneras el efecto o controlan la actuación de las reglas (reglas de adjudicación).*
- *Confieren potestades, públicas o privadas.*
- *Prevén actos que crean o modifican deberes u obligaciones.*³⁴

Existen tres tipos de reglas secundarias.

a. Regla de Reconocimiento

La *rule of recognition* es la solución a la falta de certeza. Esta regla proporciona criterios que permiten identificar a las reglas primarias vigentes en el grupo social. Es un parámetro indicativo de las características que toda regla debe satisfacer para ser considerada dentro del cuerpo de pautas de conducta que rigen a la sociedad.

Por tanto, la normatividad del grupo social ya no es considerada una acumulación de reglas sin conexión alguna; al contrario, la introducción de la regla de reconocimiento permite calificarla como un sistema normativo. Por ello, Hart introduce la noción de sistema a través de la regla de reconocimiento: “tal regla [...] introduce [...] la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas”.³⁵

³³ *Ibidem*, p. 101.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 118. Corchetes propios.

b. Regla de Cambio

La regla de cambio es la solución al problema de la estaticidad normativa. Esta regla autoriza a determinados individuos, dictando ciertos procedimientos, para la creación y derogación de normas primarias de obligación. También, la regla de cambio puede facultar a las personas para crear normas jurídicas que ordenen a la sociedad o a los individuos en lo particular. Es decir, pueden otorgar potestades públicas o privadas de creación normativa.³⁶

c. Regla de Adjudicación

La regla de adjudicación es la solución al problema de la ineficiencia de la presión social.

Esta regla faculta a ciertos individuos, y establece procedimientos especiales, para decidir sobre la presunta violación de reglas primarias. Asimismo, la regla los autoriza para ordenar la ejecución de la sanción prescrita. La regla de adjudicación es la introducción del concepto de jurisdicción en el sistema de normas. Al respecto, Hart enfatiza: “ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones”.³⁷

E. Consideraciones en torno a la regla de reconocimiento y la validez jurídica

La regla de reconocimiento establece los criterios para identificar a las reglas que constituyen el sistema normativo de una comunidad. Esto es, establece cuales son las fuentes del Derecho.

La regla de reconocimiento enuncia las condiciones que las reglas primarias de obligación tienen que cumplir para ser parte del sistema jurídico. Por ello, 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”.³⁸ Así, la validez jurídica en la teoría hartiana es la *pertenencia* de una regla en el sistema jurídico por el cumplimiento de requisitos específicos; estos requisitos están especificados por la regla de reconocimiento.

Una regla de reconocimiento puede establecer distintos criterios *de validez*, es decir, puede indicar más de una fuente de Derecho. La multiplicidad de criterios de validez

³⁶ *Ibidem*, pp. 118-120.

³⁷ *Ibidem*, p. 120.

³⁸ *Ibidem*, p. 129.

constituye el preámbulo para las contradicciones normativas. Una norma creada observando el criterio de validez 1 puede estar en contradicción con la norma creada bajo el criterio de validez 2. La solución a este problema consiste en jerarquizar los distintos criterios de validez que establece la regla de reconocimiento; solamente la regla de reconocimiento puede dictar esa jerarquía. Por esta razón, es correcto afirmar que existen criterios de validez supremos y criterios de validez dependientes. Al respecto, Hart explica cómo funcionan e interactúan los criterios de validez: “Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”.³⁹ Por tanto, si una norma (fundada en un criterio de validez jerárquicamente inferior al criterio de validez supremo) contradice a otra (fundada en el criterio de validez supremo) será considerada como inválida jurídicamente.

El último criterio de validez del sistema jurídico es la *rule of recognition*.

F. Validez de la regla de reconocimiento

La validez de las normas está determinada por los criterios establecidos en la regla de reconocimiento; si cumplen con ellos son normas válidas, si no lo hacen se consideran inválidas. En este sentido, la validez de una norma significa su existencia en el sistema jurídico. Pero ¿es posible hablar de la validez de la regla de reconocimiento? Hart afirma que “no puede ser válida ni inválida”.⁴⁰

La regla de reconocimiento existe o no existe. Sin embargo, su existencia no debe ser entendida en el mismo sentido que las normas válidas. La existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho; esto es, para comprobarla debemos acudir al mundo fáctico, no al normativo. Hart describe la existencia de la regla como sigue: “La regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios”.⁴¹ En consecuencia, para conocer el contenido de la regla de reconocimiento es necesario analizar el funcionamiento del sistema jurídico en la vida del grupo social; esto es, a partir de la observación de los hechos pueden obtenerse los criterios utilizados por los miembros del grupo para identificar reglas jurídicas.

³⁹ *Ibidem*, p. 132.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 135.

⁴¹ *Ibidem*, p. 137.

G. *Existencia de la norma como su validez y/o eficacia*

En términos generales, la validez enuncia la *existencia normativa* de una regla determinada; en cambio, la eficacia enuncia la *existencia fáctica* de una regla específica. Bajo esta perspectiva, en la teoría hartiana, la utilización de enunciados *externos* e *internos* es fundamental para comprender la diferencia entre validez y eficacia.

El enunciado externo describe la existencia de una norma como un hecho; es decir, como su eficacia. Por lo tanto, afirmar que una regla existe implica reconocer el hecho de que una pauta o modelo de conducta es observado en la práctica. Si la regla o pauta de conducta no es observada en la práctica, esto es, si no es eficaz; entonces, la regla no existe. Existencia y eficacia de una regla, en este sentido, son el mismo fenómeno.

El enunciado interno describe la validez de una regla como un estatus normativo; es decir, como una categoría específica en el sistema jurídico. Por ello, afirmar que una regla es válida implica reconocer que satisfizo los requisitos necesarios para ser considerada parte del sistema jurídico. Si la regla no cumple con los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento; esto es, si la regla no es válida, entonces la regla no existe. Existencia y validez de una regla, en este sentido, son el mismo fenómeno.

Por último, para afirmar la validez de una norma es necesario presuponer su eficacia. Hart explica la relación entre eficacia como condición de validez de la siguiente manera: “Se puede decir que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz”.⁴²

3. *Teoría de la validez jurídica de Gustav Radbruch*

Las teorías de la validez jurídica de Kelsen y Hart difieren con la propuesta de Radbruch. Mientras los autores positivistas utilizan conceptos estrictamente jurídicos para construir sus teorías, Radbruch emplea elementos de axiología y filosofía moral para desarrollar sus ideas. En este apartado estudiaré sus aportaciones a la teoría de la validez jurídica.

A. *Diferencias entre querer y deber*

⁴² *Ibidem*, p. 130.

Radbruch afirma que mandar es todo acto de voluntad dirigido intencionalmente a ordenar la conducta de otro. En este sentido, querer que alguien se comporte de determinada manera y *mandarlo* son el mismo fenómeno. Existen diversos mecanismos para lograr el cumplimiento efectivo de los mandatos; por ejemplo: el convencimiento, premiación, remordimiento, castigo, etcétera. Sin embargo, no todo acto de voluntad dirigido a ordenar la conducta de otro (respaldado por una amenaza) puede considerarse un deber. Es decir, existe una diferencia entre cumplimiento necesario y deber ser. Así, Radbruch defiende la siguiente idea: “un querer que se acompañe de la fuerza, puede originar un cumplimiento necesario (müssen), pero nunca un deber ser”.⁴³

Los mandatos pueden constituirse en deberes. Para que un acto de voluntad que regula la conducta de terceros sea considerado un *deber ser* tiene que satisfacer determinados requisitos; éstos están determinados por la moral. En consecuencia, las órdenes del Derecho pueden ser consideradas como *verdaderos* deberes si cumplen con las exigencias de la moral. Esto es, la validez del Derecho está condicionada a la moral.

Para Radbruch, el concepto de validez jurídica es una consecuencia de la relación entre Derecho y moral.

B. Incapacidad de la ciencia jurídica

La validez del Derecho puede estudiarse a partir de distintas disciplinas. Un jurista, economista y/o politólogo pueden emitir juicios al respecto. Empero, Radbruch cree que la ciencia jurídica no cuenta con las herramientas suficientes para analizar al deber jurídico, es decir, no estudia *realmente* la fundamentación de los deberes. Por ello, la ciencia del Derecho debe buscar auxilio en la Ética. Las razones para considerar a la ciencia del Derecho como incapaz de solucionar los problemas de validez serán expuestas a continuación.

La primera razón consiste en la imposibilidad de la ciencia del Derecho para demostrar la validez de normas jurídicas supremas o constitucionales. Radbruch acepta *parcialmente* la teoría positivista que explica la validez como un fenómeno jurídico-normativo. Esta teoría cree que la validez de una norma jurídica se obtiene a partir de otras normas jurídicas. Afirma que el sistema normativo es jerárquico, que hay normas superiores respecto de otras, que son inferiores. Así, el fundamento de validez de las normas inferiores se encuentra en las normas superiores. No obstante, Radbruch califica a esta teoría como

⁴³ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía del Derecho*, trad. por José Medina Echavarría, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933, p. 102.

limitada, porque no existe una norma jurídica que sea el fundamento de validez de las normas supremas del orden jurídico. En otras palabras: “en la busca del fundamento de esta validez, tropieza fatalmente todas las veces la teoría jurídica de la validez con la situación de hecho de un querer autoritario, irreductible a toda ulterior derivación [...] la constitución misma puede y tiene que concebirse en una teoría puramente jurídica de la validez, como una causa sui”.⁴⁴

La segunda razón consiste en la incapacidad de la ciencia del Derecho para justificar el contenido de un sistema jurídico. Según Radbruch, la ciencia jurídica se limita a describir su objeto de estudio, y no analiza si el contenido del sistema jurídico es digno de ser obedecido. Por ello, la ciencia jurídica presupone la validez u obligatoriedad del Derecho. En consecuencia, cuando existe un conflicto entre el orden jurídico y otro sistema de normas —por ejemplo: la moral, la religión, los convencionalismos sociales, etcétera—, la ciencia jurídica, sin razón alguna, toma partido por su objeto de estudio. Es decir, otorga un lugar preferente a la validez del Derecho por encima de otros sistemas normativos. Así, Radbruch afirma que la ciencia jurídica: “Únicamente puede, siempre desde el punto de vista de un orden jurídico, criticar la pretensión de validez de los otros [...] pero nunca fundamentar con propia fuerza por qué aceptó, precisamente, el punto de vista de aquel orden jurídico”.⁴⁵

C. *Relación entre derecho y moral*

Según Radbruch, la relación entre Derecho y moral es el eje apropiado para explicar la validez jurídica. Esta relación existe en tres ámbitos; éstos son: la moral como fundamento de los deberes, la moral como fin del Derecho y la moral como criterio material de validez jurídica. No obstante, en este apartado analizaré únicamente dos. El análisis del tercero se desarrollará en el apartado *Derecho suprallegal*.

a. La moral como fundamento de los deberes

El *mandato*, o acto de voluntad dirigido intencionalmente a ordenar la conducta de terceros, no necesariamente es un deber. Los deberes existen únicamente como conocimiento moral. Por ello, un mandato es considerado *debido* si su fundamento no es exclusivamente jurídico; es decir, si su contenido es compatible con normas morales. En suma, las normas

⁴⁴ *Ibidem*, p. 103. Corchetes propios.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 104. Corchetes propios.

o mandatos jurídicos son *debidos* en la medida en que respeten las exigencias de la moral. Al respecto, Radbruch afirma que: “el mandato jurídico se transforma en deber, cuando ha sido erigido en deber moral, por consiguiente en el dominio de la Ética”.⁴⁶

b. La moral como fin del Derecho

La relación entre dos objetos implica que éstos no son lo mismo; sólo puede existir una relación si los elementos involucrados son diferentes. El Derecho y la moral son sistemas normativos distintos. En este sentido, el Derecho puede tener un contenido distinto o coincidente con la moral; sin embargo, Radbruch afirma la existencia de una determinación moral del sistema jurídico. La relación entre el Derecho y su contenido con la moral se denomina *fin del Derecho*.

Que la moral sea *fin* de un sistema jurídico significa que el Derecho, a través de sus normas, posibilite la realización de escenarios y exigencias morales. Para Radbruch, la realización de exigencias morales depende de la conciencia individual; en este sentido el Derecho no puede obligar a los individuos a la ejecución de exigencias morales. Por ello, la empresa de cualquier sistema jurídico consiste en otorgar las libertades y derechos que sean necesarios para que los individuos cumplan con sus deberes éticos; en otras palabras, el Derecho tiene como fin posibilitar la realización de la moral. De esta guisa, la relación entre moral y orden jurídico existe por los derechos que éste otorga; Radbruch afirma: “El derecho sirve a la moral, no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el de los deberes”.⁴⁷ En conclusión, un orden jurídico que no crea las condiciones mínimas para la realización de la moral no puede ser calificado como Derecho.

D. Los valores del Derecho

El Derecho puede, y debe, servir a tres valores. Éstos son: seguridad jurídica, justicia y bien común. En este apartado expondré el significado y alcance de cada valor.

a. Seguridad jurídica

⁴⁶ *Ibidem*, p. 103.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 63.

Para Radbruch, la seguridad es inherente al concepto de Derecho; es el valor del Derecho. No existe un orden jurídico que no otorgue seguridad jurídica. Este valor significa “Que el derecho sea seguro, que no sea interpretado y aplicado hoy y aquí de una manera, mañana y allá de otra, es, al mismo tiempo, una exigencia de la justicia”.⁴⁸

La seguridad jurídica implica la atribución de dos características al sistema jurídico: el Derecho como orden y uniformidad. En primer lugar, el Derecho otorga seguridad jurídica porque es un criterio de conducta respaldado por instituciones que lo harán cumplir; es decir, los mandatos del sistema jurídico constituyen el *único* orden que debe ser observado. En este sentido, el Derecho implica la existencia de orden. Por ello, es preferible que la sociedad sea ordenada a que sea desordenada. En segundo lugar, el Derecho otorga seguridad jurídica cuando su interpretación y aplicación es *uniforme*. Esta segunda característica está relacionada con la primera porque el Derecho sólo puede constituirse como un elemento ordenador de la sociedad si se aplica e interpreta de manera similar en la mayoría de los casos. Cuando la aplicación e interpretación de las normas jurídicas es heterogénea, el Derecho fracasa en su intento de constituirse como orden de la sociedad.

A su vez, la realización de la seguridad jurídica está condicionada por tres elementos. Estos elementos están implícitos en las dos características previamente analizadas.

El primer elemento consiste en que parte del Derecho debe estar contenido en leyes generales. El Derecho sólo puede constituirse como *orden*, y por lo tanto otorgar seguridad jurídica, si su contenido es conocido por la sociedad; la existencia de leyes generales es un mecanismo óptimo para la divulgación y conocimiento del contenido del Derecho. Si el sistema jurídico consistiera en normas de acceso restringido, difícilmente lograría realizar el valor de la seguridad jurídica.

El segundo elemento consiste en que el Derecho debe evitar, en la mayoría de los casos, la inclusión de cláusulas facultativas que permitan a los jueces decidir con base en su criterio. La existencia de estas cláusulas posibilita escenarios heterogéneos, en donde a circunstancias fácticas idénticas correspondan soluciones jurídicas distintas. La uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho es uno de los significados de la seguridad jurídica. Las cláusulas *abiertas* imposibilitan la realización de esta uniformidad.

El tercer elemento consiste en la continuidad del Derecho en el tiempo. La continuidad implica la posibilidad de modificar el contenido de las normas jurídicas sin que esto signifique la interrupción constante del orden que representa el Derecho. Si las normas fueran modificadas todos los días sería imposible lograr una ordenación de la sociedad.

⁴⁸ Cfr. Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*, trad. por María Isabel Azareto de Vásquez, Argentina, Abeledo Perrot, 1962, p. 36.

Empero, la continuidad del Derecho no significa su estaticidad; cuando la sociedad y su cosmogonía cambian, es posible modificar el contenido de las normas jurídicas. Por ello, es posible una conciliación entre las ideas de continuidad y dinamismo del sistema jurídico.

b. Justicia

Este valor es fundamental para la comprensión del Derecho. En la teoría jurídica de Radbruch la justicia es “La pauta axiológica del Derecho positivo y meta del legislador [...] es un valor absoluto, como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior”.⁴⁹ Asimismo, para comprender las repercusiones que tiene la justicia en el Derecho, es importante conocer el contenido de dicho valor; para Radbruch “La médula de la justicia es la idea de igualdad”.⁵⁰ En consecuencia, justicia e igualdad son valores equiparables.

La justicia determina la forma del Derecho. La determinación formal significa que las formas o maneras que el sistema jurídico adopta para expresar sus exigencias están diseñadas con base en la idea de igualdad; por ejemplo, cuando la aplicación de una ley es obligatoria para todos, sin excepción. También, la generalidad de las leyes es un indicativo de su correspondencia con la justicia.

Asimismo, la justicia determina la materia del Derecho. La determinación material significa que el contenido del sistema jurídico está inspirado en el valor de justicia y su protección; por ejemplo, cuando las normas jurídicas posibilitan el escenario para el cumplimiento de deberes éticos. La justificación de la determinación material de las normas jurídicas por la justicia está en la explicación de *la moral como fin del Derecho*, previamente analizada.

c. Bien común

Este concepto sólo es mencionado, mas no explicado, en la obra de Radbruch. Por lo tanto, utilizaré el marco teórico de Luis Recaséns Siches para explicar el significado y alcance de este valor.

Los seres humanos deseamos y anhelamos determinados objetos y fines; aquello que se desea constituye un interés. En la vida de un grupo social, existen intereses que son

⁴⁹ Cfr. Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. por Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1955, p. 31. Corchetes propios.

⁵⁰ *Idem*.

anhelados por individuos en lo particular; intereses que son anhelados por una colectividad; e intereses que son deseados por la mayoría de los integrantes del grupo social.⁵¹ El bien común es el conjunto de objetos y fines deseados por la mayoría de los integrantes de una sociedad.

El *bien común* es un concepto abstracto; éste será determinado por los intereses de cada sociedad en lo particular. Regularmente, las sociedades pueden considerar valioso el bienestar general, la seguridad, el orden, la paz, etcétera. Por tanto, el orden jurídico tiene la misión de proteger estos intereses; su protección constituye uno de los valores a ser realizados por el Derecho.

Una vez explicado el significado y alcance de cada valor —seguridad jurídica, justicia y bien común— es importante mencionar la posibilidad de un conflicto entre ellos. Al respecto, Radbruch considera que “En el orden de prelación de estos valores tenemos que colocar en el último lugar a la conveniencia del derecho para el bien común”.⁵² En consecuencia, la jerarquía de los valores que el Derecho puede realizar es: seguridad jurídica, justicia y bien común. No obstante, es posible la existencia de conflictos entre la seguridad jurídica y la justicia. Estos son el preámbulo para el desarrollo de la aportación más importante de Radbruch en la teoría jurídica: la fórmula Radbruch.

E. *Derecho supralegal*

El análisis de la fórmula Radbruch implica el conocimiento de conceptos importantes de su teoría jurídica: el primero son los tres valores que el Derecho puede y debe realizar, el segundo es el concepto de Derecho supralegal.

Radbruch es un teórico iusnaturalista. Para él, el Derecho Natural consiste en “un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarla como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo la forma legal”.⁵³ En este sentido, Derecho natural y supralegal son el mismo fenómeno.

El concepto de Derecho supralegal está determinado por valores absolutos, como la justicia y la libertad, cuyo contenido no es susceptible de crítica. Este Derecho consiste en un conjunto de pautas, valores y principios que tienen validez evidente, no cuestionable, y sus exigencias son deberes objetivos. Además, funciona como un criterio objetivo para verificar, y calificar, si un orden positivo creado por seres humanos es *realmente* Derecho.

⁵¹ Cfr. Recaséns Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2013, pp. 230-231.

⁵² Cfr. Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y...*, *cit.*, nota 48, p. 36.

⁵³ Cfr. Radbruch, Gustav, *Introducción...*, *cit.*, nota 49, p. 180.

Por lo tanto, ante la pregunta ¿un sistema de normas es Derecho?, la única respuesta será la identidad material entre el Derecho legal y el supralegal; si coinciden, el orden legal de los seres humanos es Derecho, si difieren no es posible considerarlo un verdadero sistema jurídico.

Al mismo tiempo, Marcela Reyes Mossos considera que: “Gustav Radbruch [...] plantea la existencia de un derecho supralegal que es [...] un criterio determinante de validez sustancial de las normas producidas por el Estado”.⁵⁴ En suma, el Derecho supralegal es un criterio material para otorgar validez jurídica a sistemas normativos creados por seres humanos.

F. Fórmula Radbruch

El Derecho positivo debe realizar tres valores: seguridad jurídica, justicia y bien común; sin embargo, es posible que, en el intento por alcanzar la realización de estos valores, existan conflictos entre ellos. Para este problema, Radbruch crea una fórmula.

Como mencioné antes, los tres valores están jerarquizados. En primer lugar, está la seguridad jurídica, luego la justicia y al final el bien común. En términos generales, para que un orden jurídico sea considerado válido, basta que su contenido y forma resguarden el valor de la seguridad jurídica. Si el orden positivo de un país protege la seguridad jurídica —aun cuando esté en contradicción con la justicia y el bien común— es correcto considerarlo como Derecho válido. Es decir, el Derecho positivo injusto puede ser considerado un orden válido. Sin embargo, la injusticia tiene un límite; aquella norma que exija la realización de una actividad en *extremo injusta* no podrá ser considerada como jurídica.⁵⁵

⁵⁴ Cfr. Mossos Reyes, Marcela, “La Fórmula de Radbruch: Una Cuestión de Iusnaturalismo”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, vol. VII, núm. 13, enero-junio de 2016, p. 24, http://www.ilae.edu.co/Publicaciones/files/1032369324_02.%20Marcela%20Reyes.pdf. Corchetes propios.

⁵⁵ Aportación de Robert Alexy a la Fórmula Radbruch. La fórmula Radbruch ha recibido elogios y críticas de distintos autores. Sin duda alguna, el centro de críticas es el significado de *injusticia extrema*. En este apartado analizaré la defensa que Robert Alexy realizó en favor de la fórmula Radbruch.

En primer lugar, Alexy propone la siguiente síntesis de la fórmula: “La extrema injusticia no es Derecho” (Cfr. Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, España, No. 5, 2001, p. 76, <https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>) La principal objeción a la fórmula Radbruch es la imposibilidad científica para determinar el significado y alcance del concepto *injusticia extrema*. La postura filosófica para argumentar en contra de la fórmula Radbruch es el relativismo moral. Por esta razón, Alexy propone un argumento en contra del relativismo.

Para Alexy, el relativismo moral considera que “todas las decisiones de justicia no fuesen otra cosa que la mera expresión de emociones, decisiones, preferencias, intereses o ideologías” (*Ibidem*, p. 90). En este sentido, invalidar una norma jurídica debido a su injusticia extrema equivaldría a otorgar “la autorización al juez, en casos en los que sus convicciones subjetivas se vieses afectadas de modo especialmente intenso, para decidir en contra de la ley” (*Ibidem*, pp. 90-91). Por lo tanto, para entender la fórmula Radbruch es

La fórmula Radbruch provee un límite a la jerarquía de la seguridad jurídica. Sólo cuando exista una injusticia extrema la justicia ocupará el primer lugar en la jerarquía de valores, logrando invalidar a la norma injusta. En otras palabras, Radbruch explica: “Donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”.⁵⁶

En consecuencia, la fórmula Radbruch reconoce la validez de todo orden jurídico por el hecho de garantizar seguridad jurídica; no obstante, restringe la validez de las normas jurídicas extremadamente injustas. Esta restricción de validez aplica únicamente para las normas jurídicas consideradas particularmente, y no para todo el orden jurídico; es decir, se invalidan las disposiciones jurídicas extremadamente injustas y no el sistema jurídico al que pertenecen. De tal guisa, la seguridad jurídica es la regla general para justificar la validez de un orden jurídico; la extrema injusticia es la excepción a dicha regla.

G. La validez del Derecho

Para Radbruch, las normas jurídicas y los hechos no pueden ser la razón de validez del Derecho. Solamente el mundo de los valores puede justificar la verdadera validez del sistema jurídico. Radbruch explica: “es innegable que la validez del Derecho no puede basarse ni en las normas del Derecho positivo ni en hechos como los del poder o el

necesario aceptar la existencia de valores absolutos, como la justicia; es decir, negar las tesis propuestas por el relativismo moral.

Alexy proporciona un ejemplo para mostrar la existencia de valores absolutos. Para él, una violación evidente de la justicia es “el intento de eliminar, según criterios racistas, física y materialmente determinadas partes de la propia población, incluidas mujeres y los niños” (*Ibidem*, p. 91). Que exista una extrema injusticia implica aceptar la existencia de valores absolutos, en este caso la justicia. No obstante, la existencia de valores absolutos tiene que ser cuestionada. ¿Por qué la justicia debe tener un determinado contenido? ¿Por qué determinadas acciones son calificadas como injusticias extremas? ¿Por qué discriminar con base en aspectos raciales es una injusticia extrema? La respuesta a estas preguntas son el *quid* del asunto; sin embargo, para Alexy la formulación de estas preguntas resulta un exceso.

Alexy ataca las posturas relativistas porque las considera un “escepticismo moral intencionado” (*Idem*). El remedio para no ser víctimas del escepticismo moral consiste en reconocer un mínimo de justicia. En el caso del Derecho, este mínimo está constituido por derechos humanos. La propuesta de Alexy consiste en incluir en la fórmula Radbruch un contenido moral mínimo constituido por derechos humanos. La norma que vulnera derechos humanos es una expresión de injusticia extrema y, por lo tanto, no puede ser considerada Derecho.

Por otra parte, la aportación de Alexy no es original. Radbruch defendía la inclusión de derechos humanos en su fórmula; por ejemplo, una norma no puede ser considerada Derecho cuando otorga un tratamiento desigual sin justificación racional, cuando las leyes “tratan a los hombres como subhombres y les niegan derechos humanos” (*Cfr. Radbruch, Gustav, Arbitrariedad legal y..., cit., nota 38, p. 40*). Por tanto, Radbruch concibió la inclusión de derechos humanos en la fórmula desde su creación.

⁵⁶ *Cfr. Radbruch, Gustav, Arbitrariedad legal y..., cit., nota 48, pp. 37-38.*

reconocimiento, sino solamente en un deber ser superior o supremo, en un valor suprapositivo”.⁵⁷

En principio, el Derecho es válido por la realización de valores: seguridad jurídica, justicia y bien común. En el apartado anterior expliqué las consecuencias de los conflictos entre los tres valores; sin embargo, es fundamental analizar a los órganos autorizados para decidir el conflicto entre éstos.

En caso de conflicto entre valores, los seres humanos en lo individual son los facultados para resolverlo; es decir, la conciencia individual es la instancia competente para decidir si un determinado orden jurídico es válido o inválido. Por ello, Radbruch afirma que “Los tres aspectos de la idea del derecho son todos de igual valor y, en caso de una pugna entre ellos, el fallo sólo puede pronunciarlo la conciencia individual”.⁵⁸ De esta forma, la validez del Derecho descansa en dos escenarios distintos. En primer lugar, en el mundo de los valores; en segundo lugar, en la conciencia individual.

Según Radbruch, la conciencia individual justificará la validez de las normas jurídicas; es decir, serán consideradas como obligatorias para los individuos cuando éstos las conciben como verdaderas normas jurídicas. Por esta razón, Radbruch defiende la siguiente tesis: “no tenemos más remedio que reconocer que la obligatoriedad del Derecho, su validez, descansa, en última instancia, sobre el deber moral del individuo”.⁵⁹

Los individuos tienen la potestad para decidir lo que es Derecho. Empero, la calificación que éstos realicen de los distintos órdenes normativos está determinada por el contenido de los valores, del Derecho Natural; en otras palabras, la conciencia individual no es arbitraria, cuenta con un parámetro de objetividad que la restringe. De esta manera, se concilian las tesis de la moral como límite y fundamento del sistema jurídico, y la conciencia individual como instancia competente para decidir la validez de los órdenes normativos.

Por otro lado, parecería riesgoso que el reconocimiento de las normas como Derecho dependa de la conciencia individual. No obstante, que un individuo desconozca la calidad de un sistema normativo como jurídico, no es impedimento para que éste le sea aplicado. Puede ser el caso que alguien, con base en su conciencia individual, decida desobedecer una norma porque no la reconoce como Derecho; sin embargo, aun desconociéndola, ésta puede ser ejecutada.

⁵⁷ Cfr. Radbruch, Gustav, *Introducción...*, cit., nota 49, p. 51.

⁵⁸ Cfr. Radbruch, Gustav, *Filosofía...*, cit., nota 43, p. 111.

⁵⁹ Cfr. Radbruch, Gustav, *Introducción...*, cit., nota 49, pp. 55-56.

En conclusión, en la teoría jurídica de Radbruch todo orden jurídico es válido, excepto aquellas normas que representen una injusticia extrema. A su vez, una violación extrema de la justicia consiste en la contradicción con un contenido mínimo de moralidad, constituido por la idea del Derecho supralegal y derechos humanos. Al final del primer apartado del Capítulo Primero, explicaré porqué la teoría de Radbruch no es satisfactoria para explicar la dinámica de la validez jurídica.

4. *Teoría de la validez jurídica de Alf Ross*

Ross elaboró una teoría realista del Derecho. El realismo jurídico rechaza ideas metafísicas para explicar el sistema jurídico; por el contrario, para estudiar el Derecho utiliza principios empiristas y se auxilia de la observación e interpretación de los hechos. En este apartado explicaré las aportaciones de Ross a la teoría de la validez jurídica.

A. La definición del Derecho

Conceptualizar el fenómeno jurídico es una tarea difícil. Ross considera que el Derecho es un conjunto de normas que tienen un elemento en común. Este elemento consiste en la referencia que hacen las normas hacia conductas específicas de personas determinadas.

De tal guisa, Ross explica: “Si las reglas del derecho han de constituir de la misma manera un sistema, ellas tienen que referirse, igualmente, a acciones definidas realizadas por personas definidas”.⁶⁰ Para conocer las conductas y personas referidas por las normas, es necesario analizar las reglas comúnmente denominadas como jurídicas. En este sentido, una conceptualización del Derecho sólo es posible —en términos *rossianos*— con el entendimiento previo de las diferentes clases de normas jurídicas.

B. Tipos de normas jurídicas

Ross identifica dos tipos de normas jurídicas: normas de conducta y normas de competencia.

a. Normas de conducta

⁶⁰ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. por Genaro R. Carrió, 3a. ed., Argentina, Eudeba, 2005, p. 58.

Son “aquellas normas que prescriben una cierta línea de acción”.⁶¹ Esto es, indican el deber de comportarse de determinada manera; sin embargo, estas normas no especifican hacia quiénes están dirigidas. En consecuencia, Ross entiende que las normas de conducta son directivas para los tribunales y particulares; en otras palabras, “el contenido real de una norma de conducta es una directiva para el juez, mientras que la directiva al particular es una norma jurídica derivada o norma en sentido figurado, deducida de aquella”.⁶²

En relación con las directivas de los tribunales, las normas de conducta dirigen directamente el comportamiento de los jueces. Les ordenan realizar una interpretación normativa específica de los hechos que se presentan. Por el contrario, las directivas de los particulares dirigen su comportamiento indirectamente. La norma de conducta permite conocer, al particular, las reacciones posibles que tendrán los tribunales si ocurren los hechos previstos en la norma. De esta manera, el comportamiento estará ordenado si quieren evitar las reacciones previstas.

b. Normas de competencia

Son “aquellas normas que crean una competencia (poder, autoridad). Ellas son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta”.⁶³ Estas normas confieren autoridad a los jueces para dictar sentencias —normas de conducta— y facultades a órganos determinados para ejecutar las sentencias que los jueces producen. En este sentido, las normas de competencia establecen las condiciones necesarias para usar la fuerza.

En conclusión, Ross define al orden jurídico como “un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (los tribunales y los órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos”.⁶⁴

C. La vigencia del orden jurídico

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Ibidem*, p. 59.

⁶³ *Ibidem*, pp. 58-59.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 60.

Pueden existir distintos órdenes normativos jurídicos. Sin embargo, es imposible que dos sistemas normativos sean simultáneamente vigentes. Por ello, Ross afirma que un orden jurídico es vigente “si puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de manera tal que se nos hace posible comprender este conjunto de acciones como un todo coherente de significado y motivación y, dentro de ciertos límites, predecirlas”.⁶⁵

En otras palabras, la vigencia del orden jurídico consiste en concebir a las reglas jurídicas como una herramienta de interpretación para determinados fenómenos. Al utilizar el Derecho como herramienta interpretativa, los hechos interpretados adquieren un sentido específico; es decir, el significado de los hechos no se agota en lo perceptiblemente observable, sino que se amplía —su significado— a un mundo normativo.

Las decisiones de los jueces son los hechos que se interpretarán normativamente, con base en las reglas jurídicas. Ross afirma: “los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales. Es aquí donde tenemos que buscar la efectividad en que consiste la vigencia del derecho”.⁶⁶

Por lo tanto, un orden jurídico será vigente si las reglas que lo integran sirven para interpretar la conducta de los tribunales como un fenómeno coherente y con significado; en otras palabras, las normas jurídicas son vigentes cuando logran explicar el comportamiento de los jueces. Si las decisiones de los tribunales no pueden ser explicadas con base en las normas jurídicas, entonces éstas no son vigentes. En este sentido, Ross explica que un sistema normativo vigente es “el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece”.⁶⁷ En consecuencia, el Derecho vigente es aquello que sirve como esquema de interpretación para otorgar un significado coherente a las decisiones de los tribunales.

D. *El Derecho en acción*

Las normas jurídicas vigentes operan como elementos motivadores que condicionan la conducta y sentencias de los jueces. Esto es, las normas jurídicas funcionan como un conjunto de condiciones que los jueces deben de tomar en cuenta para resolver un conflicto. Sólo aquellas normas jurídicas que *realmente* motiven a los jueces a resolver de determinada manera pueden ser consideradas Derecho vigente; por el contrario, las normas jurídicas que no motivan a los jueces no pueden considerarse normas vigentes.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁷ *Idem.*

Además de las reglas, existen hechos de relevancia jurídica que también funcionan como condiciones para el comportamiento de los tribunales. Estos hechos están determinados por las reglas jurídicas; por ejemplo: la celebración de actos civiles, la ocurrencia de acontecimientos naturales, el nacimiento de un ser humano, etcétera. En este sentido, Ross denomina Derecho en Acción a las normas jurídicas, y los hechos que éstas determinan, que condicionan la decisión del juez. Por ello, explica: “Estos hechos condicionantes adquieren también su específico significado de actos jurídicos a través de una interpretación efectuada a la luz de la ideología de las normas. Por esta razón ellos pueden ser denominados «fenómenos jurídicos» en sentido amplio, o «derecho en acción»”.⁶⁸

No obstante, la vigencia del orden jurídico no está determinada por todo el conjunto de normas jurídicas y hechos que constituyen el Derecho en acción; para conocer la vigencia del orden jurídico basta con conocer el Derecho en acción que condiciona las decisiones de los tribunales. Por lo tanto, para conocer cuáles son las normas jurídicas vigentes en un país debemos estudiar las condiciones que determinan las decisiones de los tribunales.⁶⁹ No es necesario conocer el “derecho en acción entre individuos particulares”.⁷⁰

E. Elementos de la vigencia

Para Ross, la vigencia de las normas jurídicas está constituida por dos elementos: uno fáctico y otro ideal.

El elemento fáctico consiste en “El acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción”.⁷¹ En otras palabras, la vigencia de una norma jurídica es la efectividad que la norma tiene en el mundo de los hechos.

El elemento ideal consiste en “la experiencia de esta pauta de acción como una norma socialmente obligatoria”.⁷² Esto es, una norma sólo puede ser considerada vigente cuando es concebida como obligatoria, vinculante. Este elemento de la vigencia normativa implica necesariamente el conocimiento del contenido de la norma jurídica; es decir, la

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ Cabe mencionar que pueden existir condicionantes de las decisiones judiciales ajenas a las normas jurídicas. Esto es, la decisión de un tribunal puede estar condicionada por elementos ajenos a las normas jurídicas; sin embargo, estos elementos no pueden ser considerados como partes integrantes del sistema jurídico. Por ello, Ross afirma que: “En la medida en que el juez individual este motivado por ideas particulares, personales, éstas no pueden ser atribuidas al derecho de la nación, aunque ellas constituyen un factor que debe ser tomado en cuenta por quien tenga interés en predecir una decisión jurídica concreta” (*Ibidem*, p. 62).

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 61-62.

⁷¹ *Ibidem*, p. 64.

⁷² *Idem.*

representación mental de la norma jurídica. Por tanto, una norma jurídica no es vigente si no ha sido representada mentalmente por los individuos a quienes se dirige; aun cuando el comportamiento que ordena sea observado en el mundo fáctico.

F. *Procedimiento de verificación*

La metodología de la teoría jurídica realista de Ross incorpora principios del empirismo al estudio del Derecho. Uno de los principios consiste en verificar la verdad de los enunciados estatuidos por la ciencia; es decir, aplicar un procedimiento de verificación a los enunciados formulados por el esfuerzo científico, con el objetivo de conocer si la proposición enunciada es verdadera o falsa.

Irving Copi explica que “una proposición afirma que algo es (o no es) el caso”.⁷³ En otras palabras, el contenido de una proposición consiste en afirmar o negar la existencia de un hecho. A su vez, las proposiciones pueden ser confirmadas con base en los hechos; sin embargo, pueden existir proposiciones que no puedan ser demostradas por la imposibilidad para acceder a los hechos que las probarían. Para Ross, “La suma de implicaciones verificables constituye el contenido real de la proposición”.⁷⁴ En este sentido, las proposiciones que no puedan ser confirmadas por los hechos no cuentan con carácter científico; es decir, las proposiciones que no conllevan implicaciones prácticas son consideradas como aserciones metafísicas.

En conclusión, una *verdadera* ciencia del Derecho formulará proposiciones solamente cuando éstas puedan ser demostradas por vía de los hechos. Cualquier proposición que no pueda ser comprobada fácticamente es un esfuerzo extracientífico, y pertenece al mundo de la metafísica. Para comprobar el carácter científico de las proposiciones es necesario someterlas a un procedimiento de verificación; éste consiste en la comprobación fáctica de las implicaciones del contenido de la proposición.

G. *Crítica a la idea de validez*

El procedimiento de verificación puede ser aplicado al material jurídico. Específicamente, Ross emplea dicho procedimiento para demostrar la inutilidad del concepto validez jurídica.

Según Ross, la validez jurídica ha recibido un tratamiento distinto a partir de cada escuela del Derecho que la estudia. Por ello, las nociones de validez son equívocas. No

⁷³ Cfr. Copi M., Irving y Cohen, Carl, *Introducción a la Lógica*, trad. por. Jorge Alejandro Rangel Sandoval y Rodrigo Munguía Noriega, 2a. ed., México, Limusa, 2013, p. 5.

⁷⁴ Cfr. Ross, Alf, *op. cit.* nota 60, p. 66.

obstante, la escuela del Derecho Natural y el positivismo jurídico han caracterizado a la validez jurídica de la misma forma: como la fuerza obligatoria del orden jurídico, es decir, “significa que tenemos el deber de obedecer el derecho”.⁷⁵

Ross explica que las normas jurídicas establecen una obligación enlazando una consecuencia a determinadas condiciones; en otras palabras, las normas jurídicas imponen deberes jurídicos. Empero, la obligación estatuida por la norma es diferente a la obligación de obedecer la norma. La validez jurídica es un deber moral porque impone la obligación de obedecer al Derecho. Al respecto, Ross explica: “El deber de obedecer el derecho es un deber moral hacia el sistema jurídico, no es un deber jurídico conforme al sistema. El deber hacia el sistema no puede derivarse del sistema mismo sino que tiene que surgir de reglas o principios que están fuera del mismo”.⁷⁶ En consecuencia, las diferencias entre iusnaturalismo y positivismo jurídico son terminológicas; mientras que el iusnaturalismo afirma el deber de obedecer el Derecho en razón de principios y valores absolutos, el positivismo jurídico afirma el deber de obedecer el Derecho por el Derecho mismo. Por esta razón, Ross concibe a la validez jurídica como “una idea apriorística que no puede ser reducida a términos empíricos definidos por medio de hechos observables”.⁷⁷

En conclusión, el deber moral de obedecer el Derecho, o validez jurídica, es una proposición metafísica porque no tiene implicaciones que puedan ser verificadas con base en los hechos. Por esta razón, Ross defiende un concepto empírico de validez jurídica; esto es, “Enunciar la existencia de una regla jurídica como perteneciente al derecho de un país en un momento determinado es enunciar un conjunto de hechos sociales observables”.⁷⁸

H. Validez jurídica para Ross

Ross identifica tres funciones y significados del concepto validez jurídica. Éstos son el aspecto interno, externo y ético.

a. Función interna

⁷⁵ Cfr. Ross, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, trad. por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4ª ed., México, Fontamara, 2001, pp. 15-16.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 16.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 10-11.

La validez jurídica es una herramienta para afirmar que algún acto fue realizado conforme a las normas del sistema jurídico. Es decir, las normas jurídicas funcionan como criterios que permiten calificar a los actos y hechos del mundo como fenómenos de relevancia jurídica.⁷⁹

En este sentido, la validez es un predicado de los actos; por ejemplo: testamento válido, donación válida, elección válida, etcétera.

b. Función externa

La validez jurídica establece la existencia de una norma jurídica en lo individual o del sistema jurídico en su totalidad. En otras palabras, “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”.⁸⁰ Por tanto, la validez es un predicado de la norma o sistema jurídico.

Asimismo, una norma jurídica es válida si *realmente* existe. La existencia real de una norma significa que, en los hechos, es efectiva; es decir, que en el mundo fáctico la norma es acatada y aplicada. Por lo tanto, validez y vigencia son conceptos equiparables.

c. Función ética

En este sentido, validez jurídica significa el deber moral de obedecer el Derecho. Ross la concibe como “una cualidad apriorística, específicamente moral, llamada también la fuerza obligatoria del derecho, que da lugar a una obligación moral correspondiente”.⁸¹

Una ciencia empírica del Derecho únicamente considera aceptables la función interna y externa. Por esta razón, Ross equipara la validez de las normas jurídicas con su eficacia.

Para Ross, la validez jurídica consiste en considerar la existencia de las normas jurídicas como una existencia fáctica. Al respecto explica: “si la palabra [...] (válido) [...] es usada para indicar que una regla o un sistema de reglas es una realidad (y no sólo un proyecto o algo imaginado) la palabra, de acuerdo con principios empíricos, debe ser considerada como que se refiere a hechos sociales observables y no a otra cosa [...] en términos generales la existencia (validez) de una norma es lo mismo que su eficacia”.⁸²

⁷⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 24.

⁸² *Idem*. Corchetes propios.

En conclusión, la eficacia es el criterio que determina la existencia de las normas jurídicas. De tal guisa, la proposición que afirma la existencia de una norma puede sujetarse al procedimiento de verificación; porque la eficacia de una norma es un fenómeno fáctico, observable a través de los hechos. En este sentido, las implicaciones de tal proposición son verificables en el mundo fáctico. Por ello, hechos como el comportamiento de los jueces y las ideas normativas que experimentan como obligatorias son el respaldo para afirmar la existencia de normas jurídicas vigentes.

En este primer apartado del Capítulo Primero, denominado *Teorías jurídicas contemporáneas*, decidí estudiar la teoría de la validez jurídica de cuatro autores destacados; a saber: Kelsen, Hart, Radbruch y Ross. El objetivo de esta *exposición* fue realizar un análisis y comparación de las distintas concepciones científicas acerca de la validez jurídica, a fin de obtener un *piso parejo* sobre las aproximaciones que se han realizado a propósito de dicha categoría.

Es importante mencionar que este análisis comparativo sirve a un objetivo superior. Este consiste en la propuesta de una teoría dinámica de la validez jurídica. Es decir, utilizaré *una* de las cuatro teorías expuestas para elaborar una aproximación conceptual propia del fenómeno de la validez jurídica desde una perspectiva dinámica.

Ahora bien, los cuatro autores elaboran sus respectivas teorías con base en metodologías distintas. En consecuencia, los resultados a los que llegan son diferentes. En mi opinión, la propuesta de Kelsen se adecúa más a mis intereses, los cuales consisten en explicar la validez de las normas jurídicas con base en un enfoque dinámico. ¿Por qué la propuesta de Kelsen es más conveniente que las demás? Enseguida fundamentaré mi decisión.

Primero, la teoría kelseniana no está comprometida con ningún contenido. Como explicaré más adelante, si el sistema jurídico se rige por un principio dinámico, entonces aumentan las posibilidades de que la validez normativa esté en constante movimiento. En cambio, si el sistema jurídico se rige por un principio estático, entonces las posibilidades de que la validez normativa esté en constante movimiento son casi nulas. Precisamente en este punto difieren la teoría de Kelsen y de Radbruch. Como he mencionado, Radbruch compromete su concepción de validez jurídica con la compatibilidad material entre normas de Derecho y normas de la moral. En otras palabras, Radbruch concibe que los sistemas jurídicos se rigen por principios estáticos. Esta postura no es de utilidad para los fines planteados en el presente trabajo de investigación.

Asimismo, en mi opinión, la teoría de la validez jurídica de Radbruch contiene problemas de aplicación práctica. Si la calificación de validez de una norma jurídica

dependiera de la conciencia individual de cada integrante de la sociedad, entonces: ¿la aplicación del Derecho sería un fenómeno *ex post* a su calificación de validez?; ¿qué naturaleza tendrían las normas que han sido producidas conforme a los procedimientos determinados por el ordenamiento jurídico, pero no han sido evaluadas por la conciencia individual?; ¿qué pasaría si una misma disposición jurídica es *reconocida* como Derecho por una parte de la comunidad, pero *desconocida* por otra parte de esta? Estas cuestiones problemáticas son sólo algunas de las muchas inconsistencias de la teoría de Radbruch.

Segundo, la teoría kelseniana concibe al sistema jurídico como una totalidad de normas jurídicas, donde confluyen leyes, reglamentos, contratos, etcétera, y no como un fenómeno normativo que se agota en la actividad jurisdiccional, tal como lo hace Ross. En este sentido, la teoría de Ross no es de utilidad para mis objetivos porque limita el fenómeno normativo *a la actividad de los tribunales*, y mi teoría dinámica de la validez jurídica está pensada para explicar la totalidad del sistema jurídico, no una parcialidad.

Finalmente, la teoría hartiana puede ser de utilidad para los fines propuestos. No obstante, considero que la empresa propuesta por Hart es más amplia que el Derecho mismo. Esto es, los conceptos *hartianos* ciertamente pueden ser utilizados para explicar otros fenómenos sociales además del Derecho.⁸³ En este sentido, prefiero emplear el aparato conceptual kelseniano, pues fue diseñado con el único propósito de explicar el fenómeno jurídico normativo.

Por las razones expuestas, la aproximación kelseniana será utilizada para el desarrollo de la teoría dinámica de la validez jurídica propuesta en este trabajo de investigación.

II. CRÍTICAS Y APORTACIONES A LA TEORÍA DE LA VALIDEZ JURÍDICA DE KELSEN

Como mencioné antes, la teoría de Kelsen ofrece elementos conceptuales que pueden ser utilizados en un análisis dinámico de la validez normativa. Por tanto, es la aproximación científica más conveniente e idónea a fin de desarrollar una teoría dinámica de la validez jurídica. Sin embargo, algunos juristas consideran que la teoría kelseniana incurre en errores, confusiones y contradicciones.

⁸³ El mismo Hart estaba consciente de esta situación: “Ciertamente, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciado, que he denominado ‘internos’ y ‘externos’ [...] el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva”. *Cfr.* Hart, H.L.A., *op. cit.*, nota 24, p. XI. Corchetes propios.

Por tal razón, en el presente apartado estudiaré las críticas que han ofrecido diversos autores sobre el concepto kelseniano de validez jurídica, con el objetivo de determinar el peso que han tenido las críticas en el desarrollo de éste. Asimismo, en los casos en que sea oportuno hacerlo, intentaré responder a las críticas dirigidas a Kelsen. Lo anterior, a fin de consolidar la propuesta científica que utilizaré en el desarrollo de mi teoría dinámica de la validez jurídica.

1. Gregorio Robles Morchón

Robles identifica los siguientes problemas con la teoría kelseniana.

A. El problema de la interpretación

Para Robles cualquier teoría general del Derecho debe proponer un modelo de dogmática jurídica. Ésta “tiene por objeto discutir el modo en que los juristas han de interpretar los textos jurídicos [...] Una teoría de la dogmática jurídica ha de procurar al jurista los instrumentos teóricos necesarios para que pueda cumplir adecuadamente esta tarea”.⁸⁴ Si una teoría del Derecho omite la creación de un modelo de dogmática jurídica, entonces no puede ser considerada como una teoría general del Derecho.

La teoría pura del Derecho no indica cuáles son los instrumentos para interpretar las normas jurídicas. Por esta razón, Robles considera que la teoría kelseniana es una empresa incompleta, explica que “la teoría pura del derecho cierra el camino a todo esfuerzo encaminado a elaborar una metodología de la ciencia dogmática del derecho”.⁸⁵ Sin embargo, considero que la crítica de Robles es errada por las siguientes razones. Cualquier teoría jurídica con pretensiones científicas está limitada a describir con claridad y objetividad su objeto de estudio; es decir, está impedida a prescribir conductas, ya sea que incite a realizarlas u omitirlas. En este sentido, una teoría que desea explicar el Derecho en *general* no puede ordenar que la interpretación de los textos legales sea realizada con base en métodos de interpretación definidos. La teoría jurídica no es la instancia competente para ordenar los métodos a utilizar en la interpretación del Derecho. Por el contrario, el orden jurídico sí puede determinar los métodos que *deben* utilizarse para interpretar las normas jurídicas; en consecuencia, las formas y métodos de interpretación varían de acuerdo con cada sistema jurídico en particular.

⁸⁴ Cfr. Robles Morchón, Gregorio, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013, pp. 10-11. Corchetes propios.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 22.

La dogmática jurídica, en el sentido propuesto por Robles, es una empresa que varía con base en cada sistema jurídico; es decir, por cada orden jurídico existirá una dogmática jurídica que lo estudie. La idea de una dogmática jurídica general —conjunto de instrumentos que deben emplearse para interpretar el Derecho— que aplique a todos los sistemas jurídicos es una pretensión ambiciosa e imposible.

B. *Las decisiones jurídicas*

Robles acusa a la teoría pura del Derecho de considerar cualquier decisión jurídica como una expresión de irracionalidad, explica: “Kelsen se limita a subrayar el carácter político y, por tanto, irracional de toda decisión jurídica y de todos los posibles principios o criterios inspiradores de la misma [...] si los juicios de valor son simplemente subjetivos, entonces todo está permitido [...] ¿qué tipo de juguete es la razón si no sirve a los humanos para orientar mínimamente sus vidas?”.⁸⁶

Considero que la crítica de Robles es endeble por las siguientes razones. En primer lugar, Kelsen afirma que el Derecho constituye un parámetro de objetividad. Las normas jurídicas funcionan como un marco que delimita lo que puede ser considerado como Derecho. Por ejemplo, un acto de voluntad (inicialmente subjetivo) puede ser considerado un deber objetivo cuando encuentra respaldo en el Derecho. En consecuencia, la producción de una decisión jurídica no es una arbitrariedad. Ésta adquiere objetividad jurídica cuando es producida conforme a las normas del sistema jurídico.

Para Kelsen no existen contenidos *a priorísticamente* jurídicos. Un principio de la moral adquiere relevancia jurídica cuando ha sido incorporado en el Derecho. En ese sentido, hay principios que, dependiendo de cada sistema jurídico en lo particular, pueden tener un estatus más allá de la subjetividad; es decir, un principio de la moralidad puede ser un criterio material que considerar en la creación y aplicación de las normas jurídicas.

Finalmente, es importante remarcar el papel de la razón en la teoría jurídica kelseniana. Para Kelsen, “la función de la razón es conocer, no querer; y en cambio el establecimiento de normas es un acto de la voluntad”.⁸⁷ En otras palabras, mediante la razón los seres humanos podemos acceder al conocimiento; sin embargo, es imposible intentar ordenar la conducta de los seres humanos con base en la razón. Por ello, es absurdo concebir a la razón como el instrumento adecuado para ordenar la vida de los seres humanos.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 17. Corchetes propios.

⁸⁷ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 231.

C. *El problema de la norma fundamental*

Robles advierte una inconsistencia en la teoría pura del Derecho. Kelsen propone la elaboración de una teoría que explique el Derecho positivo; cualquier elemento ajeno a éste, no será considerado por la teoría kelseniana. Sin embargo, parte de la obra kelseniana estudia elementos que no son Derecho, es decir, elementos que no son normas jurídicas positivas. La norma fundamental es uno de esos elementos. Por esta razón, Robles critica: “Si la norma fundamental no es una norma positiva, entonces es evidente que no forma parte de la estructura del derecho positivo”.⁸⁸

En mi opinión, la crítica de Robles es correcta. Considero que una teoría jurídica puede prescindir de la norma fundamental para explicar su objeto de estudio. En consecuencia, en la elaboración del presente trabajo de investigación omitiré involucrarme en aspectos relacionados con la norma fundamental.

D. *El significado de norma jurídica*

Robles afirma que la teoría kelseniana “no enfrenta directamente el problema del concepto y de la estructura de la norma jurídica”.⁸⁹ Por esta razón, nos enfrentamos a la siguiente crítica: “El concepto de norma jurídica queda diluido, y bien podría decirse que en definitiva para Kelsen cualquier frase que aparece en un texto jurídico es ya, sin más, una norma jurídica, drástica solución con la que es muy probable que el propio Kelsen tampoco se sentiría satisfecho”.⁹⁰

Al respecto, considero que la crítica es errónea. En primer lugar, Kelsen analiza *explícitamente* el concepto de norma jurídica en el capítulo I de la primera y segunda edición de la Teoría Pura del Derecho (Ginebra, 1934; Berkeley, 1960). Es falso que la teoría kelseniana olvide estudiar el concepto y la estructura de la norma jurídica. En segundo lugar, Kelsen explica constantemente la diferencia entre ley en sentido formal y material. La ley en sentido formal es el resultado de cualquier proceso de producción normativa; esto es, todo producto derivado de un procedimiento normativo. La ley en sentido material es toda regulación de la conducta humana; todas las normas jurídicas son leyes en sentido material. Por ejemplo: el proceso legislativo crea un Código de comercio y en sus disposiciones éste declara la utilidad del sistema capitalista por encima del socialista. Esta

⁸⁸ Cfr. Robles Morchón, Gregorio, *op. cit.*, nota 84, p. 39.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 44.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 47.

declaración es una ley en sentido formal; sin embargo, no es una ley en sentido material, porque no regula la conducta humana, simplemente declara una ideología política.

En conclusión, para Kelsen no es necesario que todo texto jurídico esté compuesto por normas jurídicas. Hay ocasiones en que los textos jurídicos contienen disposiciones cuyo sentido no es regular la conducta humana, y por consiguiente, no son normas jurídicas.

E. *Relación entre validez y eficacia*

Para Kelsen, la validez jurídica es una categoría que las normas tienen al producirse con base en los criterios establecidos por el sistema jurídico. Cualquier norma creada con base en esos requisitos es una norma válida, es decir, existe en el sistema jurídico. Sin embargo, la validez de las normas está condicionada a su eficacia —en circunstancias muy concretas—. Si las normas válidas dejan de ser observadas y/o aplicadas durante un tiempo considerable, entonces pierden su validez. Robles crítica esa tesis kelseniana. Explica: “Si la eficacia de la norma jurídica concreta es condición de su validez, parece totalmente lógico pensar que la eficacia ha de preexistir a la validez, puesto que, en caso contrario, ¿cómo podría ser requisito o condición de ella? [...] en el esquema propuesto por la teoría pura del derecho la validez es, por principio, previa a la eficacia. Pero ¿Cómo puede la validez ser previa a la eficacia si esta es su condición?”.⁹¹ En otras palabras, Robles afirma que la eficacia tiene que anteceder a la validez de la norma jurídica.

Considero que esta crítica es errada por las siguientes razones. La validez jurídica significa la existencia de una norma en el sistema jurídico. Si la norma no es válida entonces no existe; una norma inválida no es norma en absoluto. Para que el objeto 1 «eficacia» pueda condicionar al objeto 2 «validez», es necesaria la existencia del objeto 2. Los objetos condicionantes sólo adquieren tal calidad cuando existe algo a lo que puedan condicionar. En consecuencia, para que la eficacia pueda ser condición de validez, es necesaria la existencia de una norma a la que se pueda condicionar; es decir, primero, tiene que existir una norma jurídica (validez) y, después, podrá condicionarse su existencia a través de su eficacia.

2. *Eduardo García Máynez*

⁹¹ *Ibidem*, pp. 59-60. Corchetes propios.

Máynez considera que la relación entre Derecho y moral es fundamental para comprender el fenómeno jurídico. Por ello, establece las siguientes críticas contra la teoría kelseniana.

A. El problema de la norma fundamental

Máynez critica la solución jurídico-formal, propuesta por Kelsen, para resolver el problema de la validez jurídica. Esta solución consiste en presuponer la existencia de una norma fundante básica que permite interpretar un sistema de exigencias y órdenes como un sistema jurídico válido. Por ello, afirma: “Suprimir el problema más trascendental de la filosofía jurídica (el de la validez), o pretender resolverlo gracias a la suposición de una norma hipotética es, en último término, realizar la apoteosis del derecho vigente, y equivale a colocar una aureola sobre la cabeza del legislador”.⁹² En mi opinión, no es necesario presuponer la norma fundamental para explicar el funcionamiento de la validez en los sistemas jurídicos. Al respecto, comparto la postura de Merkl, según Patricia Cuenca Gómez, cuando explica: “Merkl, a diferencia de Kelsen, no se remonta en este punto a la Grundnorm o norma fundamental, frenando la cadena de fundamentación de la validez en una norma puesta jerárquicamente superior, sin sentir la necesidad de recurrir en última instancia a una norma presupuesta”.⁹³ Por esta razón, en el presente trabajo de investigación elaboraré una teoría dinámica de la validez jurídica sin apelar a la doctrina de la norma fundamental.

Además, Máynez propone elementos ajenos al Derecho positivo como solución al problema de la validez jurídica. Este punto será tratado enseguida.

B. La validez del Derecho

En semejanza con Radbruch, Máynez considera que los principios morales son el fundamento para afirmar la validez del Derecho.

En este sentido, los principios de una moral absoluta son los criterios *autorizados* para calificar la validez de un orden jurídico. Al respecto, explica: “Cuando el individuo encuentra que el derecho legislado se halla en armonía con ese criterio metajurídico de lo justo, afirma la validez de tal derecho y, en caso contrario, la niega”.⁹⁴ Que un individuo niegue la validez del Derecho trae aparejadas dos consecuencias: en primer lugar, si el

⁹² Cfr. García Máynez, Eduardo, “El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho”, en Eduardo García Máynez, *Ensayos Filosófico-Jurídicos 1934-1979*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 18.

⁹³ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 30, pp. 175-176.

⁹⁴ Cfr. García Máynez, Eduardo, *op. cit.*, nota 92, p. 21.

individuo que niega la validez de una norma está facultado por el Derecho positivo para invalidar normas, entonces su negación produce efectos en el sistema jurídico, a saber, la invalidación de la norma jurídica. Por el contrario, si el individuo que niega la validez de una norma no está facultado por el orden jurídico para invalidar normas, su negación no genera ningún cambio en el sistema jurídico; es decir, su opinión sobre la validez normativa carece de importancia jurídica.

En conclusión, los principios morales pueden funcionar como criterios para calificar la validez del Derecho; sin embargo, es una *conditio sine qua non* que estos principios estén reconocidos por el sistema jurídico como criterios materiales de validez. Si no están incorporados en el sistema jurídico, carecen de relevancia jurídica.

C. Criterios formales de validez

Máynez considera que: “Dentro de una concepción positivista del derecho no hay más problemas de validez que los puramente formales”.⁹⁵ Esta afirmación es incorrecta. Las teorías positivistas reconocen la importancia de criterios formales y materiales de validez jurídica. Para Máynez, los criterios materiales de validez son un conjunto de valores objetivos que aplican para cualquier orden jurídico. Si el orden jurídico coincide con estos valores, entonces es correcto denominarlo Derecho; si no coinciden es imposible concebir dicho orden como jurídico. En otras palabras, la existencia de valores absolutos condiciona la validez de las normas jurídicas. En ese sentido, Máynez afirma: “La validez intrínseca u objetiva de un precepto no deriva de la forma o estructura lógica del mismo, ni de las condiciones en que fue formulado, sino exclusivamente de su materia. Objetivamente válido es el precepto justo”.⁹⁶

La propuesta de Máynez carece de sentido si la existencia de valores absolutos es negada. En mi opinión, afirmar la inexistencia de valores absolutos no implica negar la existencia de criterios materiales de validez. Las teorías positivistas consideran la importancia del contenido en los criterios de validez jurídica. Sin embargo, el positivismo jurídico no está comprometido con valores absolutos; es decir, cualquier contenido puede ser Derecho. Cuando un orden jurídico adopta un determinado contenido, éste tiene que ser reproducido en las normas que integran el sistema jurídico. En este sentido, el contenido elegido por el Derecho puede ser establecido como un criterio material de validez jurídica.

⁹⁵ Cfr. García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 19.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 39.

Por las razones expuestas, la teoría positivista no se limita a un estudio *formalista* de la validez jurídica.⁹⁷

3. *Ángeles Ródenas Calatayud*

Ródenas aporta herramientas para comprender la importancia del contenido en los criterios de validez jurídica.

Explica que la validez material: “depende de que el contenido del acto o la norma sea compatible con lo dispuesto en normas superiores”.⁹⁸ Evaluar la compatibilidad entre el contenido de una norma superior respecto de una inferior es una cuestión difícil. Para lograrlo, es necesario interpretar el contenido de ambas normas. La interpretación del contenido normativo puede realizarse con base en diversos métodos, técnicas y herramientas. El resultado del examen interpretativo únicamente puede tener dos resultados: la compatibilidad o incompatibilidad material de las normas jurídicas. Por lo tanto, existe invalidez material si la interpretación normativa concluye la incompatibilidad sustantiva entre normas de distinta jerarquía. En este sentido, las normas jurídicas pueden ser consideradas inválidas cuando su contenido no corresponde con lo ordenado por normas jurídicas superiores. A su vez, los mecanismos de anulabilidad, que explicaré más adelante, son un indicativo de la importancia material en los criterios de validez jurídica.

4. *José Delgado Pinto*

Las críticas de Delgado Pinto se basan en la supuesta omisión de la teoría kelseniana acerca de la relación entre validez jurídica y elementos morales. Elabora las siguientes críticas:

A. Principios morales como criterios de validez jurídica

Pinto cree que existe una diferencia importante entre la teoría de la validez jurídica de Kelsen y Hart. La diferencia consiste en que Hart concibe la posibilidad de incluir ciertos principios morales y de justicia como criterios que condicionen la validez jurídica de las normas, mientras que Kelsen no considera esta posibilidad. Por ello, explica: “Sin duda, no

⁹⁷ La relación entre moral y validez jurídica será expuesta con mayor detenimiento en el Capítulo Segundo.

⁹⁸ Cfr. Ródenas Calatayud, Ángeles, “Validez formal y validez sustantiva: El encaje de la competencia material”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 30, 2007, p. 544, <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-validez-formal-y-validez-sustantiva-el-encaje-de-la-competencia-material>.

debe restarse importancia a los rasgos del pensamiento de Hart [...] que lo diferencian del de Kelsen (por un lado, la admisión de que, aunque se trate de algo contingente, en algunos órdenes jurídicos la conformidad con ciertos principios morales puede incluirse como parte de los criterios o requisitos a que han de ajustarse las normas para ser consideradas como normas válidas)".⁹⁹

En mi opinión, la teoría kelseniana también considera la posibilidad de estatuir principios morales y de justicia como condiciones para calificar la validez de las normas jurídicas. Kelsen afirma que cualquier contenido puede ser Derecho. En este sentido, un orden jurídico puede obligar el acatamiento de ciertos principios morales; sólo cuando esto sucede, los criterios de la moralidad se convierten en un parámetro de objetividad material para calificar la validez del Derecho. En otras palabras, es necesario que el contenido de la moral, mediante una norma jurídica, esté incorporado al sistema jurídico para funcionar como un criterio material de validez jurídica.

B. *Elementos extrajurídicos como condiciones de validez jurídica*

Pinto considera que la forma y contenido de la norma jurídica no son elementos suficientes para calificar su pertenencia en el sistema jurídico; algunas veces, es necesario calificar su validez a través de un proceso argumentativo, en el cual pueden utilizarse elementos morales para decidir si la norma pertenece, o no, al sistema de Derecho. Al respecto, afirma: "en ocasiones, para dilucidar si una presunta norma es una norma jurídica vigente es preciso ponderar su contenido en un proceso argumentativo en el que juegan un papel decisivo aquellas valoraciones político-morales vigentes en el grupo y que subyacen al propio orden jurídico".¹⁰⁰ Por esta razón, la validez material de las normas está sujeta a un proceso argumentativo en el cual se decide el *verdadero* contenido que debe tener una norma para ser considerada como parte del Derecho.

Como ya mencioné, la validez sustantiva de una norma se comprueba mediante un examen interpretativo que decide la compatibilidad material de las normas inferiores respecto de las superiores. En este sentido, coincido *parcialmente* con Pinto cuando afirma la utilidad de un proceso argumentativo que determine el contenido que las normas jurídicas deben tener para ser consideradas como partes integrantes del sistema jurídico. Sin embargo, considero que el Derecho es el material por interpretar para conocer el contenido

⁹⁹ Cfr. Delgado Pinto, José, "Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas", *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 7, 1990, p. 151, <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.7.05>. Corchetes propios.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 146.

de las normas jurídicas; es decir, el orden jurídico puede incluir o excluir las herramientas a utilizar en el proceso argumentativo. Por esta razón, es posible que el Derecho prohíba la utilización de elementos políticos, económicos y morales en un proceso argumentativo cuyo objeto sea la calificación de validez de la norma jurídica. No obstante, también es posible que el orden jurídico permita utilizar elementos de otros sistemas normativos para argumentar en favor, o en contra, de la pertenencia de determinada norma en el sistema jurídico.

En conclusión, el Derecho determina las herramientas a utilizar en los procesos argumentativos para decidir la validez material de las normas jurídicas.

5. Alf Ross

En este apartado expondré las críticas de Ross a la teoría kelseniana de la validez jurídica.

A. *La obligatoriedad del Derecho como deber moral*

Para Ross, el concepto de validez empleado por el positivismo jurídico kelseniano y el iusnaturalismo es el mismo, a saber: “La fuerza obligatoria [...] significa que tenemos el deber de obedecer el derecho”.¹⁰¹

Ross critica esa concepción de validez jurídica. Argumenta que el deber jurídico es el creado por la norma jurídica, pero que el deber de obedecer el Derecho es distinto del deber jurídico; es decir, los deberes jurídicos son siempre determinados. A cada norma jurídica le corresponde el deber jurídico de obedecerla, en virtud de su sanción. Sin embargo, el deber genérico de obedecer el Derecho sólo puede existir en el plano de la moral. Asimismo, Ross concibe que el concepto validez jurídica, como deber moral de obedecer al Derecho, cumple una función: “consiste en reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales”.¹⁰²

La teoría jurídica kelseniana no entiende la obligatoriedad del Derecho como un deber moral de obediencia. Que una norma jurídica sea vinculante es una consecuencia de aceptar que el acto de voluntad creador de la norma encuentra un respaldo en el sistema jurídico; es decir, que el sentido subjetivo de un acto de voluntad cuenta con un sentido objetivo (por parte del orden jurídico). Sin embargo, la idea de objetividad en el Derecho es

¹⁰¹ Cfr. Ross, Alf, “El concepto de validez...”, *cit.*, nota 75, pp. 15-16. Corchetes propios.

¹⁰² *Ibidem*, p. 24.

inconcebible para Ross; al respecto, afirma: “la idea de una norma verdadera o de un deber objetivo es exactamente la idea con la cual opera la filosofía del derecho natural, una idea que solo posee significado si se aceptan los principios morales objetivos, apriorísticos, de los cuales se derivan los verdaderos deberes”.¹⁰³ En mi opinión, afirmar que el orden jurídico constituye un parámetro de objetividad no implica aceptar la existencia de valores o principios morales absolutos. Considero que el error de Ross consiste en equiparar la objetividad del orden jurídico con un contenido inmutable o evidente en sí mismo. El Derecho puede tener contenidos coincidentes o contradictorios con los valores *absolutos* de la moral —suponiendo que existe una moral absoluta—; no obstante, la coincidencia de las normas jurídicas con *la* moral es un hecho contingente, no necesario, que no condiciona la validez del Derecho. En este sentido, el Derecho es obligatorio, pues los deberes que impone son objetivos en virtud del orden jurídico, y, al mismo tiempo, puede ser considerado como una aberración que no debe ser cumplida desde una óptica moral determinada.

En conclusión, la validez jurídica significa la obligatoriedad de las exigencias normativas por haber sido creadas conforme a los requisitos impuestos por el sistema jurídico; por el contrario, la validez de una norma jurídica no significa la existencia de un deber moral de obedecerla.

B. *Relación entre validez y eficacia*

Como ya mencioné, Ross califica los conceptos de validez y eficacia como idénticos. Para Ross, la efectividad, o validez, de una norma es algo que puede ser comprobado mediante una observación fáctica. Por ello, critica la tesis kelseniana de la eficacia como condición de validez. Al respecto, explica: “cuando estos hechos son la condición necesaria y suficiente para la existencia de la norma, y cuando el método de verificación determina el significado del enunciado de que una norma existe, entonces la existencia de una norma es simplemente la efectividad del orden al que pertenece, y no otra cosa. La idea de validez es superflua”.¹⁰⁴ En otras palabras, si el enunciado que afirma la existencia de una norma sólo puede ser verificado mediante la observación de ciertos hechos, entonces los hechos son la existencia misma de la norma. Por tanto, validez y eficacia normativa son el mismo fenómeno.

Kelsen explica que las implicaciones fácticas de la existencia de una norma no son idénticas a la norma misma; es decir, la eficacia de una norma no es lo mismo que su

¹⁰³ *Ibidem*, p. 25.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 37.

validez. En este sentido, Kelsen explica: “La conducta que se adecua al derecho no es el derecho, como tampoco lo es la que no se adecua al mismo. El derecho y la conducta que se adecua a él son dos cosas diferentes. Adecuación designa una relación entre dos cosas que, precisamente porque se trata de una relación, no pueden ser idénticas”.¹⁰⁵

En suma, la validez es diferente a la eficacia normativa. La validez significa la existencia de una norma jurídica. Sólo cuando la norma existe, es posible interpretar los hechos del mundo normativamente, jurídicamente. Por ello, la eficacia normativa es un fenómeno posterior a la existencia de la norma. Sin embargo, la norma está condicionada a su eficacia. La norma jurídica pierde su validez cuando, por un tiempo considerable, deja de tener implicaciones fácticas verificables; es decir, cuando los individuos ya no la utilizan para interpretar normativamente el mundo fáctico.

En este segundo apartado del Capítulo Primero, denominado *Críticas y aportaciones a la teoría de la validez jurídica de Kelsen*, decidí estudiar algunos juicios y detracciones de los que ha sido objeto la teoría kelseniana —en lo que respecta a la validez jurídica—. En ese sentido, detecté problemas y contradicciones contenidas en la propuesta kelseniana. El objetivo de dicho estudio fue proponer soluciones posibles a dichas irregularidades, a fin de obtener la versión más sólida de la teoría kelseniana de la validez jurídica. Esta será utilizada para la elaboración de los siguientes capítulos.

¹⁰⁵ Cfr. Kelsen, Hans, “Una Teoría ‘Realista’ y la Teoría Pura del Derecho (Observaciones a Alf Ross: Sobre el derecho y la justicia)”, trad. por Eduardo A. Vásquez, en Hans Kelsen, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, 2a. ed., México, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 19.

CAPÍTULO SEGUNDO

CONDICIONES Y PRESUPUESTOS CONCEPTUALES DE LA VALIDEZ JURÍDICA

En los siguientes capítulos intentaré ofrecer una teoría de la validez jurídica, que será pensada y estructurada a partir de una perspectiva dinámica. Tal teoría explicará los elementos sociales y morales que podrían condicionar la validez de las normas; el funcionamiento de la validez jurídica en el fenómeno de producción normativa, y, por último, los distintos criterios que pueden determinar la validez normativa.

I. ASPECTOS MORALES Y SOCIALES COMO CONDICIONES DE VALIDEZ JURÍDICA

En este apartado analizaré la importancia de la moral y eficacia como elementos que condicionan la validez de las normas jurídicas. Asimismo, estudiaré la crítica que Agustín Squella realiza a la tesis kelseniana de la relación entre Derecho y moral.

1. *Validez y moral*

La teoría pura es una empresa científica que pretende estudiar al Derecho con base en un método específico; a saber, la pureza metódica. Este método consiste en aislar al Derecho de todo elemento ajeno a lo jurídico, con el objetivo de construir una ciencia jurídica objetiva y descriptiva que omita la introducción de elementos políticos, religiosos, metafísicos y morales en el estudio del Derecho. Muchas críticas han sobrevenido a tal pretensión; algunos piensan que la pureza metódica equivale a negar las conexiones de los sistemas jurídicos con elementos morales o sociales. Sin embargo, aquellos pensamientos son resultado de una incorrecta interpretación de la teoría pura del Derecho. La propuesta kelseniana consiste en realizar un estudio puro del Derecho, y no un estudio del Derecho puro.

En realidad, los ordenamientos jurídicos tienen contenidos económicos, morales, sociales, políticos, etcétera. Estos elementos pueden denominarse la moral de un grupo; es decir, las preferencias que deciden adoptar como criterios para dirigir el comportamiento social del grupo. En este sentido, el Derecho siempre es moral. De hecho, el orden jurídico puede instituir a la *moral del grupo* como un criterio material de validez jurídica. Por esta razón, los criterios materiales de validez jurídica tienen la misma importancia que los criterios formales.

A. *La moral como criterio material de validez jurídica*

Para comprender la función de la moral como criterio de validez jurídica, modelaré un caso hipotético utilizando una *ley fundamental proteccionista de la vida*.

Imagine un orden jurídico cuya ley fundamental exprese: *las normas subsecuentes deberán proteger la vida*; por el momento, es irrelevante elaborar una interpretación de los vocablos ‘norma’, ‘subsecuente’, ‘deberán’, ‘proteger’ y ‘vida’. Basta con mencionar lo siguiente: la norma jurídica es la expresión de una concepción moral determinada.

Los seres humanos podemos interpretar el mundo desde distintas ópticas; por ejemplo, a partir de la lógica, Derecho, economía, sociología, etcétera. La interpretación moral del mundo consiste en atribuir un significado normativo a los hechos del mundo con base en consideraciones morales; es decir, califica ciertos acontecimientos como permitidos, prohibidos u obligatorios, tomando como parámetro para realizar dicha calificación principios morales que varían en el tiempo y espacio.

Las normas jurídicas son el sentido objetivo de actos de voluntad que *quieren* ordenar la conducta humana, ya sea propia o ajena, lo que se quiere para sí o para otros depende de la concepción moral del mundo. En otras palabras, los individuos, mediante órdenes intencionalmente dirigidas a regular el comportamiento de los demás, revelan la concepción moral que tienen de los hechos. Por esta razón, si una norma estatuye la obligación de proteger la vida, entonces la interpretación moral del mundo —según esa norma— consiste en considerar a la vida como algo valioso. En consecuencia, la *ley fundamental proteccionista de la vida* contiene una determinada interpretación moral del mundo.

La validez material de las normas jurídicas consiste en la correspondencia entre la interpretación moral de los hechos que realiza la ley fundamental, y la realizada por las normas subsecuentes del sistema jurídico. Cuando las normas jurídicas subsecuentes tienen una interpretación moral del mundo diferente a la propuesta por la ley fundamental, es correcto afirmar que las primeras carecen de validez material; por ello, la incompatibilidad material es un argumento para considerar a las normas jurídicas como inválidas en virtud de su contenido. En conclusión, la moral, como interpretación específica de los hechos, es un criterio para determinar la validez jurídica de las normas.

2. *Relativismo moral*

En términos generales, la relación entre validez jurídica y moral se agota con la explicación de la sección anterior. No obstante, para evitar incorrectas interpretaciones de mi propuesta, es necesario aclarar la naturaleza de los principios morales con base en los cuáles el mundo puede ser interpretado.

La moral es un orden normativo que regula la conducta humana. Esto es, la moral está constituida por normas y principios que exigen la realización de conductas determinadas. Las conductas exigidas por la moral están determinadas por los valores, creencias, costumbres, tradiciones, y, en general, por cualquier elemento que la sociedad considere de relevancia social. En consecuencia, el contenido de la moral no es inmutable, depende de las consideraciones sociales en un tiempo y espacio determinados; en otras palabras, la moral no tiene un contenido absoluto, sino relativo.

El relativismo moral es una postura filosófica que considera al fenómeno moral como un hecho cambiante, dinámico y relativo. Por esta razón, las normas morales, que funcionan como herramientas para interpretar el mundo de determinada manera, pueden tener contenidos diferentes.

La postura contraria al relativismo es la que concibe al fenómeno moral como un conjunto de normas, valores y principios de contenido inmutable, absoluto y estático. En mi opinión, el *absolutismo* moral es una postura filosófica inadecuada para explicar el Derecho. Si el contenido de los valores y principios morales absolutos fuera asequible al conocimiento científico, entonces sólo existiría *una* interpretación moral de los hechos. En ese sentido, los actos de voluntad que inspiran a las normas jurídicas, y las normas jurídicas como tal, serían el reflejo de la *única* interpretación moral posible sobre los hechos.

En este orden de ideas, el Derecho sólo podría tener un contenido único; a saber, la interpretación moral de los hechos realizada con base en las normas y principios absolutos de la moral. Sin embargo, este no es el caso. Los órdenes normativos morales realizan una interpretación normativa del mundo distinta dependiendo de cada sociedad; esto es, fenómenos como el aborto, la eutanasia, el uso lúdico de la marihuana, etcétera, reciben interpretaciones morales cambiantes. Por ejemplo, para algunos el aborto es un objeto moralmente inícuo, para otros constituye una libertad que todas las mujeres deberían tener.

En suma, mi propuesta de un condicionamiento moral de la validez jurídica sólo puede ser entendida a partir de una concepción relativista del fenómeno moral.

3. *Transición de una interpretación moral a una jurídica*

No toda interpretación moral de los hechos es un criterio material de validez jurídica. Para que la moral —es decir, aquellas normas que funcionan como herramientas de interpretación— sea considerada como un criterio de validez jurídica es *necesario* que ésta sea incorporada al sistema mediante una norma jurídica.

La interpretación moral de los hechos puede ser incorporada al sistema jurídico de dos maneras: implícita y explícitamente. La incorporación *implícita* existe cuando el contenido de una norma jurídica es la expresión de una determinada interpretación moral del mundo. Es implícita porque dicho criterio moral sólo será considerado como condición de validez jurídica cuando se examine la compatibilidad entre la norma que contiene la interpretación moral de los hechos y una norma subsecuente. Por el contrario, la incorporación *explícita* existe cuando el sistema jurídico condiciona la validez de las normas jurídicas a un criterio moral específico. Es explícita porque el sistema jurídico determina, en todos los aspectos, el contenido que han de tener las normas para ser consideradas como jurídicas. En ambos casos, la moral es una condición de validez jurídica.

Una consecuencia de la incorporación moral por el Derecho, es que la interpretación moral transita del fenómeno moral al jurídico. Kelsen coincide con esta explicación. Al respecto, afirma: “Es, sin embargo, posible que el orden jurídico, al obligar a los órganos creadores del derecho a respetar o aplicar ciertas normas morales, determinados principios políticos o tales o cuales opiniones de los expertos, transforme dichas normas, principios u opiniones, en preceptos jurídicos y, por ende, verdaderas fuentes de Derecho”.¹⁰⁶ El tránsito entre un mundo moral a uno jurídico, significa calificar a las normas morales como verdaderas normas jurídicas. En este orden de ideas, Kelsen explica: “El establecimiento del acto jurídico, dentro del marco de la norma jurídica que ha de ser aplicada, es libre, es decir, se realiza según la libre discrecionalidad del órgano nombrado para el establecimiento del acto, a no ser que el mismo derecho positivo se delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etc. Pero, de este modo, estas se transformarían en normas jurídicas positivas”.¹⁰⁷

En suma, no existen interpretaciones morales que por sí mismas sean condiciones de validez jurídica. Para que la moral sea considerada como criterio de validez es necesario que el sistema jurídico la reconozca, ya sea indirecta o directamente. Al hacerlo, la norma moral forma parte del sistema jurídico.

¹⁰⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 156.

¹⁰⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 369.

4. Separación conceptual entre moral y Derecho

En el presente apartado estudiaré la tesis de Kelsen acerca de la diferencia conceptual entre moral y Derecho; también, analizaré las críticas de Agustín Squella a la tesis kelseniana.

A. Tesis de Kelsen

Kelsen considera que los valores y principios de la moralidad son relativos. Es un relativista. La existencia de normas morales absolutas es algo que no puede ser probado objetivamente. Por ello, separar conceptualmente el Derecho de la moral es un esfuerzo loable que toda *verdadera* ciencia del Derecho realiza. En este sentido, la separación conceptual entre ambos órdenes normativos significa que: “La validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia o no correspondencia con cualquier sistema moral”.¹⁰⁸ En otras palabras, los criterios de validez jurídica sólo están determinados por el Derecho. Intentar fundamentar la validez de las normas jurídicas en elementos ajenos al Derecho positivo es un error. En este sentido, la validez del Derecho es independiente del contenido de los órdenes morales; así, Kelsen afirma: “No se puede negar la validez de un orden jurídico positivo a causa del contenido de sus normas”.¹⁰⁹

Es evidente que mi propuesta no está en contradicción con la tesis kelseniana. La validez de las normas jurídicas puede ser negada si éstas no reproducen consideraciones morales que *previamente* hayan sido incorporadas como criterios materiales de validez jurídica.

Ahora bien, en principio, todas las valoraciones morales son subjetivas. Empero, cuando éstas son incorporadas al sistema jurídico como criterios de validez, su carácter subjetivo cambia por uno objetivo. Cualquier valoración moral reconocida por el Derecho se convierte en un parámetro de objetividad material para calificar la validez de las normas jurídicas. Sólo en este sentido, es posible dialogar en términos de valores morales objetivos.

B. Tesis de Squella

Squella critica la tesis kelseniana de la separación conceptual entre moral y Derecho. El núcleo de la crítica consiste en la diferenciación terminológica entre *distinguir* y *separar*.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 117.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 254.

Según Squella, distinguir implica “conocer la diferencia que hay entre una cosa y otra y, [...] manifestar la diferencia que hay entre una cosa y otra”,¹¹⁰ mientras que separar significa “establecer distancia entre dos cosas, o sea, tiene que ver con una actitud que considera aisladamente dos cosas”.¹¹¹ Además, considera que el Derecho y la moral son órdenes normativos que, si bien son diferentes, están relacionados en muchos elementos. De este modo, propone un cambio de denominación en la tesis kelseniana. Debería tratarse de una *distinción* conceptual entre moral y Derecho, y no de una *separación* conceptual. Al respecto, considero que la crítica de Squella es errada. Para estudiar al Derecho con objetividad y exactitud, es necesario *aislarlo* de cualquier elemento extrajurídico que pudiera nublar la descripción de éste. No obstante, el aislamiento metodológico del Derecho —para un análisis científico— no significa negar la relación que tiene con elementos de la moral, economía y política. Así, puede sostenerse la tesis de la *separación* conceptual entre Derecho y moral, y, al mismo tiempo, afirmar que en los hechos ambos órdenes normativos tienen relaciones significativas.

Asimismo, el cambio de denominación de una propuesta científica no es una aportación significativa a la teoría jurídica. Lo verdaderamente importante es si el cambio denominativo trae aparejadas consecuencias importantes en el estudio del Derecho. En este sentido, Squella defiende la utilización del vocablo *distinción* en la tesis que afirma la diferencia entre sistemas normativos jurídicos y morales. La razón de Squella para defender el cambio denominativo es la siguiente.

Squella, con base en Elías Díaz García, cree que: “Sólo desde una plataforma ética cabe, en última instancia, la crítica, el cambio y la necesaria transformación del derecho”.¹¹² Esto es, los contenidos morales son herramientas útiles para criticar el contenido de los órdenes jurídicos y, con base en esas críticas, proponer modificaciones estructurales con el objetivo de mejorar las instituciones jurídicas. La propuesta de Squella es correcta. Los principios morales, así como otros sistemas normativos, pueden utilizarse para *mejorar* el contenido y funcionamiento del Derecho. No obstante, la ciencia del Derecho tiene por objeto describir la estructura y características generales de los sistemas jurídicos; en otras palabras, a la ciencia jurídica no le corresponde diseñar *reformas* que harían posible un mejor sistema jurídico. Su objetivo consiste en describir el Derecho que *es*, y no proponer el Derecho que *debería ser*. La disciplina encargada de estudiar las posibilidades de mejora de un orden jurídico es la Filosofía jurídica. Además, la tesis de la separación conceptual

¹¹⁰ Cfr. Squella, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998, p. 21. Corchetes propios.

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Idem.*

entre moral y Derecho pertenece a la ciencia jurídica. Por tanto, el cambio de denominación, bajo la razón expuesta por Squella, implicaría un cambio en el objetivo de la ciencia jurídica. Este cambio es un retorno a la propuesta kelseniana sobre la manera de estudiar y analizar el Derecho en términos de objetividad y exactitud.

5. Validez y eficacia

En este apartado expondré la importancia de los hechos como elementos que condicionan la validez de las normas jurídicas.

Para comprender la relación entre eficacia y validez, es menester definir el significado de la eficacia normativa. Kelsen entiende a la eficacia como: “hecho de ser de que la norma sea aplicada y obedecida fácticamente, de que acontezca de hecho una conducta humana correspondiente a la norma”.¹¹³ Es decir, la eficacia es un hecho del mundo que consiste en el acatamiento de los deberes jurídicos; ya sea que los individuos cumplan con la exigencia normativa, o que las autoridades apliquen la sanción impuesta por la norma.

La eficacia del Derecho presupone la comprensión de las normas jurídicas. Una norma es eficaz cuando los individuos se comportan conforme a Derecho, y en virtud del Derecho. Empero, los individuos pueden comportarse de la manera indicada por la norma jurídica y desconocer, al mismo tiempo, la existencia de ésta. Por ejemplo: si una norma jurídica y una moral prohíben el homicidio, y los individuos se abstienen de realizar esa conducta *únicamente* en virtud de la norma moral, entonces la norma jurídica no es eficaz.

Esto es, importa jurídicamente la eficacia normativa, no la causal. La eficacia normativa es el hecho consistente en que los individuos se comportan de la manera prescrita por la norma jurídica en virtud de la obediencia al Derecho; por el contrario, la eficacia causal es el hecho consistente en que los individuos se comportan conforme a Derecho en virtud de elementos ajenos a las normas jurídicas. Sin embargo, es imposible establecer un criterio que indique si la norma jurídica tiene eficacia normativa o causal. En este sentido, por eficacia del Derecho se entenderá tanto la normativa como la causal.

6. ¿Derecho eficaz?

La validez es una categoría atribuible a las normas jurídicas. Pero ¿la eficacia también lo es? Kelsen responde a ese cuestionamiento negativamente; explica que: “La validez es una

¹¹³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 65.

cualidad del derecho [...] la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del derecho mismo”.¹¹⁴ En otras palabras, las normas son válidas porque pertenecen al mundo del deber ser; la eficacia, como hecho, pertenece al mundo del ser. Un *ser* no puede ser predicado de un *deber ser*.

Entonces, si la eficacia no es una característica de las normas jurídicas, ¿cuál es el significado de la expresión *Derecho eficaz*? Esta expresión es un enunciado que afirma la existencia de un hecho, se refiere al mundo de los hechos. Por ello, Derecho eficaz significa que “la conducta real de los individuos se ajusta a las normas jurídicas”.¹¹⁵ Esto es, afirmar que una norma jurídica es eficaz significa que, en el mundo fáctico, el comportamiento humano es coincidente con lo establecido por el Derecho. Es un juicio que afirma la correspondencia entre un ser y un deber ser, entre el comportamiento real de los humanos y el comportamiento estatuido como debido en la norma jurídica.

7. Relación entre validez y eficacia

Kelsen considera que la relación entre validez y eficacia sólo puede ser explicada desde una perspectiva dinámica, no estática. La validez como existencia específica de la norma jurídica es un concepto esencial para explicar al Derecho como orden regulador de la conducta humana. Sin embargo, si el Derecho es concebido como un orden en constante cambio, constituido por actos de creación y aplicación normativa, entonces el fenómeno de la validez jurídica tiene que ser completado con una explicación de los hechos sociales que la condicionan. En este sentido, Kelsen afirma: “Esta relación entre validez y eficacia sólo es cognoscible, sin embargo, desde el punto de vista de una teoría dinámica del derecho, que se ocupe en el problema de la razón de validez y en el del concepto de orden jurídico. Desde el punto de vista de una teoría estática sólo viene en cuestión el problema de la validez”.¹¹⁶

La eficacia es una condición de validez jurídica. Kelsen explica: “Una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida si la conducta humana que regula se corresponde con ella fácticamente, por lo menos hasta un cierto grado [...] Un mínimo de la llamada eficacia es una condición de su validez”.¹¹⁷ Es decir, una norma jurídica sólo es válida si es acatada, o aplicada, mínimamente. La eficacia de una norma no debe ser confundida con su validez. El fundamento para afirmar la existencia de una norma jurídica

¹¹⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 46. Corchetes propios.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹¹⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 65. Corchetes propios.

es su validez; la eficacia es una condición para que la norma continúe siendo válida a través del tiempo. En este sentido, Kelsen explica que, para la existencia de la norma jurídica, la validez es una *conditio per quam*, y la eficacia es una *conditio sine que non*. Por esta razón, si durante un lapso considerable de tiempo la norma jurídica no es utilizada en absoluto para interpretar jurídicamente el mundo, entonces deja de pertenecer al sistema jurídico. En otras palabras, la ineficacia normativa constante es causa suficiente para la pérdida de validez jurídica.

La ineficacia normativa es denominada desuetudo. Esta institución “es una costumbre negativa, cuya función esencial consiste en derogar la validez de una norma existente”.¹¹⁸ Ahora bien, mientras la costumbre *positiva* debe ser establecida por el Derecho como un hecho productor de normas jurídicas; la desuetudo no necesariamente debe ser reconocida como un hecho productor de Derecho para generar modificaciones en el sistema jurídico. La razón para afirmar lo anterior consiste en que la validez normativa está sujeta, en todos los casos, a un mínimo de eficacia. El Derecho está impedido para desconocer condiciones que no dependen de sí mismo. Por ello, aunque un orden jurídico establezca que la desobediencia total de sus normas no es impedimento para que éste sea considerado válido, en el mundo del deber ser ese sistema no podrá ser considerado válido, pues nadie lo obedece. Así, Kelsen afirma: “Si la eficacia [...] es condición de la validez [...] entonces la función productora de derecho de la costumbre no puede ser excluida por la legislación escrita, al menos en la medida en que cabe tener en cuenta la función negativa de la desuetudo”.¹¹⁹ En suma, la fuerza de la desuetudo puede invalidar cualquier norma o sistema jurídico, sin importar si está reconocida o no.

Asimismo, la ineficacia normativa afecta la validez de una norma jurídica en particular o del sistema jurídico como totalidad. Por ello, Kelsen declara: “Es innegable que un orden jurídico en su totalidad, al igual que una norma jurídica aislada particular, pierde su validez cuando deja de ser eficaz”.¹²⁰ Por otra parte, es importante señalar que la invalidez del sistema jurídico —a causa de su ineficacia— implica la pérdida de validez de todas las normas jurídicas que lo integran. Así, aunque un porcentaje del 3% (tres por ciento) de la totalidad de normas jurídicas reciba obediencia, si el sistema jurídico es declarado inválido, entonces ese porcentaje también perderá su validez jurídica. No obstante, la invalidez de una norma jurídica en particular —a causa de su ineficacia— no implica, necesariamente, la pérdida de validez del sistema jurídico. Las consideraciones anteriores están fundadas

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 250.

¹¹⁹ *Idem*. Corchetes propios.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 247.

en la teoría de conjuntos. Por un lado, la característica que define al conjunto puede ser predicada de todos los elementos que lo integran; por otro, la característica de un elemento no puede ser predicada del resto de elementos integrantes del conjunto.

8. La lógica de la eficacia normativa

El funcionamiento de la eficacia normativa puede ser explicado en términos de cálculo proposicional. La conectiva lógica apropiada para entender el fenómeno de la eficacia normativa es la disyunción incluyente. La disyunción incluyente consiste en que dos hechos distintos pueden ocurrir sin necesidad de excluirse; esto es, las proposiciones que afirman la existencia de dos hechos distintos pueden ser verdaderas simultáneamente, sin que esto implique una contradicción. En este sentido, Calvo Soler explica: “En términos lógicos, la eficacia vendría definida por una disyunción; [sic] $p \vee q$ en donde p significa acatamiento y q aplicación de la sanción. Esta disyunción tiene carácter incluyente, esto es, el caso en que las normas fuesen acatadas por la generalidad de individuos y aplicadas en los supuestos en que se de [sic] la condición de aplicación de la sanción también sería un supuesto de eficacia de las normas”.¹²¹

Ahora, analizaré si la proposición de Calvo Soler es verdadera mediante tablas de verdad.

Supuestos de eficacia	p	q	$p \vee q$	v	q
Reglón 1: eficacia	V	V	V	V	V
Reglón 2: eficacia	V	F	V	V	F
Reglón 3: eficacia	F	V	V	V	V
Reglón 4: ineficacia	F	F	F	F	F

La proposición describe la realidad objetivamente. La norma jurídica es eficaz cuando es acatada y aplicada (renglón 1), cuando es acatada pero no aplicada (renglón 2), cuando no es acatada pero sí aplicada (renglón 3) y es considerada ineficaz si no es acatada o aplicada (renglón 4).

¹²¹ Cfr. Calvo Soler, Raúl, “La ineficacia de las normas jurídicas en la Teoría Pura del Derecho”, *Isonomía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 27, octubre 2007, p. 174, <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a7.pdf>. Corchetes propios.

Por otra parte, la ineficacia normativa también puede explicarse en términos lógicos. La conectiva lógica que permite entender el funcionamiento de la desuetudo es la negación copulativa. La negación copulativa consiste en afirmar la verdad de una proposición si, y sólo si, dos proposiciones distintas son simultánea y conjuntamente negadas. Al respecto, Calvo Soler afirma que “la negación de la eficacia equivale lógicamente a la conjunción de sus elementos negados, esto es, una norma es ineficaz si, y sólo si, dadas las condiciones de aplicación de la misma esta no es acatada y tampoco es aplicada la sanción prescrita: $p \wedge -q$ ”.¹²²

Igualmente, analizaré si la proposición de Calvo Soler es verdadera mediante tablas de verdad.

Supuestos de eficacia	p	q	-p	\wedge	-q
Reglón 1: eficacia	V	V	F	F	F
Reglón 2: eficacia	V	F	F	F	V
Reglón 3: eficacia	F	V	V	F	F
Reglón 4: ineficacia	F	F	V	V	V

En este caso, la proposición también describe la realidad objetivamente. La norma jurídica no puede ser considerada ineficaz si es acatada y aplicada (renglón 1), tampoco cuando es acatada y no aplicada (renglón 2), ni cuando no es acatada pero sí aplicada (renglón 3); en cambio, la norma jurídica es ineficaz si no es acatada y tampoco aplicada (renglón 4).

En suma, la proposición que afirma la eficacia de una norma jurídica es una disyunción incluyente; mientras que la ineficacia de las normas está representada por una negación copulativa.

9. Problemas temporales entre validez y eficacia

Para comprender las relaciones entre norma y realidad es importante establecer qué ocurre primero: la eficacia normativa o la validez jurídica.

Por necesidad, la validez jurídica es un fenómeno que antecede a la eficacia normativa. Esto es, en un primer momento la norma es incorporada al sistema jurídico,

¹²² *Idem.*

después, esta norma será utilizada por los individuos para interpretar normativamente los hechos del mundo. De hecho, una norma jurídica puede ser aplicada, por los órganos jurisdiccionales, para interpretar las relaciones entre individuos que desconocen la existencia de la norma. Por ello, en un primer momento, la validez de la norma jurídica existe con independencia de su eficacia. Al respecto, Kelsen explica: “Las normas generales de una ley cobran validez aun antes de que cobren eficacia en un sentido o en el otro, y un tribunal que aplica una ley por vez primera, inmediatamente después de haber sido promulgada, sin que, por lo tanto, haya podido aún adquirir eficacia, aplica una ley válida”.¹²³

Algunos autores han criticado la tesis kelseniana de la validez como antecedente de la eficacia. Empero, este problema ha sido tratado en el Capítulo Segundo, específicamente en la discusión con Gregorio Robles.¹²⁴

10. *Eficacia y naturaleza*

Las normas jurídicas pueden ofrecer una interpretación normativa sobre cualquier hecho fáctico. Esto implica que el Derecho pueda significar normativamente hechos que *necesariamente* se darán en la realidad. ¿Tiene algún sentido normar hechos naturales? Responder esta pregunta es difícil.

En primer lugar, existen hechos en el mundo que están determinados en virtud de leyes naturales. Por ejemplo: la fotosíntesis que realizan las plantas, los sismos, la gravedad, la lluvia, etcétera. La razón del acaecimiento de los hechos naturales es la naturaleza misma. Asimismo, la ocurrencia de estos hechos es independiente a la voluntad de los seres humanos; es decir, la voluntad humana no es la razón por la cual ocurren estos fenómenos. El deseo de un individuo consistente en obtener agua para que sus cosechas mejoren no implica que el fenómeno fluvial *deba* suceder. En este sentido, las normas jurídicas que ordenan la ocurrencia de fenómenos que naturalmente acontecerán, o que es imposible que acontezcan, carecen de sentido normativo. Una norma jurídica carente de sentido normativo no puede ser considerada norma en absoluto. En otras palabras, la validez de una norma jurídica está condicionada a que ésta regule fenómenos que tengan la posibilidad de ocurrir o no. Por esta razón, Kelsen afirma: “La relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico [...] únicamente puede ser determinada en virtud de un límite

¹²³ Cfr. Kelsen, Hans, “Una Teoría ‘Realista’...”, *cit.*, nota 105, p. 23.

¹²⁴ *Vid supra*, pp. 41-42.

superior y otro inferior. La concordancia no puede exceder de cierto máximo ni quedar por debajo de cierto mínimo”.¹²⁵ Así, la eficacia permanente de una norma es un indicativo de la innecesaria regulación jurídica.

En segundo lugar, las normas jurídicas sí pueden referirse a hechos de la naturaleza; la referencia consiste en otorgarles a éstos la función de condición para la realización de determinadas conductas humanas. De hecho, algunos órdenes jurídicos lo hacen; por ejemplo, cuando una norma jurídica establece que, ante la presencia de un tornado, los individuos *deben* resguardarse en centros de acopio. Esta norma está interpretando normativamente un hecho como debido —acudir a determinados lugares— a partir de la referencia de un acontecimiento natural. La relación entre normas jurídicas y hechos naturales únicamente existe en la forma descrita.

En conclusión, las normas jurídicas no pueden ordenar el acontecer de fenómenos determinados por la naturaleza; sin embargo, es posible estatuir un fenómeno natural como condición para la realización de comportamientos humanos específicos.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA NOMODINÁMICA

Es importante explicar el significado teórico de la *nomodinámica*. La perspectiva dinámica considera al sistema jurídico como “algo creado en un determinado proceso, siendo jurídico todo lo creado de esta manera”.¹²⁶ En este sentido, es necesaria la utilización de conceptos que permitan explicar al *Derecho en movimiento*. Este apartado está dedicado al estudio de los conceptos fundamentales para entender el concepto *validez jurídica* desde una perspectiva dinámica del Derecho.

1. *Facultamiento*

Las normas de un sistema jurídico regulan la conducta humana. Cumplen esta función al atribuir un significado normativo específico a cada conducta; por ejemplo, prohibir la apropiación de bienes ajenos, permitir el consumo de sustancias psicotrópicas o considerar obligatoria la alimentación de los hijos. En cualquier caso, las normas jurídicas imponen un significado normativo específico a las conductas humanas.

Cuando una norma jurídica estatuye una conducta como debida ocurre el fenómeno del facultamiento. Kelsen explica: “La función del orden jurídico designada como

¹²⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 142. Corchetes propios.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 144.

facultamiento se refiere exclusivamente a la conducta humana [...] El orden jurídico solo faculta la conducta de los hombres”.¹²⁷ En este orden de ideas, facultar significa que una conducta es interpretada como jurídicamente relevante; ya sea que esté contemplada como la condición para la aplicación de una sanción, o sea la sanción misma. Asimismo, en la teoría kelseniana, el facultamiento puede ser entendido en dos sentidos diferentes.

En sentido amplio, facultar implica que la conducta humana será considerada como un elemento capaz de generar modificaciones en el orden jurídico. Esto es, cuando una norma califica a una conducta determinada como condición para la apertura de un procedimiento jurídico —que culminará con la imposición de una sanción— está facultando a dicha conducta para generar cambios en el sistema jurídico; a saber, la creación de una norma jurídica individualizada que ordene la ejecución de una sanción. Por esta razón, el Derecho faculta todas las conductas humanas referidas en normas jurídicas.

Los seres humanos son los únicos que pueden generar cambios y alteraciones en el sistema jurídico. Por ello, es correcto afirmar que el Derecho otorga una capacidad jurídica a los individuos que, mediante sus conductas, producen modificaciones en el sistema jurídico. Al respecto, Kelsen explica: “El hombre que está en condiciones de manifestar tal conducta queda capacitado por el orden jurídico a conducirse de esa manera. Tienen una capacidad otorgada por el orden jurídico”.¹²⁸ De tal guisa, el concepto de facultamiento en sentido amplio no implica ninguna noción de aprobación. Como resultado, la conducta que constituye un acto ilícito está facultada por el orden jurídico; es decir, el delincuente tiene la capacidad de comportarse conforme a la norma jurídica. No obstante, estar capacitado jurídicamente significa que el individuo es un ente susceptible de poseer derechos y obligaciones. En este sentido, la capacidad del delincuente se traduce en la posibilidad de aplicarle la sanción prescrita por la norma jurídica.

En sentido estricto, el facultamiento consiste en el otorgamiento de dos potestades: por un lado, para crear normas jurídicas; por otro lado, para conducirse de manera determinada. Para la explicación de una teoría dinámica de la validez jurídica basta con identificar al facultamiento en sentido estricto como la potestad jurídica que tiene un individuo para producir normas jurídicas. Cabe mencionar, el facultamiento en sentido estricto sí implica la aprobación de la conducta por parte del orden jurídico.

La noción de facultamiento determina el concepto de órgano jurídico y función orgánica. Un órgano jurídico es aquel individuo *facultado* por el Derecho para conducirse de determinada manera. En este sentido, un órgano jurídico es cualquier individuo que con

¹²⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, pp. 188-189. Corchetes propios.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 189.

su conducta produce un cambio en el sistema normativo. Sobre el tema, es importante recordar la definición kelseniana de órgano jurídico: “Es órgano de una comunidad aquel individuo que ejerce una función que puede ser atribuida a la comunidad”.¹²⁹

Para lograr una mayor comprensión del tema, es fundamental entender el concepto de función jurídica.

2. *Función orgánica*

Según Kelsen, los órganos jurídicos son las personas que ejercen una función atribuible al orden jurídico. Por ello, es menester clarificar el concepto de función orgánica, y conocer las condiciones necesarias para la atribución de la función orgánica a la comunidad jurídica.

La función orgánica es un concepto íntimamente relacionado con el facultamiento. Mientras facultar implica que el Derecho otorga un estatus normativo a la conducta humana, ya sea que la estatuya como un acto ilícito o como una forma de producción de normas jurídicas; la función orgánica consiste en la realización material de dichas conductas. Es decir, la función orgánica es la ejecución de las conductas facultadas por el ordenamiento jurídico. Por ello, Kelsen explica que “Producción, aplicación y acatamiento del derecho son funciones jurídicas en el sentido más amplio”.¹³⁰ En el presente capítulo explicaré el significado y alcance de los tipos de funciones jurídicas.

Una función es atribuible a la comunidad jurídica sólo si la conducta ejecutada está facultada por el orden jurídico. Esto es, el individuo ejerce una función orgánica cuando realiza una conducta significada normativamente por el Derecho. Cumplir con una función orgánica significa realizar las conductas que el sistema jurídico ordena, prohíbe o permite.

Por el contrario, si el sistema jurídico no significa normativamente alguna conducta, y un individuo realiza precisamente esa conducta, entonces el individuo no está ejerciendo ninguna función orgánica atribuible a la comunidad jurídica.

También, es importante mencionar que la comunidad jurídica está constituida por el sistema jurídico. Comunidad jurídica y Derecho son el mismo concepto.

En conclusión, la función orgánica y el facultamiento son conceptos que delimitan el significado de órgano jurídico.

3. *Órgano jurídico*

¹²⁹ *Ibidem*, p. 192.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 270.

Este concepto está implícito en las nociones de facultamiento y función jurídica. El órgano jurídico es la personificación de la función jurídica; es decir, la realización de conductas que generan modificaciones en el sistema jurídico tiene que ser ejecutada por un individuo de carne y hueso. La persona que ejerce la función es el órgano jurídico.

El concepto de órgano jurídico es accesorio al de función orgánica. Lo anterior porque es posible entender el fenómeno de la función orgánica sin apelar al órgano jurídico; sin embargo, es imposible entender el concepto de órgano sin referirnos a la función jurídica que éste realiza. En este sentido, Kelsen explica al órgano jurídico como “El sujeto [...] portador de la función, es decir, el elemento personal de la conducta que representa la función, la cual, como toda conducta humana, consta de un elemento personal y uno material”.¹³¹

Asimismo, Kelsen explica la relación entre facultamiento, órgano y función jurídica de la siguiente forma: “toda la conducta de un individuo determinada por el orden normativo y facultada por este, en el sentido más amplio, puede ser atribuida a la comunidad constituida por el orden normativo interpretada como función de la comunidad; y todo individuo cuya conducta sea determinada y, en ese sentido, facultada por el orden normativo, es decir, todo miembro de la comunidad, puede ser considerado órgano de esta”.¹³²

En suma, en sentido amplio, el órgano jurídico es el individuo que ejerce una función jurídica, con base en el facultamiento conductual que realizan las normas jurídicas; en otras palabras, un órgano jurídico es la persona que realiza una conducta específica, misma que está determinada por normas jurídicas. Por estas razones, el concepto órgano jurídico está integrado por ciudadanos, delincuentes, autoridades públicas, etcétera; la función orgánica incluye la realización de actos lícitos e ilícitos, y el facultamiento implica la significación normativa de cualquier conducta, sin importar la *aprobación* que realice el orden jurídico respecto de estas conductas.

4. *Delimitación conceptual del facultamiento, función orgánica y órgano jurídico*

Los tres conceptos estudiados en los incisos anteriores son fundamentales para comprender el funcionamiento de la validez en un sistema jurídico *en movimiento*. Hasta ahora, analicé el significado más amplio de estos conceptos. Sin embargo, el entendimiento de los criterios formales de validez jurídica depende de una restricción en el campo de

¹³¹ *Ibidem*, p. 192. Corchetes propios.

¹³² *Idem*.

aplicabilidad de estos conceptos. En el presente apartado desarrollaré el concepto limitado de facultamiento, función y órgano jurídico.

A. *Facultamiento*

Este concepto es el más importante. En sentido amplio, el facultamiento es la significación normativa de una conducta por parte del Derecho. Aquí entrarían los delitos, actos ilícitos civiles, infracciones administrativas, etcétera. Sin embargo, es posible restringir el concepto de facultamiento con un filtro que implique la *aprobación* jurídica de cualquier conducta facultada. Por esta razón, en sentido estricto una conducta está facultada por el Derecho cuando su realización está permitida jurídicamente, o cuando la realización de una conducta es calificada por el Derecho como un *legítimo* mecanismo de producción normativa. En otras palabras, el facultamiento en sentido estricto significa: permisión de realizar conductas y autorización para producir normas jurídicas.

El facultamiento como permisión consiste en significar normativamente un conjunto de conductas específicas mediante el operador deóntico *permisión*. En este sentido, los individuos están facultados para ejecutar las conductas que el orden jurídico les permite realizar. Por ejemplo, si una norma jurídica permite el uso lúdico de sustancias psicotrópicas, y de hecho los individuos consumen marihuana para recrearse, el enunciado que describe esta situación afirmará que los individuos están facultados para conducirse de la manera en que efectivamente lo hacen.

Por otra parte, el facultamiento como autorización para la producción jurídica consiste en significar normativamente un conjunto de conductas específicas como *verdaderos* procesos jurídicos de creación normativa. En términos generales, una conducta es facultada como mecanismo de producción normativa si la realización de ésta implica la creación de nuevas normas jurídicas. En este sentido, los individuos están facultados para crear normas jurídicas mediante su conducta. Así, dos personas crean una norma jurídica individual «matrimonio» cuando pronuncian ciertas palabras frente a un oficial del registro civil. El enunciado que describe esta situación afirma que las personas tienen la facultad de crear normas jurídicas mediante su conducta.

En conclusión, el facultamiento en sentido estricto significa la potestad jurídica para comportarse de manera determinada, así como crear normas jurídicas mediante una conducta específica. En el estudio de la validez a partir de una perspectiva dinámica del Derecho, el facultamiento consistirá en la potestad para crear normas jurídicas. Cabe

mencionar que la restricción en el campo de aplicabilidad del facultamiento genera cambios importantes en los conceptos de función y órgano jurídico.

B. *Función orgánica*

Este concepto sólo puede ser entendido aludiendo al fenómeno del facultamiento. Por ello, entender el facultamiento en sentido estricto implica restringir el campo de aplicabilidad de la función orgánica.

Ejercer una función orgánica significa realizar las conductas facultadas por el Derecho; es decir, conducirse de tal manera que nuestro comportamiento pueda ser atribuido a la comunidad jurídica. A su vez, un individuo puede ejercer una función orgánica en dos sentidos diferentes: comportándose de la manera permitida por el Derecho, y creando normas jurídicas.

La función orgánica como *permisión* significa la realización de una conducta que está jurídicamente permitida. Esta función se materializa cuando un individuo se comporta de la manera en que *debe* hacerlo. En este sentido, solamente los comportamientos permitidos por el Derecho pueden ser atribuidos a la comunidad jurídica. Así, un individuo no ejecuta ninguna función orgánica cuando realiza una conducta jurídicamente prohibida; la comisión de delitos, actos ilícitos e infracciones administrativas no son actividades susceptibles de imputación a la comunidad jurídica. Al mismo tiempo, la variación de significado de función orgánica implicará modificaciones en el concepto de órgano jurídico, mismas que desarrollaré en el apartado correspondiente.

La función orgánica como facultad para producir, aplicar, interpretar, reformar, anular e invalidar normas jurídicas consiste en la realización de conductas que implican un cambio en el sistema jurídico. Esta función se materializa cuando los individuos, a través de su conducta, crean, limitan y eliminan normas jurídicas. Por esta razón, solamente el conjunto de conductas facultadas para producir normas jurídicas puede generar modificaciones *válidas* en el Derecho. Imagine que el pronunciamiento de las palabras: “a, b y c” es calificado por el orden jurídico como una conducta generadora de normas jurídicas; posteriormente, un individuo pronuncia las palabras “a, b y c”. El enunciado que describe esta situación afirmará que el individuo ejerció una función jurídica consistente en el pronunciamiento de determinadas palabras, mismas que generaron la creación de una norma jurídica. En este sentido, la función creadora de normas, ejecutada por el individuo, es susceptible de ser atribuida a la comunidad jurídica. Una función orgánica sólo es atribuible a la comunidad jurídica si la realización de determinada conducta es considerada

como un hecho productor de Derecho. Por el contrario, si el individuo pronunciara las palabras “a y b”, su conducta no representaría el ejercicio de una función orgánica; además, la conducta realizada no implica la creación de normas jurídicas nuevas, y tampoco puede ser considerada una conducta atribuible a la comunidad jurídica.

Regularmente, la función orgánica de producción normativa está dividida en tres ámbitos: legislativo, administrativo y jurisdiccional. La función legislativa consiste en la creación de normas jurídicas generales (leyes). La función administrativa consiste en la creación de normas jurídicas generales (reglamentos), y la aplicación de normas generales a fin de crear normas jurídicas individuales (actos administrativos). La función jurisdiccional consiste en la aplicación de normas generales a fin de crear normas jurídicas individualizadas (sentencias), y la creación de normas jurídicas generales (precedentes). No obstante, esta división es incompleta. La función de producción normativa no se agota en los ámbitos legislativo, administrativo y jurisdiccional. Junto a estos ámbitos existe la función orgánica de producción normativa de los ciudadanos y de los órganos internacionales. Esto es, los ciudadanos pueden tener la función jurídica de producción normativa cuando conciertan actos jurídicos, o mediante su comportamiento al crear una costumbre, la cual puede estar reconocida como un hecho productor de Derecho. A su vez, los órganos internacionales pueden crear normas jurídicas por la celebración de tratados internacionales, y mediante su *comportamiento* al crear normas de Derecho internacional consuetudinario.

En suma, la función orgánica de producción normativa puede ser dividida en distintos ámbitos: legislativo, administrativo, jurisdiccional, particular, internacional, etcétera.

C. Órgano jurídico

El facultamiento y la función orgánica en sentido estricto delimitan el concepto de órgano jurídico. Solamente quien ejerza una función jurídica es denominado órgano de Derecho.

Aquellos individuos que no realizan ninguna función orgánica no pueden ser considerados órganos de la comunidad jurídica. Kelsen explica que la realización de conductas no facultadas por el orden jurídico (por ejemplo: delitos, actos ilícitos, infracciones, etcétera) genera que el individuo “no será interpretado como órgano de la comunidad, ni su conducta como función del órgano”.¹³³ En este sentido, el órgano jurídico es aquel individuo que realiza las conductas ordenadas y permitidas por el Derecho. Por

¹³³ *Ibidem*, p. 194.

ello, la realización de conductas facultadas por el Derecho o función orgánica se reduce a una “función de acatamiento del derecho”.¹³⁴

La función de acatamiento del Derecho consiste en realizar las conductas que el sistema jurídico considera *debidas*. Por lo tanto, un órgano jurídico es cualquier individuo que esté en condiciones de comportarse, y de hecho regule su comportamiento, conforme a las prescripciones del orden jurídico; por ejemplo: los ciudadanos al cumplir con sus obligaciones tributarias, los patrones al cumplir con las obligaciones patronales, los ejidatarios al cumplir con las obligaciones que le impone la ley agraria, etcétera.

No obstante, en algunos casos el acatamiento del Derecho involucra la función de producción normativa. Un individuo, considerado por el sistema jurídico como órgano productor de Derecho, sólo puede crear normas jurídicas si *observa* las prescripciones del orden jurídico. Esto es, los órganos jurídicos facultados para realizar funciones de creación normativa están condicionados a respetar el contenido de las normas jurídicas que regulan el proceso de producción normativa. Por esta razón, producir y acatar normas jurídicas son funciones orgánicas equivalentes.

En otras palabras, la función de acatamiento del Derecho en sentido estricto únicamente significa que los individuos deben regular su conducta de la manera impuesta por la norma jurídica. La función de acatamiento sólo tiene coherencia en un escenario social, donde existen relaciones recíprocas entre los individuos que conforman un grupo social. En sentido amplio, la función de acatamiento del Derecho implica cumplir con las exigencias de las normas jurídicas en dos escenarios distintos: primero, en el escenario social; segundo, en el escenario de creación normativa. Desde una óptica de producción normativa, acatar el Derecho significa que los órganos jurídicos están condicionados a cumplir con determinados requisitos en su labor de creación jurídica.

En suma, para una explicación dinámica de la validez del Derecho, el órgano jurídico es aquel individuo facultado por una norma para ejercer una función de producción normativa, sin importar si el ámbito de sus funciones es legislativa, administrativa, jurisdiccional, particular, internacional, etcétera.

5. *Criterios de validez*

La validez normativa significa que la norma es parte del Derecho. Es imposible la existencia de normas jurídicas aisladas, normas que no pertenezcan a ningún sistema jurídico. En

¹³⁴ *Idem.*

este sentido, las normas jurídicas o son válidas, o no son normas; es decir, pertenecen a un orden jurídico, o no pertenecen.

A veces, para que una norma pertenezca a un sistema jurídico, o sea atribuida a una comunidad jurídica, es necesario que cumpla con ciertos requisitos. Estos requisitos pueden ser denominados criterios de validez. Asimismo, los criterios de validez están determinados por el Derecho. En este apartado estudiaré los requisitos que determinan la validez de una norma jurídica.

A. Criterios orgánicos

Todas las normas jurídicas tienen un origen; a su vez, el origen de cualquier norma jurídica es un acto de voluntad. Como analicé en el Capítulo Primero, el Derecho se relaciona con aquellos actos de voluntad que intentan significar normativamente el comportamiento humano; es decir, las expresiones fácticas dirigidas intencionalmente hacia un tercero para ordenar su conducta.

Sin embargo, no todos los actos de voluntad son parte integrante del sistema jurídico. Para que el sentido normativo de un acto de voluntad sea considerado una norma jurídica es necesario que el Derecho otorgue objetividad a ese acto de voluntad. Afirmar que el Derecho otorga objetividad a un acto de voluntad es un enunciado ambiguo. Una manera más sencilla de explicar la objetividad es la siguiente: el sentido normativo de un acto de voluntad es parte del Derecho si cumple con los criterios de validez impuestos por el sistema jurídico.

El criterio orgánico de validez es el más importante. Kelsen explica que “la determinación del órgano es el mínimo de lo que ha de ser determinado en la relación entre una norma superior y una inferior”.¹³⁵ Este criterio consiste en el establecimiento de órganos facultados para producir, aplicar, interpretar, ejecutar y anular normas jurídicas; es decir, indica el origen personal que deberá tener el sentido normativo de un acto de voluntad para ser considerado una norma jurídica vinculante. Los criterios orgánicos de validez asignan la función de producción normativa a determinadas personas. En este sentido, los individuos contenidos en el criterio orgánico son los únicos facultados para producir normas jurídicas. Por otra parte, el criterio orgánico puede referirse al facultamiento de los individuos de dos maneras distintas: concreta y abstracta.

El criterio orgánico *concreto* consiste en la asignación directa de la función jurídica de producción normativa a órganos específicos. Esto es, enumera a los individuos que

¹³⁵ *Ibidem*, p. 269.

tienen la facultad de generar cambios en el sistema jurídico. Por ejemplo, una sociedad que designa a Leticia Osorio como la única persona capaz de producir normas jurídicas. Kelsen explica que, en el criterio orgánico concreto, una norma: “designa a un hombre determinado individualmente y estatuye que una determinada función ha de ser desempeñada únicamente por ese hombre y no por otro”.¹³⁶ Sin embargo, esta modalidad no es común en los sistemas jurídicos modernos. Regularmente, los criterios orgánicos directos son utilizados en sociedades primitivas u órdenes jurídicos que recientemente fueron creados.

El criterio orgánico abstracto consiste en la asignación indirecta de la función jurídica de producción normativa a individuos indeterminados. Esto es, indica cuales son las características que han de reunir los individuos que intentan ordenar la conducta humana, a fin de que el sentido normativo de sus actos de voluntad pueda ser considerado como una norma jurídica. Por ejemplo, una sociedad que exige la mayoría de edad (18 años) para ser considerado órgano de la comunidad jurídica; en este caso, la característica suficiente y necesaria para cumplir con el criterio orgánico de validez es tener 18 años o más. Esta modalidad es común en los sistemas jurídicos modernos.

Además del establecimiento de características determinadas, el criterio orgánico abstracto puede incluir elementos adicionales para calificar a un individuo como *verdadero* órgano jurídico. Estos elementos adicionales son denominados criterios orgánico-formales; éstos consisten en formalidades *exigidas* por las normas jurídicas, cuya realización es necesaria para considerar a un individuo como un órgano facultado para producir Derecho. Por ejemplo, el caso en que una persona deba ser calificada y nombrada por los reyes de la nación para ser considerado legislador. El nombramiento no es una característica que cualquier persona puede adquirir; es una solemnidad que ha de cumplirse para la existencia de órganos jurídicos. En este sentido, Kelsen explica que los criterios orgánico-formales existen: “cuando se requiere un determinado acto, prescrito por la constitución, la ley, o el derecho consuetudinario, a saber, una designación, una elección, un sorteo, por el cual se individualiza la norma general que rige el procedimiento de nombramiento”.¹³⁷

En conclusión, ambos criterios orgánicos, los concretos y abstractos formales, especifican a las personas que deberán ser consideradas *verdaderos* órganos de la comunidad jurídica. Por esta razón, cualquier intento por dirigir la conducta humana que no encuentre su origen en un acto de voluntad de las personas determinadas por los criterios orgánicos, no puede ser considerado una norma jurídica válida. El criterio orgánico condiciona la validez de las normas jurídicas.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 196.

¹³⁷ *Idem*.

B. *Criterios procedimentales*

El orden jurídico es un sistema normativo creado por los seres humanos; por ello, si ninguna persona está facultada para producir Derecho, entonces no existirá norma jurídica alguna. Por esta razón, el facultamiento de determinados órganos es el requisito mínimo que deberá observar todo proceso de creación jurídica.

Además de los criterios orgánicos, el Derecho puede establecer condiciones adicionales para calificar la existencia de una norma jurídica. En ese sentido, existen criterios procedimentales de validez jurídica. El criterio procedimental estatuye un procedimiento específico, que deberá ser observado en el ejercicio de la función productora de Derecho. Es decir, indica la forma o manera en que ha de expresarse la voluntad de los órganos jurídicos. En este sentido, el criterio procedimental es un filtro al reconocimiento jurídico de los actos de voluntad; esto es, para que un acto de voluntad sea parte integrante del sistema jurídico, no basta que su origen personal sea un órgano jurídico, adicionalmente tiene que ser expresado mediante una forma determinada. Por ejemplo, si el Derecho establece un procedimiento específico para la creación de leyes (proceso legislativo), solamente las normas creadas bajo los lineamientos de dicho procedimiento tendrán validez jurídica.

Asimismo, el procedimiento de creación jurídica puede ir acompañado de formalidades específicas. Los criterios formales procedimentales consisten en exigir la realización de determinadas solemnidades o formas especiales en el proceso de producción jurídica. De esta manera, solamente se considerarán válidas a aquellas normas que hayan sido creadas mediante un procedimiento específico y, además, cumplan con las exigencias de las solemnidades. Una solemnidad procedimental es una parte del proceso de producción de Derecho; regularmente, su realización implica un acto ceremonial, o la publicación del producto del proceso de creación normativa en un periódico o diario oficial. En los sistemas jurídicos modernos la realización de formalidades procedimentales es fundamental. En ocasiones, la validez de las normas jurídicas comienza cuando se han cumplido las solemnidades procedimentales; por ejemplo, en México las leyes federales serán consideradas jurídicamente vinculantes sólo si fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación. Al respecto, Kelsen explica que los criterios procedimentales y formales expresan la forma del sistema jurídico: “Estas exigencias constituyen la forma del

derecho”.¹³⁸ En consecuencia, “cualquier contenido [...] puede revestir esa forma”.¹³⁹ Sin embargo, Kelsen cree que no todo producto del proceso de creación normativa es parte integrante del Derecho. Así, postula la existencia de dos tipos de leyes: materiales y formales.

La ley en sentido formal es todo producto obtenido en el proceso de producción normativa. En este sentido, el proceso legislativo puede culminar con la creación de leyes que contengan: normas jurídicas que regulen la conducta humana, y elementos que no tengan por objeto regular el comportamiento humano; éstos pueden ser opiniones técnicas, descripciones científicas, principios morales, ideologías políticas y económicas, etcétera. Sin embargo, aunque dichos elementos estén contenidos en una ley jurídica, Kelsen considera que no forman parte del Derecho; afirma que el material jurídico relevante está constituido exclusivamente por normas jurídicas. Es decir, toda norma de Derecho es producto de un proceso de producción normativa; empero, no todo resultado de este proceso es una norma jurídica. Al respecto, explica: “Todos esos contenidos de la ley carecen de carácter jurídico, es decir, son productos no jurídicos del proceso creador de Derecho”.¹⁴⁰ Por consiguiente, las leyes en sentido material están compuestas únicamente por normas jurídicas.

En mi opinión, la tesis kelseniana de leyes en sentido formal y material requiere ser precisada. El enunciado que afirma la irrelevancia jurídica de elementos distintos a las normas jurídicas, contenidos en un procedimiento de creación normativa, es incorrecto. Los procesos de creación normativa son la única forma en que fenómenos como la moral, economía, política, etcétera, pueden ser incluidos como verdaderos criterios de validez jurídica. Por esta razón, los elementos distintos a las normas tienen relevancia jurídica, específicamente cuando se analiza al orden jurídico desde una perspectiva dinámica. En el siguiente apartado, demostraré la importancia de criterios materiales para otorgar validez jurídica a las normas.

En conclusión, los criterios procedimentales determinan el curso y las formalidades que deberán ser observadas en todo proceso de creación normativa. El cumplimiento de este criterio determinará la validez de las normas jurídicas.

Por otra parte, los criterios orgánicos y procedimentales constituyen el contenido del Derecho formal o adjetivo. El Derecho adjetivo brinda las condiciones formales necesarias

¹³⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, pp. 154-155.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 155. Corchetes propios.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 145.

para la creación de una norma jurídica, “Determinan la creación de tal órgano y el procedimiento que el mismo debe seguir”.¹⁴¹

C. Criterios materiales

El entendimiento de los principios que rigen la vida de un sistema jurídico permitirá comprender el funcionamiento del contenido como criterio de validez jurídica. El orden jurídico puede ser explicado con base en dos principios: estático y dinámico.

El principio estático afirma que la validez de las normas jurídicas está condicionada *exclusivamente* por su correspondencia a un determinado contenido. Este principio implica aceptar la existencia de una norma suprema; ésta se caracteriza por ser válida “por sí misma y de manera inmediata, evidente y contiene las normas del orden como lo general contiene lo particular”.¹⁴² En este sentido, las normas que integran al sistema jurídico pueden ser obtenidas a partir de un ejercicio deductivo, donde la proposición general es la norma suprema, y la conclusión particular es la norma jurídica.

Por el contrario, el principio dinámico afirma que la validez de las normas está determinada por el órgano y procedimiento mediante el cual fueron creadas; es irrelevante si éstas corresponden a un determinado contenido. Este principio niega la existencia de una norma suprema que contenga valores absolutos, porque es científica y racionalmente imposible demostrar la preeminencia de una concepción moral sobre otra. Por tanto, “no es posible deducir [...] por una conclusión de lo general a lo particular, una norma concreta de derecho positivo”.¹⁴³ En este sentido, las normas jurídicas serán válidas si fueron creadas por órganos facultados, y mediante un procedimiento determinado por el Derecho.

¿Por cuál principio se rigen los órdenes jurídicos? En mi opinión, por ambos principios. Al respecto, considero fundamental la solución kelseniana al problema.

El principio estático y el dinámico coexisten en un único y mismo sistema normativo cuando la norma fundamental presupuesta se limita a facultar, conforme al principio dinámico, a una autoridad normadora, y cuando esta, o la autoridad instituida por ella, no solo establece normas en las cuales se delegan otras autoridades normadoras, sino también normas en las cuales se exige una conducta determinada de los sujetos sometidos al sistema normativo, y de las cuales es posible deducir, como lo particular de lo general, otras normas mediante una operación lógica.¹⁴⁴

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 152.

¹⁴² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. por Ariel Peralta García, México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 12.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 13. Corchetes propios.

¹⁴⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, pp. 232-233.

Es decir, los sistemas jurídicos funcionan con base en el principio dinámico porque condicionan la validez de las normas jurídicas al cumplimiento de requisitos orgánicos, procedimentales y formales. De igual forma, el Derecho funciona con base en el principio estático cuando establece la existencia de criterios materiales que condicionan la validez de las normas jurídicas. No obstante, aceptar que un sistema jurídico funciona con base en el principio estático, no implica afirmar que las normas son jurídicas *exclusivamente* en virtud de una operación lógica: a saber, una deducción donde la premisa general es la norma superior, y la conclusión individual es la norma inferior. Aceptar una operación lógica como el único fundamento de validez jurídica de las normas, significaría que cualquier individuo capaz de formular esa deducción estaría habilitado para crear normas jurídicas. Esto es un grave error; la representación gráfica de éste es la siguiente:

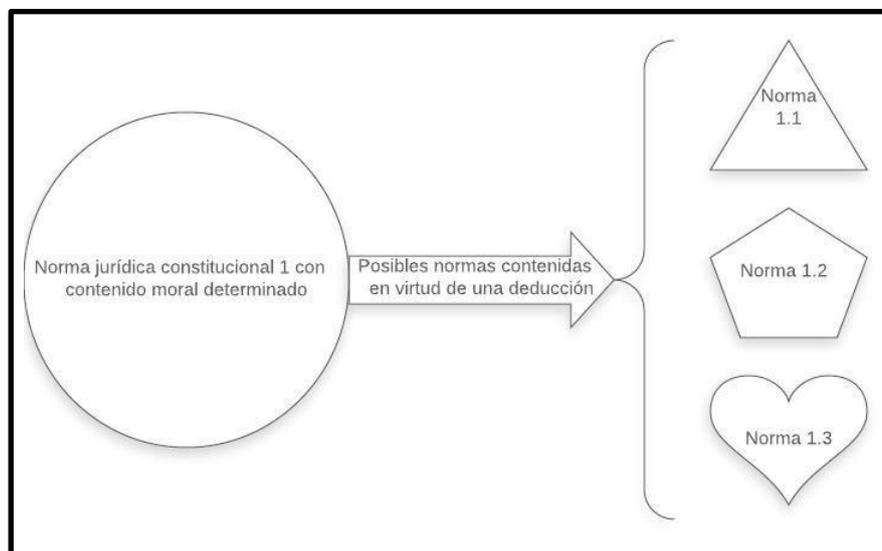


Diagrama 1. Producción normativa y deducción. Elaboración propia.

Una norma constitucional (Norma 1) puede tener un contenido moral tan amplio, que sea posible deducir el contenido necesario de otras normas jurídicas (Normas 1.1, 1.2 y 1.3). Sin embargo, el fundamento de validez de cualquier norma son los criterios de validez proporcionados por el sistema jurídico, y no la posibilidad de ser deducida de un contenido determinado. En este sentido, existe un problema: algunas normas jurídicas son el resultado de una deducción material del contenido de normas superiores, sin embargo, no toda deducción puede ser considerada norma jurídica. La solución está en una de las características definitorias del orden jurídico.

El Derecho se caracteriza por tener positividad; es decir, por “el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y

de otros sistemas normativos semejantes".¹⁴⁵ En este sentido, las normas son jurídicas en virtud de haber sido creadas por actos de voluntad humana, y no simplemente por operaciones lógicas. Como ya mencioné, no todos los actos de voluntad son susceptibles de ser considerados normas jurídicas; sólo aquellos actos de voluntad que cumplan con los criterios de validez pueden ser reconocidos como Derecho. Sin embargo, cuando el orden jurídico estatuye principios morales como criterios materiales de validez, el contenido de las normas jurídicas sí puede obtenerse a partir de una operación deductiva. Asimismo, la única operación deductiva con relevancia jurídica es la realizada por los órganos facultados por el Derecho para producir normas jurídicas. De este modo, el problema de la convergencia entre el principio estático y dinámico es resuelto. Por un lado, el contenido de las normas puede ser obtenido mediante una operación deductiva; por otro lado, la operación deductiva creadora de nuevas normas jurídicas es la realizada por los órganos facultados para hacerla conforme a Derecho. En consecuencia, la deducción realizada por individuos que no cuentan con una función productora de Derecho no generará ningún cambio en el sistema jurídico. Por esta razón, el órgano puede decidir que las únicas normas jurídicas deducibles del contenido constitucional son las normas 1.1 y 1.2, y excluir a la norma 1.3 como parte del sistema jurídico, aun si el contenido de ésta es una deducción necesaria del contenido de la norma 1.

Los hechos del mundo pueden ser interpretados con base en distintas concepciones morales, económicas, políticas, etcétera. De esta manera, un hecho puede ser interpretado simultáneamente con base en dos concepciones ideológicas distintas; en principio, las dos interpretaciones son válidas. No existe un mecanismo objetivo que proporcione la respuesta correcta ante un conflicto de ideologías. Sin embargo, el sistema jurídico puede incorporar una de estas ideologías como la única concepción del mundo correcta. En este sentido, las interpretaciones ideológicas del mundo pueden constituirse como criterios materiales de validez jurídica.

Un criterio material de validez consiste en el conjunto de principios morales, valores, ideologías políticas, económicas, etcétera, que son reconocidos por el Derecho como contenidos normativos que deben ser reproducidos en la totalidad del sistema jurídico. Esto es, las normas deberán tener un contenido específico para pertenecer al orden jurídico; si las normas jurídicas inferiores no corresponden con las determinaciones materiales que exigen las normas superiores, es imposible considerar a las primeras como normas jurídicas válidas. Por otra parte, es importante mencionar que los criterios materiales de

¹⁴⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 134.

validez *necesariamente* tienen que ser establecidos por el sistema jurídico. No existen ideologías y principios morales o políticos que tengan un carácter jurídico *a priori*; es decir, cualquier principio moral o ideología política puede ser incorporado al sistema jurídico como criterio material de validez. Este es el fundamento teórico de la tesis kelseniana “cualquier contenido puede ser Derecho”.¹⁴⁶ Sin embargo, la propuesta de Kelsen tiene que ser completada de la siguiente manera: En un sistema jurídico, cualquier ideología política o principio moral puede ser reconocida por el Derecho. No obstante, si dichos principios son estatuidos como criterios materiales que deben ser observados en la producción normativa, las normas subsecuentes del sistema deberán reflejar el contenido de dichos principios. Por esta razón, no cualquier contenido puede ser Derecho. En otras palabras, cualquier contenido puede ser Derecho cuando ocurre la primera introducción de criterios materiales de validez en el sistema jurídico; a su vez, estos criterios limitarán el contenido futuro de las normas jurídicas, logrando que el único contenido posible del Derecho sea el que goce de una compatibilidad sustantiva con los criterios materiales de validez jurídica.

Hasta ahora, he desarrollado el significado y alcance de los criterios materiales de validez jurídica. Sin embargo, es importante explicar el funcionamiento de estos criterios. Los criterios sustantivos pueden determinar el contenido de las normas jurídicas de dos maneras distintas: positiva y negativamente.

La determinación material positiva consiste en prescribir contenidos específicos para las normas jurídicas subsecuentes. Esto es, ordena la inclusión de determinados contenidos en las normas que serán creadas con base en un procedimiento de producción normativa. Por ejemplo, una Constitución ordena que las leyes deberán contener una ampliación de los derechos humanos previamente reconocidos por el orden jurídico. Si la ley detalla y amplía los derechos humanos, será considerada una norma materialmente compatible con la Constitución, y en ese sentido se calificará como una norma jurídica válida. Por el contrario, si la ley restringe y viola los derechos humanos, se considerará una norma incompatible con las disposiciones constitucionales, y en ese sentido se calificará como una norma jurídica inválida.

La determinación material negativa consiste en excluir ciertas materias del contenido de las normas jurídicas subsecuentes. Es decir, prohíbe a los órganos jurídicos la inclusión de ciertos contenidos en la producción normativa. Por ejemplo, una ley tributaria ordena que el reglamento administrativo no debe crear impuestos adicionales a los establecidos legalmente. Si el reglamento se limita a desarrollar aspectos administrativos de los

¹⁴⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 233.

impuestos creados legalmente, será considerada una norma materialmente compatible con la ley, y en ese sentido se calificará como un reglamento válido. No obstante, si el reglamento crea nuevas obligaciones tributarias, se considera que es una norma sustancialmente incompatible con la ley, y en ese sentido se calificará como un reglamento inválido.

Ambas determinaciones materiales (positiva y negativa) constituyen una limitación a la libertad del órgano jurídico en el ejercicio de la función productora de Derecho.

Finalmente, la presencia de criterios materiales de validez no es necesaria en el sistema jurídico. Si el Derecho omite hacer referencia a éstos, entiéndase que los órganos tienen absoluta libertad para dotar de cualquier contenido a las normas jurídicas. Al respecto, Kelsen explica que, en ausencia de criterios procedimentales y materiales de validez, el Derecho: “autoriza a dicho órgano a determinar de acuerdo con su propio criterio el procedimiento de creación de la norma inferior y el contenido de la misma”.¹⁴⁷

6. Cadenas de validez

Cuando una norma cumple con los criterios de validez (orgánicos, procedimentales, formales y materiales) es correcto afirmar que ésta pertenece al sistema jurídico. En este apartado estudiaré la relación entre el sistema jurídico y la validez específica de una norma.

El Derecho tiene una característica específica que lo diferencia de cualquier sistema normativo; ésta consiste en que el orden jurídico se autorregula. Es decir, los preceptos jurídicos determinan sus mecanismos de producción y anulación, ámbitos de validez y, en algunas ocasiones, establecen las condiciones que deben darse para la extinción legal del sistema jurídico. Sobre esta peculiaridad, Kelsen explica que el orden jurídico: “regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma”.¹⁴⁸ La autorregulación del Derecho significa que el orden jurídico es la única instancia competente para determinar los procesos de producción normativa; esto es, la producción normativa está diseñada con base en un conjunto de criterios de validez contenidos en normas jurídicas. En consecuencia, la validez individual de una norma está condicionada por otra norma jurídica. Al respecto, Kelsen enuncia: “La razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, pp. 157-158.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 146.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 130.

Afirmar que una norma es válida por cumplir con determinados criterios de validez, es un enunciado *equivalente* a la afirmación de que una norma es el fundamento de validez de otra norma. La norma que otorga validez a otra es denominada norma superior; la norma que recibe su validez de una norma superior se denomina norma inferior. La tesis de los encadenamientos de validez consiste en afirmar la validez de una norma inferior con base en la observancia de una norma superior. Esta tesis fue defendida por Kelsen, éste explica que: “Cuando una norma jurídica es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación [...] La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera”.¹⁵⁰

La representación mental de las normas superiores e inferiores genera la conceptualización del orden jurídico como un sistema normativo jerárquico. Por el momento, dejaré pendiente algunas reflexiones en torno a la estructura jerárquica del Derecho. No obstante, analizaré una denominación distinta de las normas superiores e inferiores.

Adolf Merkl fue un jurista (contemporáneo de Kelsen) que contribuyó significativamente a la teoría pura del Derecho. Este autor concebía a la validez de las normas jurídicas como una relación de determinación; la norma *superior* determina en gran parte los aspectos de la norma *inferior*. En este sentido, puede denominarse norma *determinante* a la norma que determina los aspectos de otra, ésta última puede ser denominada norma *determinada*. Asimismo, una norma jurídica puede ser simultáneamente determinante y determinada; al respecto, Merkl explica: “una misma norma puede ser, al mismo tiempo, determinante y determinada en cuanto tenga la razón de su validez en una norma anterior y constituya a la vez el fundamento de la validez de una norma ulterior”.¹⁵¹ Es el caso de las leyes. Una ley es una norma determinada por tener fundamento jurídico en una norma anterior y jerárquicamente superior a ella, la Constitución; también, es una norma determinante porque otorga validez jurídica a normas inferiores, tales como reglamentos, sentencias jurisdiccionales, contratos, etcétera.

Las cadenas de validez están constituidas por todas las relaciones normativas de determinación posibles de un sistema jurídico; esto es, el fundamento de validez de una norma específica es el conjunto de todas las normas determinantes que hacen posible su creación. Al respecto, Merkl explica, según Patricia Cuenca, que: “aunque las normas

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 146. Corchetes propios.

¹⁵¹ *Cfr.* Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 30, p. 175.

jurídicas de diversos grados son todas, desde el plano conceptual, normas jurídicas, realizaciones equivalentes de la idea de derecho, se distinguen no sólo por una progresiva diferenciación de su contenido normativo sino también por sus diversas condiciones y límites de validez".¹⁵² En otras palabras, el fundamento de validez normativa tiene una integración progresiva. La Constitución (primera norma jurídica determinante - n1) determina la validez de una ley (primera norma jurídica determinada - n2); así, n2 tiene como fundamento de validez a n1; si n2 determina la creación de un reglamento (segunda norma jurídica determinada - n3), el fundamento de validez de n3 consiste en el conjunto formado por n1 y n2, ya que este es el complejo normativo que jurídicamente determina su creación y contenido. La representación gráfica de la fundamentación progresiva de la validez jurídica es la siguiente:

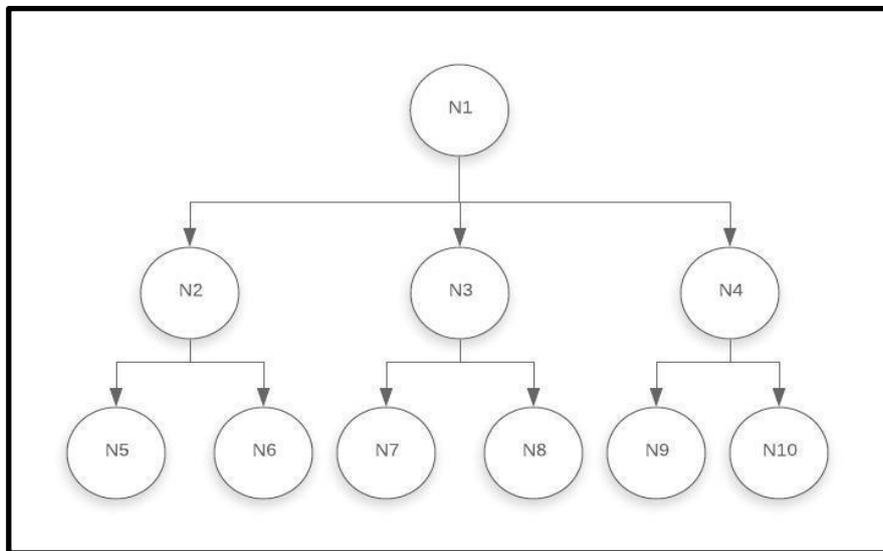


Diagrama 2. Fundamentación progresiva de la validez jurídica. Elaboración propia.

En este diagrama, el soporte normativo de cada norma está representada por una línea que la conecta con otra norma; la fundamentación es progresiva cuando las normas jurídicas están conectadas con más de una norma. En consecuencia, el conjunto normativo que fundamenta la validez jurídica es la suma de normas que intervienen en la producción de una norma determinada. La fundamentación normativa de cada norma es un conjunto de elementos, no un elemento individual.

Un caso especial es el tratamiento del fundamento de validez de N1 (que en las sociedades modernas es una Constitución). Kelsen predicaba que el fundamento de validez de la primera norma del sistema jurídico está constituida por una norma fundante básica. Sin embargo, tal investigación excede el objeto de estudio de este esfuerzo académico.

¹⁵² *Ibidem*, p. 176.

En conclusión, es correcto afirmar que el fundamento de validez de una norma jurídica concreta es el sistema jurídico como totalidad; sería incorrecto limitar el fenómeno de validez jurídica a una relación entre dos normas.

CAPÍTULO TERCERO

¿CÓMO SE ORIGINAN LAS NORMAS JURÍDICAS?

En el presente apartado analizaré los criterios utilizados por el Derecho para considerar válidas a las normas jurídicas. También, estudiaré los distintos significados de validez jurídica con base en las etapas de producción normativa. Finalmente, desarrollaré la relación entre la estructura jerárquica del sistema jurídico y el concepto de validez.

I. PRODUCCIÓN NORMATIVA

Una norma jurídica realiza la función esencial de otorgar una significación normativa de los hechos del mundo. No obstante, no todas las normas jurídicas llegan a cumplir con esta función. Para lograrlo, atraviesan una serie de etapas en las cuales son aplicadas, interpretadas, y finalmente ejecutadas. También, en algunos casos especiales, pueden ser anuladas. En el presente apartado, estudiaré las distintas etapas normativas. Además, explicaré que es posible predicar la validez de cada una de ellas; es decir, que una norma jurídica puede ser válida en una etapa, pero inválida en otra. Las consecuencias de una invalidez en las etapas normativas serán explicadas en el Capítulo Cuarto.

Conviene recordar que las etapas normativas son realizadas simultáneamente, salvo la ejecución de normas jurídicas. Por esta razón, la creación de una norma inferior implica la aplicación de la norma superior que determina la forma y el contenido de la primera. Al respecto, Kelsen menciona: “La aplicación de derecho es a la vez producción de derecho”.¹⁵³ Sin embargo, a fin de obtener una exposición didáctica, he decidido estudiar las etapas normativas de manera separada; sin que esto represente un descuido de las relaciones existentes entre cada una de ellas.

1. Creación

Toda norma de Derecho es creada por seres humanos. La creación normativa válida significa que las personas observaron los criterios de validez impuestos por el sistema jurídico en la producción de determinadas normas jurídicas. ¿Cuándo son observados los criterios de validez en la creación normativa? Primero, cuando las personas son consideradas órganos de la comunidad jurídica; es decir, tienen la función de producción

¹⁵³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 269.

de Derecho. Segundo, si el proceso en el cual una norma fue creada corresponde al procedimiento ordenado por el sistema jurídico; esto es, cuando existe una correspondencia entre el proceso *debido* y el proceso efectivo. Tercero, si la norma creada es coincidente con el contenido del orden jurídico; en otras palabras, cuando existe una compatibilidad material entre la norma determinada y las normas determinantes. En este sentido, la creación normativa que espere ser exitosa deberá cumplir con estos criterios de validez; a la vez, solamente la creación normativa exitosa podrá generar una norma jurídica válida. En consecuencia, la inobservancia de cualquier requisito de validez resulta en el fracaso de la creación normativa. Por ejemplo, un individuo no facultado para producir normas jurídicas no podrá establecer *válidamente* ninguna orden para dirigir la conducta de terceros. De la misma forma, un órgano competente que intente crear una norma jurídica mediante un procedimiento distinto al establecido por el Derecho, no podrá crear normas vinculantes para la sociedad. Por último, un órgano competente, mediante el procedimiento *debido*, puede crear una norma que materialmente sea antagónica respecto de los contenidos protegidos por el sistema jurídico; por ello, la norma incompatible no puede ser considerada una orden válida.

La creación normativa válida es fundamental para el desarrollo de un sistema jurídico. La obligatoriedad del Derecho depende de la creación válida de sus normas jurídicas; por consiguiente, sólo las normas creadas válidamente pueden ser aplicadas.

2. Aplicación

La aplicación es una etapa de la producción normativa. Ésta consiste en la realización de conductas determinadas por el orden jurídico. No obstante, no todas las personas pueden aplicar normas jurídicas; solamente los individuos facultados para ejercer una función de aplicación de Derecho pueden realizar las conductas implicadas en esta etapa normativa. En este sentido, Kelsen explica: “Los órganos aplicadores del derecho deben ser instituidos de acuerdo con el orden jurídico, el cual ha de determinar asimismo el procedimiento que tales órganos están obligados a observar cuando aplican las normas jurídicas”.¹⁵⁴ Asimismo, la aplicación jurídica puede ser entendida de dos maneras distintas, con base en las consecuencias que produce: normativa y fáctica.

A. Aplicación normativa

¹⁵⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, pp. 151-152.

La aplicación normativa consiste en la utilización de una norma determinante para producir una norma determinada; es decir, es el cumplimiento de los criterios de validez ordenados en una norma jurídica superior que invariablemente generaran la creación de una norma jurídica inferior. En este sentido, la mayoría de las normas que integran el sistema jurídico son actos de aplicación de Derecho; por ejemplo, las leyes son consecuencia necesaria de aplicar la Constitución, y al aplicar las leyes se producen reglamentos, sentencias, contratos, etcétera. Por esta razón, Kelsen considera: “Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquélla”.¹⁵⁵ Algunos autores consideran la aplicación normativa del Derecho como un fenómeno circunscrito a la individualización de normas generales. De esta manera, Máynez explica: “El proceso merced al cual una situación jurídica abstracta transfórmese en concreta y una norma general se individualiza, denomínase aplicación”.¹⁵⁶ Considero que la aportación de Máynez es parcialmente correcta. La creación de normas individuales *puede* ser resultado de la aplicación de normas generales; sin embargo, no es necesario que así sea. Cuando el Derecho omite regular una conducta específica, y esa omisión se convierte en la *litis* de un procedimiento, la norma individual que resuelve el conflicto puede ser creada con base en la discrecionalidad del juez. En este caso, se estaría aplicando el Derecho porque el órgano que resuelve está facultado por el orden jurídico; empero, la creación de la norma individual no implicaría aplicación alguna de normas generales y abstractas. Por otra parte, la aplicación de normas generales puede resultar en la creación de otras normas generales. En México, normas generales como leyes, reglamentos y tratados internacionales son resultado de la aplicación de otras normas generales (la norma constitucional). De tal guisa, considero que una interpretación amplia de la aplicación normativa permitirá comprender todas las implicaciones de ésta.

Asimismo, la aplicación normativa puede ser calificada como polifacética. Una norma determinante puede ser utilizada en más de un proceso de creación normativa; es decir, la aplicación normativa de una norma general —que genera la creación de otra norma— puede darse en muchos escenarios de producción de Derecho. Por ejemplo, la aplicación normativa de la Constitución existe cada que se crea una ley o reglamento; esto es, cada ley o reglamento creado representa una aplicación normativa específica de la norma constitucional. Por esta razón, Máynez afirma: “Echando mano de expresiones aristotélicas,

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 157.

¹⁵⁶ *Cfr.* García Máynez, Eduardo, “El problema filosófico-jurídico...”, *cit.*, nota 92, p. 14.

cabría afirmar que toda disposición abstracta encierra en potencia una serie infinita de normas concretas, y que todo acto jurídico es actualización de un precepto general”.¹⁵⁷ En suma, una norma general puede emplearse para la creación de más de una norma jurídica.

También, la aplicación normativa puede utilizar la regulación positiva o negativa del orden jurídico. El Derecho regula positivamente el mundo cuando las normas jurídicas explicitan un significado normativo específico acerca de un hecho determinado. Es decir, cuando enlazan un operador deóntico a determinada conducta; por ejemplo, alimentación de los hijos como conducta obligatoria, privación de la vida como conducta prohibida, tránsito de personas por un determinado territorio como conducta permitida, etcétera. Por el contrario, el Derecho regula negativamente el mundo cuando no existe una norma jurídica que signifique normativamente un hecho determinado. En este sentido, el orden jurídico es *omiso* respecto de ciertos acontecimientos externos. Así, en México no existe una norma jurídica que interprete normativamente el hecho consistente en leer más de 10 libros por año. Las conductas reguladas negativamente por el Derecho están *permitidas*. No obstante, esta permisión no es una facultad jurídica; en otras palabras, no es posible reclamar su cumplimiento mediante una acción ante tribunales. Que el Derecho *permita* ciertas conductas mediante una regulación negativa, significa que estas conductas no están enlazadas a una consecuencia desagradable.

Por tanto, la aplicación normativa positiva consiste en el empleo de la regulación positiva del Derecho (normas existentes) para la creación de nuevas normas jurídicas. De este modo, una sentencia es creada con base en la aplicación de una norma jurídica general (ley). No obstante, es posible la creación de normas jurídicas aplicando la regulación negativa del orden jurídico. Esta consiste en utilizar las *omisiones* del Derecho para producir normas jurídicas concretas. Por ejemplo, un tribunal puede crear una norma jurídica que absuelva a una persona, si la conducta objeto de la *litis* no está regulada positivamente por el orden jurídico, con el argumento de que “de acuerdo con el derecho existente, el reo o el demandado tenían la facultad de conducirse como lo hicieron”.¹⁵⁸

Ahora bien, ambas aplicaciones normativas pueden ser calificadas como válidas o inválidas. La aplicación normativa válida significa que las acciones realizadas en el ejercicio de la función aplicadora del Derecho se adecuan a los supuestos normativos estatuidos en la norma jurídica; es decir, que los criterios normativos de validez *de hecho* son observados. Un órgano realiza una aplicación normativa válida cuando la norma determinada coincide con las exigencias impuestas por la norma determinante. En principio, la aplicación

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ *Cfr. Kelsen, Hans, Teoría general del Derecho..., cit., nota 23, p. 172.*

normativa se presupone válida; esto es, la aplicación de normas superiores genera *jurídicamente* la creación de una norma inferior válida. La presunción de validez de los actos de aplicación existe porque el orden jurídico otorga a determinados órganos la función de aplicar el Derecho. En este sentido, los órganos aplicadores son los únicos individuos facultados para decidir el significado y alcance de la aplicación jurídica; es decir, califican determinados actos de aplicación como jurídicamente *correctos*.

Sin embargo, los órganos que ejercen la función jurídica de aplicación pueden equivocarse y, en consecuencia, aplicar *incorrectamente* el Derecho. La aplicación normativa inválida es *equivalente* a una aplicación inadecuada del sistema jurídico. Ésta consiste en que las acciones realizadas en el ejercicio de la función aplicadora de Derecho no coinciden con los supuestos normativos y exigencias contempladas en las normas jurídicas aplicadas. En otras palabras, una aplicación normativa inadecuada es la inobservancia de los criterios normativos de validez jurídica. Para estos casos, el orden jurídico puede contemplar la existencia de mecanismos que anulen la aplicación inválida de normas jurídicas generales.

En conclusión, la aplicación del Derecho es normativa porque su realización trae aparejada como consecuencia la creación de una nueva norma jurídica.

B. Diferencia entre creación y aplicación normativa

La relación entre ambas etapas podría generar la impresión de que son fenómenos idénticos; sin embargo, son acontecimientos independientes. ¿Cómo podemos diferenciar entre un acto de creación y aplicación de Derecho? La respuesta está en la función orgánica otorgada por el orden jurídico. Kelsen explica que: “La cuestión de si un acto tiene el carácter de producción o de aplicación de derecho depende del grado en que la función del órgano que establece el acto esté predeterminada por el orden jurídico”.¹⁵⁹ En otras palabras, un órgano ejerce la función de producción jurídica cuando el contenido de la norma creada es la completitud de las indeterminaciones de la norma superior o determinante; por el contrario, un órgano ejerce la función de aplicación jurídica cuando el contenido de la norma creada reproduce totalmente las exigencias de la norma superior o determinante. La innovación o producción de nuevo contenido normativo es el criterio determinante para reconocer la aplicación o creación de Derecho, sin olvidar que la aplicación normativa implica la producción de normas jurídicas.

¹⁵⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 270.

C. Aplicación fáctica

Esta aplicación también es denominada acatamiento del Derecho. Asimismo, el acatamiento de normas jurídicas puede ser dividida en: actos de ejecución coactiva y voluntaria. En el presente apartado explicaré el acatamiento voluntario de las normas jurídicas; dejaré el estudio del acatamiento obligatorio para el apartado de *Ejecución*.

La aplicación fáctica es la realización del deber impuesto por la norma jurídica. Es decir, consiste en comportarse de la manera prescrita por el Derecho, cumplir con las obligaciones jurídicas. Aplicación fáctica voluntaria y obediencia son el mismo fenómeno. Los individuos que pretenden realizar una aplicación fáctica del Derecho ordenan su conducta conforme a las exigencias estatuidas en normas jurídicas. No obstante, los individuos no cuentan con una función jurídica que les permita decidir el significado y alcance de los deberes jurídicos. Por esta razón, la aplicación fáctica voluntaria puede ser calificada como válida o inválida.

Para entender la validez de la aplicación fáctica del orden jurídico, modelaré un caso hipotético. Una norma establece el deber de comportarse de la manera A; los individuos que quieran acatar el deber impuesto por la norma realizarán las conductas que consideran significa el comportamiento A. Sin embargo, los únicos individuos que pueden determinar el significado y alcance del comportamiento A, son aquellos que tienen una función jurídica para tal efecto. Sólo un órgano competente puede describir la manera en que ha de realizarse la aplicación fáctica del orden jurídico. El comportamiento de los individuos únicamente significa una *intención* de acatamiento del orden jurídico; la obediencia del Derecho es una *pretensión* de aplicación válida del sistema jurídico. En este sentido, la aplicación fáctica voluntaria sólo es válida si un órgano facultado por el Derecho resuelve que el comportamiento de los individuos es coincidente en todos los aspectos con los deberes jurídicos impuestos por las normas jurídicas. Por el contrario, los individuos pueden equivocarse en su intento por acatar el Derecho. Esto es, aunque tengan la intención de acatar las exigencias de las normas jurídicas, pueden comportarse de una manera que el órgano jurídico competente interpretará como jurídicamente prohibida. En consecuencia, la aplicación fáctica voluntaria es inválida cuando el órgano competente resuelve que el comportamiento de los individuos no es coincidente con los deberes jurídicos impuestos por el Derecho.

En suma, la aplicación fáctica se distingue de la normativa, porque la primera no genera como consecuencia la creación de nuevas normas jurídicas, tan solo significa el cumplimiento de las ya establecidas.

3. Ejecución

Como mencioné antes, esta etapa puede ser denominada aplicación fáctica coactiva, porque es un tipo de aplicación del Derecho. De esta guisa, Kelsen explica: “la aplicación del derecho es [...] ejecución del acto coactivo estatuido en una norma”.¹⁶⁰

La ejecución normativa consiste en la materialización del deber estatuido en la norma jurídica; esto es, “la realización de la sanción que la norma estipula”.¹⁶¹ Además, la ejecución es una aplicación fáctica del orden jurídico porque no implica la creación de una nueva norma jurídica. La ejecución normativa es una excepción a la regla general consistente en que “La aplicación de derecho es a la vez producción de derecho”.¹⁶² Por ello, Kelsen considera a la ejecución como un acto de mera aplicación: “Solamente los actos a través de los cuales no se establece ninguna norma pueden ser de simple aplicación [...] De esta índole es la ejecución de una sanción en un caso concreto”.¹⁶³ En consecuencia, la ejecución normativa está constituida por hechos, no por deberes. Al respecto, Máynez considera que la ejecución “representa la definitiva realización de un deber jurídico (un ser, por consiguiente)”.¹⁶⁴

En términos generales, únicamente las normas individualizadas son ejecutables; en otras palabras, sólo aquellas normas que ordenan un deber jurídico determinado para personas específicas son susceptibles de ser ejecutadas. Por tanto, la ejecución —a diferencia de la aplicación normativa— no es polifacética, se agota con la realización de una conducta específica. Por ejemplo, una sentencia sólo puede ser ejecutada una vez. Sería impensable la ejecución de una norma jurídica individualizada para casos distintos a los ordenados por ésta. Sin embargo, existen obligaciones de tracto sucesivo, éstas se caracterizan porque requieren de actos de ejecución a través del tiempo. Salvo este tipo de obligaciones, la ejecución normativa implica la realización de actos por única ocasión.

También, la ejecución es “El último acto de este proceso de producción de derecho”.¹⁶⁵ Esta etapa normativa está constituida por hechos, acontecimientos pertenecientes al mundo del ser; en este sentido, “La ejecución de una norma no es por sí

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 269. Corchetes propios.

¹⁶¹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, *cit.*, nota 23, p. 45.

¹⁶² *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 269.

¹⁶³ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, *cit.*, nota 23, p. 158. Corchetes propios.

¹⁶⁴ *Cfr.* García Máynez, Eduardo, “El problema filosófico-jurídico...”, *cit.*, nota 92, p. 15.

¹⁶⁵ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 269.

misma norma jurídica”.¹⁶⁶ Esto significa que la ejecución normativa implica la realización de conductas específicas; éstas pueden ser denominadas actos jurídicos.

Los actos o conductas pertenecen al mundo del Derecho, en cuanto estén contempladas por el orden jurídico. Así, Kelsen afirma: “Un acto es jurídico precisamente en cuanto se encuentra determinado por una norma de derecho”.¹⁶⁷ Es importante recordar el estudio del Derecho desde una perspectiva dinámica. Si el orden jurídico es considerado un proceso cambiante y en constante movimiento, los elementos que intervienen en dicho procedimiento son normas jurídicas y actos que las crean, aplican y ejecutan. Empero, esto no significa que el Derecho esté constituido por actos. El fenómeno jurídico dinámico consiste en normas jurídicas y actos significados normativamente por éstas. Al respecto, Kelsen considera: “es incorrecto decir que el derecho consiste en normas y en actos. Sería más correcto afirmar que el derecho está integrado por normas jurídicas y actos jurídicos determinados por tales normas”.¹⁶⁸ Por esta razón, la ejecución normativa es la consumación de actos jurídicos.

Conocer el carácter jurídico de un acto es una cuestión problemática. En principio, la cuestión es simple. Para saber si un acto está determinado por el orden jurídico, o no, basta con realizar una subsunción lógica del contenido del acto y el contenido del orden jurídico. Si coinciden, el acto es jurídico; si no coinciden, es un acto antijurídico. No obstante, es necesario realizar una interpretación para determinar el significado y alcance del contenido del acto y el orden jurídico. De esta forma, Kelsen explica: “la subsunción es imposible sin una interpretación del orden jurídico y, generalmente, existen varias interpretaciones, a menudo en conflicto”.¹⁶⁹ La interpretación ganadora es la que definirá el carácter jurídico de los actos. Sin embargo, aún falta un problema por resolver. ¿Quién decide qué interpretación es jurídicamente relevante? La respuesta a este problema necesita de un análisis de la función ejecutora de Derecho.

A la par de las funciones de creación, aplicación y acatamiento del Derecho, existe la función de ejecución de normas jurídicas. Ésta consiste en facultar a determinado individuo para que materialice los deberes impuestos por el orden jurídico. Al ejecutar el contenido del Derecho, mediante actos jurídicos, el órgano requiere realizar una interpretación normativa específica. De esta manera, la interpretación hecha por el órgano ejecutor será la única con relevancia jurídica. En el siguiente apartado estudiaré el

¹⁶⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 45.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 46.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ Cfr. Kelsen, Hans, “¿Qué es un acto jurídico?”, trad. por Ulises Schmill Ordoñez, *Isonomía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 4, abril 1996, p. 67, <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/ques-un-acto-juridico-0/>

fenómeno de la interpretación jurídica, con el cual se fortalecerá el entendimiento de la ejecución normativa.

Regularmente, la función de ejecución es otorgada a órganos administrativos, con el objeto de evitar la creación de nuevas normas jurídicas. En este sentido, Kelsen explica: “La ejecución de la sanción, aun cuando esta sea dispuesta por un tribunal, es un acto administrativo, el órgano de ejecución no es un tribunal sino un órgano administrativo”.¹⁷⁰ Por otra parte, el ejercicio de la función de ejecución no es garantía de que las normas jurídicas estén siendo ejecutadas válidamente. En consecuencia, la ejecución normativa — o realización de actos jurídicos que ésta implica— puede ser calificada como válida o inválida.

La ejecución normativa es válida cuando los actos jurídicos consumados encuentran un respaldo en el sistema jurídico. Esto es, cuando el órgano ejecutor realiza exactamente el deber jurídico impuesto en la norma. Por ejemplo, un órgano ejecuta válidamente una norma cuando materializa la sanción X sobre la persona B, si (y sólo si) una sentencia establece el deber de realizar la conducta X sobre la persona B. En opinión de Máynez: “Un acto de ejecución es jurídicamente válido cuando se funda en una norma válida (el auto o mandato de ejecución). Dicho mandato revélase como una consecuencia jurídica, dentro de un juicio (en relación con la falta de cumplimiento voluntario), y hállese condicionado por la sentencia respectiva”.¹⁷¹

Por el contrario, la ejecución es inválida cuando el acto realizado no está fundado en el Derecho. Es decir, cuando el órgano ejecutor no respeta los deberes impuestos en la norma jurídica, realizando conductas que no están determinadas jurídicamente. Por ejemplo, un órgano ejecuta inválidamente una norma cuando materializa la sanción X sobre la persona B, y la sentencia establece el deber de realizar la conducta Z sobre la persona C. Para estos casos, al igual que en la aplicación normativa inválida, la ejecución del Derecho puede ser anulada mediante un mecanismo específico.

En conclusión, la ejecución normativa finaliza el proceso de producción de Derecho, pues materializa las exigencias de las normas jurídicas.

4. Interpretación

En el presente apartado estudiaré el concepto, objeto, tipos y métodos de interpretación jurídica. También, analizaré la relación de ésta con las diferentes etapas normativas.

¹⁷⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 293.

¹⁷¹ Cfr. García Máynez, Eduardo, “El problema filosófico-jurídico...”, *cit.*, nota 92, p. 16.

En todo ejercicio interpretativo existen dos elementos: el objeto significado y el objeto significante. El objeto significante atribuye un determinado contenido al objeto significado. La interpretación es el proceso intelectual mediante el cual se conoce la asignación de significado que realiza el objeto significante respecto del objeto significado. Al respecto, Tamayo explica: “Interpretar [...] consiste en dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, ciertas cosas, signos, fórmulas o acontecimientos (objeto significado)”.¹⁷² En consecuencia, interpretar sugiere un acto de conocimiento sobre el significado y alcance del objeto interpretado.

La interpretación del Derecho se realiza en un objeto específico; a saber, las normas jurídicas. Cualquier disposición normativa es susceptible de ser interpretada. El Derecho está constituido por normas jurídicas. Éstas pueden ser expresadas a través de diferentes canales de comunicación; por ejemplo, oralidad, textos, gestos, movimientos corporales, etcétera. En términos generales, los sistemas jurídicos modernos emplean un lenguaje escrito para comunicar el contenido de las normas jurídicas. Por ello, la interpretación jurídica es el proceso intelectual mediante el cual se conoce el significado de las palabras empleadas para dar expresión a una norma jurídica. En este sentido, Kelsen afirma que por interpretación jurídica: “Se entiende la comprobación cognoscitiva del sentido del objeto interpretado”.¹⁷³

Las palabras empleadas para expresar las exigencias del Derecho pueden tener distintos significados; es decir, una norma jurídica puede tener más de un significado. Por esta razón, las normas son un marco que representan distintas posibilidades de significación jurídica. Al respecto, Kelsen explica: “El derecho que ha de ser aplicado configura solo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de aplicación, siendo conforme a derecho cualquier acto que se mantenga dentro de este marco, que lo llene en algún sentido posible”.¹⁷⁴

La tarea del intérprete del Derecho consiste en conocer todos los significados posibles de una norma; esto es, delimitar el marco de posibilidades representadas por la norma jurídica. De este modo, Kelsen explica que la interpretación jurídica consiste en “La comprobación del marco que representa el derecho que ha de ser interpretado y, de este modo, el conocimiento de varias posibilidades que están dadas dentro de ese marco”.¹⁷⁵

En conclusión, toda interpretación del Derecho implica el conocimiento de los posibles significados de las normas jurídicas. No obstante, además del acto de

¹⁷² Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, nota 4, p. 135. Corchetes propios.

¹⁷³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 367.

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ *Idem.*

conocimiento, la interpretación jurídica puede involucrar un acto de voluntad. En este sentido, es correcto afirmar la existencia de dos tipos de interpretación del Derecho.

A. Tipos de interpretación

Con base en Kelsen, la interpretación normativa puede ser calificada de dos maneras: auténtica y no auténtica.

La interpretación no auténtica es “la interpretación del derecho que no es producida por un órgano jurídico sino por una persona privada, y en especial por la ciencia jurídica”.¹⁷⁶ Para realizar esta interpretación, no es necesario contar con una función orgánica de creación y aplicación jurídica. Cualquier individuo puede interpretar el Derecho. Por esta razón, el resultado del ejercicio interpretativo de los individuos se limita a conocer el marco de posibilidades constituido por la norma jurídica. Interpretación no auténtica y conocimiento del Derecho son el mismo fenómeno. Asimismo, la interpretación no auténtica se caracteriza porque no genera ningún cambio en el sistema jurídico; es decir, “no crea derecho”.¹⁷⁷ En otras palabras, los intérpretes no auténticos no están facultados para pronunciarse sobre la correcta interpretación jurídica de un texto legal. La representación gráfica de este tipo de interpretación es la siguiente:

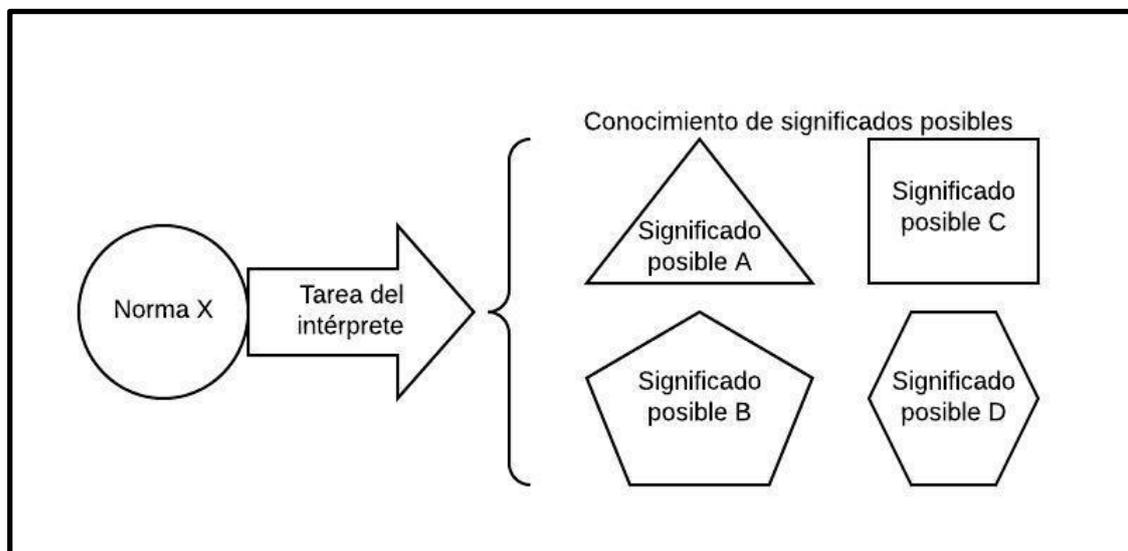


Diagrama 3. Modelo de interpretación jurídica no auténtica. Elaboración propia.

En este diagrama, el marco que representa el Derecho está constituido por los significados posibles de una norma jurídica determinada.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 365.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 370.

Regularmente, la interpretación no auténtica del ordenamiento jurídico es realizada por la ciencia jurídica (abogados, estudiantes e investigadores). Al respecto, Merkl —al igual que Kelsen— considera que la ciencia del Derecho es una instancia competente para detectar irregularidades en el sistema jurídico. Explica: “la ciencia jurídica positivista es competente para dar cuenta de los excesos de poder de los órganos de aplicación señalando las irregularidades cometidas en su actuación”.¹⁷⁸ En consecuencia, es posible que la ciencia jurídica explicita errores en la producción normativa, con base en el conocimiento previo de los posibles significados de las normas jurídicas.¹⁷⁹ De tal guisa, los juristas continuamente señalan contradicciones y falencias en la creación normativa. Por ejemplo, Gabriel Soto Arellano, con base en una interpretación no auténtica, desarrolló un estudio de los problemas procesales implicados en el extinto juicio de desahucio.¹⁸⁰

Por otra parte, la interpretación auténtica es “la interpretación del derecho por el órgano de aplicación del derecho”.¹⁸¹ Para realizar esta interpretación es necesario contar con una función orgánica de creación y aplicación del Derecho. Solamente los individuos facultados por el orden jurídico pueden realizar una interpretación auténtica del Derecho. Así, el resultado del ejercicio interpretativo auténtico de los órganos jurídicos consiste en conocer el marco de posibilidades constituido por el material jurídico, y decidir cuál es el significado que tendrá relevancia jurídica. La interpretación auténtica implica conocer y decidir qué es el Derecho. En consecuencia, la interpretación auténtica se caracteriza

¹⁷⁸ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 30, pp. 196-197.

¹⁷⁹ Sin embargo, la posibilidad de que la ciencia jurídica detecte irregularidades en el proceso de producción normativa no implica que la misma ciencia sea la instancia competente para establecer los criterios de validez jurídica. Al respecto, Tatiana Díaz Ricardo considera que la ciencia del Derecho proporciona los criterios para calificar la validez de una norma jurídica. En este sentido, afirma: “la validez jurídica obedece a una serie de criterios que varían de acuerdo con los diferentes modelos teóricos que intentan explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos” (Cfr. Díaz Ricardo, Tatiana, “Validez del derecho: Análisis conceptual a partir de los modelos teóricos de Kelsen y Alexy”, *Revista Mario Alario D’Filippo*, Colombia, Universidad de Cartagena, vol. 3, núm. 1, 2011, p. 105, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4767687.pdf>). En mi opinión, la ciencia del Derecho no es la que decide los criterios de validez jurídica; por el contrario, el sistema jurídico es la instancia competente para establecer los criterios de validez jurídica.

En suma, la validez normativa depende de los criterios establecidos por el Derecho, y no de la ciencia que estudia al sistema jurídico como tal.

¹⁸⁰ Cfr. Soto Arellano, Gabriel, *Consideraciones de carácter procesal en el juicio de desahucio. Tesis Profesional.*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

Algunos de las principales propuestas del autor fueron: (i) la identificación de una posible antinomia, o contradicción normativa, entre: a) el artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, mismo que exigía una formalidad (acto jurídico escrito) para la validez del contrato de arrendamiento y b) el artículo 489 del Código Civil en comento, mismo que justificaba la falta del contrato escrito de arrendamiento, siempre y cuando se comprobara el cumplimiento voluntario del mismo mediante medio preparatorio a juicio, información testimonial o prueba documental; y (ii) la aplicación del principio general de derogación: *lex specialis derogat legi generali* como solución a la posible antinomia comentada anteriormente.

¹⁸¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 365.

porque genera cambios en el sistema jurídico; es decir, “crea derecho”.¹⁸² La representación gráfica de la interpretación auténtica es la siguiente:

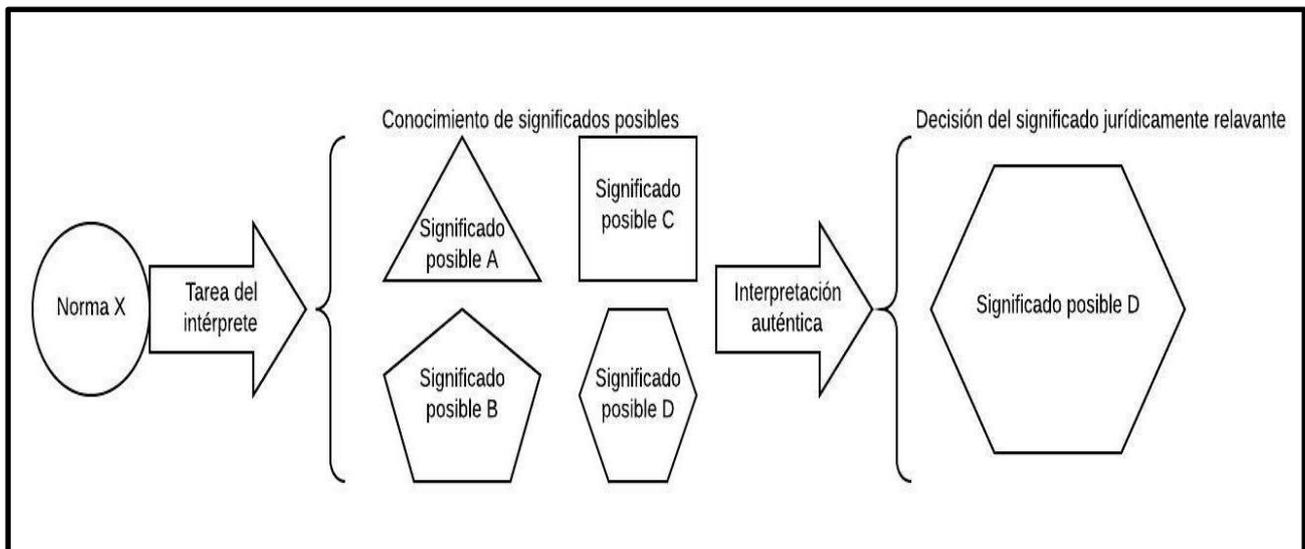


Diagrama 4. Modelo de interpretación jurídica auténtica. Elaboración propia.

En este diagrama, además del conocimiento de los significados normativos posibles, el intérprete auténtico elige uno de estos significados como el único jurídicamente relevante. Esto es, el material interpretado (norma X) contiene significados normativos que potencialmente pueden llegar a ser considerados parte del sistema jurídico (significado A, B, C y D); únicamente el escogido por el intérprete auténtico (significado D) será considerado una norma jurídica válida. Sin embargo, que un significado normativo posible se convierta en una norma jurídica, no implica que éste sea la única interpretación correcta de determinada norma. Es decir, los posibles significados de una norma jurídica (significados A, B, C y D) están en igualdad de circunstancias para convertirse en elementos integrantes del orden jurídico. Por consiguiente, es incorrecto afirmar que el Derecho contiene interpretaciones únicas y correctas. Al contrario, el sistema jurídico ofrece un abanico de interpretaciones posibles, y todas serán correctas en la medida en que estén contenidas en el material jurídico interpretado.

En suma, la interpretación no auténtica se agota en un acto de conocimiento del Derecho —misma que puede ser de utilidad para perfeccionar la forma del Derecho—; por el contrario, la interpretación auténtica implica un acto de conocimiento, y un acto de voluntad que decide jurídicamente el significado concreto de una norma.

B. Métodos de interpretación

¹⁸² *Ibidem*, p. 370.

Los intérpretes auténticos, y no auténticos, utilizan herramientas, técnicas e instrumentos para realizar la interpretación del material jurídico. El conjunto de elementos utilizados para interpretar el Derecho puede ser definido como métodos interpretativos. El presente trabajo de investigación no tiene como objeto de estudio un análisis exhaustivo de los distintos tipos, y formas de aplicación, de métodos interpretativos; por ello, en el siguiente apartado solamente enunciaré las relaciones de éstos con la validez jurídica de las normas.

En términos generales, los métodos interpretativos están ordenados por el sistema jurídico. Es decir, el Derecho obliga a los intérpretes a utilizar, o no utilizar, determinadas técnicas en la interpretación del contenido normativo. Por ejemplo, un sistema jurídico puede prohibir el uso del argumento *a fortiori* para la interpretación de normas penales, pero ordenar el uso del principio *pro-persona* en la interpretación de estas.

Ahora bien, en casos excepcionales, el ordenamiento jurídico puede facultar a los intérpretes para que utilicen los métodos interpretativos que ellos prefieran. En este caso, las técnicas de interpretación jurídicamente relevantes dependerán de la voluntad de los órganos intérpretes.

En suma, por regla general, los métodos interpretativos son vinculantes en la medida en que el sistema jurídico los ordene; por excepción, los métodos utilizados para interpretar el ordenamiento jurídico serán aquellos elegidos por los órganos intérpretes del Derecho.

No obstante, algunos autores consideran que, para conocer el significado de las normas jurídicas, es necesario el uso de determinados métodos de interpretación (Savigny, Larenz, Wolff).¹⁸³ Además, señalan que los métodos interpretativos guardan una jerarquía; es decir, que sólo es posible utilizar el método B, si previamente se utilizó el método A. En mi opinión, estas consideraciones son equivocadas. Las razones para sostener la afirmación anterior son las siguientes.

En primer lugar, las normas jurídicas son susceptibles de ser interpretadas con base en diversos métodos interpretativos. No hay una característica distintiva de las normas jurídicas para que sólo puedan ser interpretadas con base en un único método. Como mencioné antes, es el orden jurídico, o la voluntad del órgano interpretador, quien decide las técnicas apropiadas para interpretar el contenido normativo. Por ello, no existe una manera objetiva para demostrar la preeminencia de un método interpretativo por encima de otro. Al respecto, Kelsen afirma: “Es un esfuerzo vano querer fundamentar jurídicamente una, excluyendo a la otra”.¹⁸⁴

¹⁸³ Citados por Alexy en Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 24-25.

¹⁸⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 368.

En segundo lugar, el contenido de las normas está condicionado al método interpretativo. En otras palabras, el significado y alcance de una norma jurídica puede variar con base en la técnica utilizada para interpretarla. Por ejemplo, todo individuo que realice X será acreedor a la sanción A. Si interpretamos la norma con base en el principio de estricta legalidad, solamente la realización de la conducta X será condición para la imposición de la sanción A. Sin embargo, la norma puede ser interpretada bajo el principio de la analogía; en este caso, la realización de conductas diferentes a X (conductas Y, Z) que coincidan esencialmente con ésta, también serán consideradas como condiciones para la ejecución de la sanción A. Así, los métodos interpretativos no pueden estar dados de antemano. Si sólo existiera un método *correcto* para interpretar determinada norma jurídica, entonces su contenido sería inmutable; es decir, existiría un único contenido normativo. Empero, las normas jurídicas pueden tener múltiples significados. Por tanto, la polisemia de las normas jurídicas implica la aceptación de múltiples métodos interpretativos, todos válidos, y en pie de igualdad, para dotar de significado al Derecho. La jerarquía de los métodos interpretativos sólo puede ser establecida por el sistema jurídico; no depende de la naturaleza propia de cada método de interpretación.

C. Validez de la interpretación

En principio, toda interpretación auténtica es válida; esto es, la interpretación realizada por los órganos competentes se considera jurídicamente vinculante. La presunción de validez de la interpretación auténtica existe porque los órganos están facultados por el Derecho para ejercer una función de interpretación jurídica. Sin embargo, los órganos jurídicos pueden equivocarse en el ejercicio de esta función. Para asegurar el ejercicio *correcto* de la función de interpretación, los órganos jurídicos están sujetos a observar determinados lineamientos.

En términos generales, las normas jurídicas son los lineamientos que condicionan la validez de la interpretación auténtica; en este sentido, la interpretación es válida si, y sólo si, el significado normativo obtenido del ejercicio interpretativo *realmente* es producto de interpretar la norma jurídica. En otras palabras, la interpretación está sujeta al marco representado por la norma jurídica. Al respecto, Patricia Cuenca explica: “la interpretación auténtica es, en efecto, un acto de voluntad pero no absolutamente libre en tanto su validez depende de que se mantenga dentro del área de significados posibles que viene delimitada por un acto de conocimiento”.¹⁸⁵

¹⁸⁵ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 30, pp. 186-187.

En este sentido, las normas jurídicas pueden establecer distintas restricciones a la interpretación auténtica. Por ejemplo, la norma constitucional mexicana puede establecer una restricción en la interpretación de la ley agraria; a su vez, la ley agraria puede establecer una restricción en la interpretación de un reglamento agrario, etcétera. Cuando existen restricciones en la interpretación del Derecho, es posible entender al conjunto de normas que las imponen como elementos condicionantes de validez jurídica de la interpretación auténtica. Es decir, la interpretación de una norma inferior será válida en la medida en que se respeten las restricciones contenidas en las normas jurídicas superiores.

Ahora bien, el conjunto de restricciones en la interpretación auténtica del Derecho limita el campo de significados posibles de una norma jurídica. Esto es, las restricciones normativas suponen una limitación para los intérpretes auténticos en la asignación de significado de una norma jurídica. Por el contrario, si no existen restricciones normativas en la interpretación auténtica del ordenamiento jurídico, entonces los intérpretes del Derecho disponen de una libertad o discrecionalidad *mayor* en la asignación de significado de una norma jurídica.

Por otra parte, la interpretación es inválida cuando el significado normativo elegido en el proceso interpretativo no es producto de interpretar a la norma jurídica; es decir, cuando se elige un contenido normativo que está fuera del marco representado por la norma jurídica. O bien, cuando no se respeta el conjunto de restricciones impuestas por normas superiores a la actividad consistente en la interpretación jurídica de una norma inferior. En ambos casos, el resultado de un proceso interpretativo inválido no puede ser considerado un significado posible que consecuentemente de lugar a una norma jurídica válida. A continuación, elaboraré la representación gráfica de una interpretación válida e inválida.

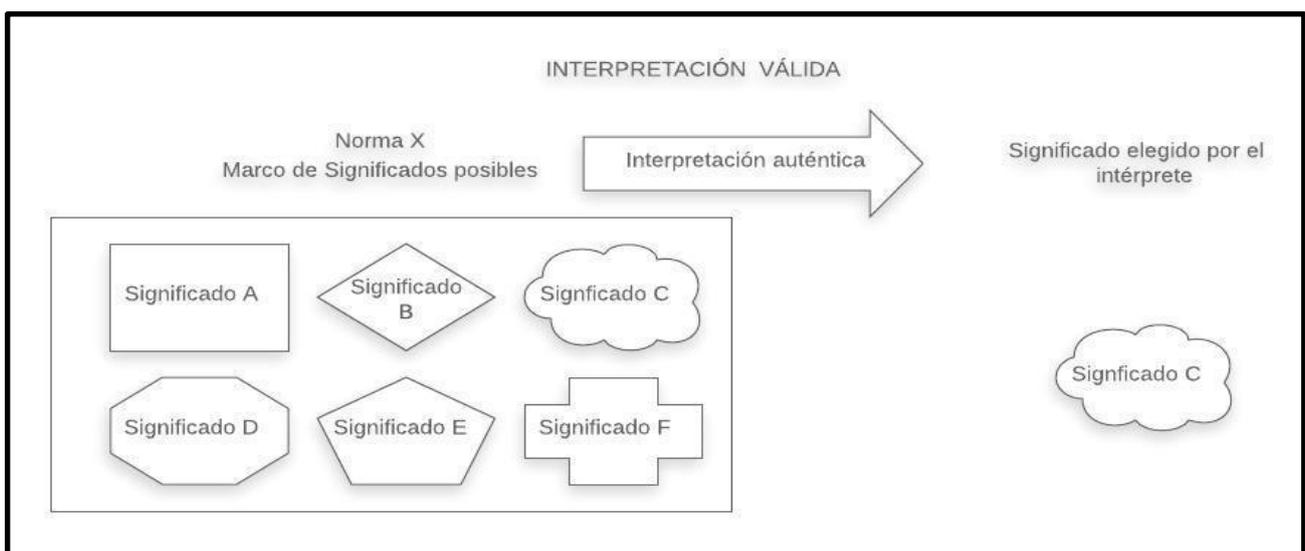


Diagrama 5. Interpretación jurídica auténtica válida. Elaboración propia.

En este diagrama, la interpretación auténtica es válida porque el significado elegido por el intérprete se encuentra dentro del marco de significados posibles representado por la norma jurídica interpretada.

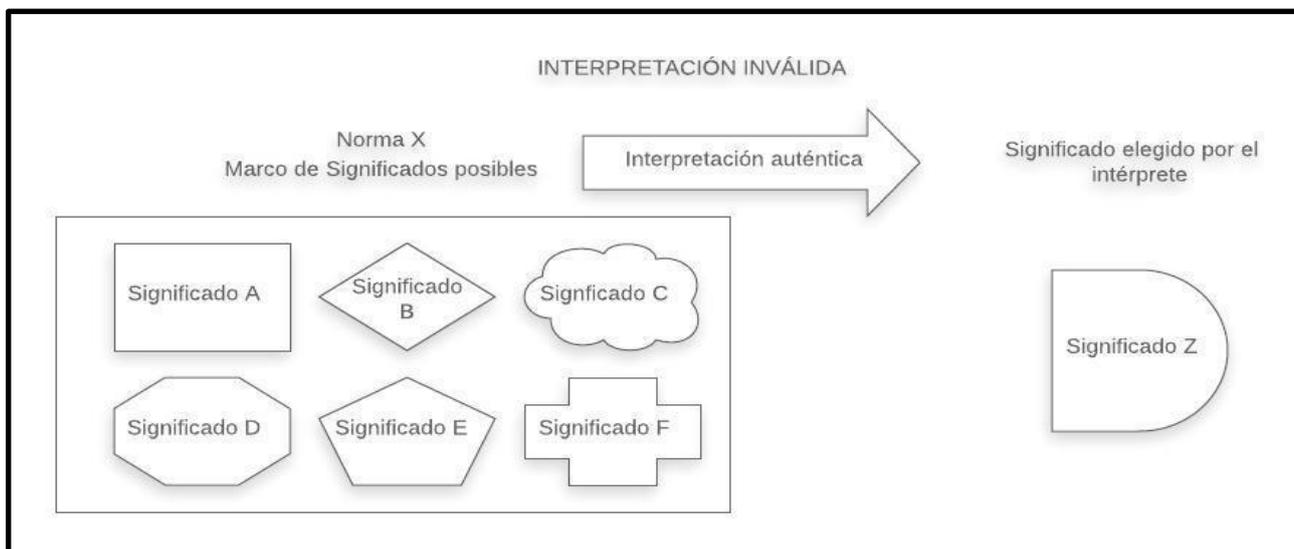


Diagrama 6. Interpretación jurídica auténtica inválida. Elaboración propia.

En este diagrama, la interpretación auténtica es inválida porque el significado elegido por el intérprete no se encuentra dentro del marco de significados posibles representado por la norma jurídica interpretada.

Ahora bien, ¿Qué herramientas son factibles utilizar para delimitar el marco representado por la norma jurídica? Merkl considera que la interpretación lógico gramatical es el instrumento necesario para delimitar correctamente el marco de significados posibles de una norma jurídica. En consecuencia, la lógica y gramática son límites a la interpretación normativa. Las razones de esta consideración son las siguientes.

Primera, las leyes se expresan mediante un idioma determinado. Estos se rigen por un sistema de reglas que prescriben el uso correcto del idioma (también conocidas como reglas gramaticales). En este sentido, cualquier persona que intente conocer el significado de una oración, necesariamente tendrá que interpretarla siguiendo las reglas gramaticales del idioma en que está expresada. Así, Patricia Cuenca explica: “este método lógico gramatical no sólo es obligatorio en todos los casos, mientras que el empleo de los demás criterios de interpretación es meramente contingente, sino que, además, ningún otro método es posible sin él”.¹⁸⁶

Segunda, las normas jurídicas ordenan que algunas conductas deben ser consideradas jurídicamente obligatorias, prohibidas o permitidas; esto es posible, gracias a

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 187-188.

que un operador deóntico enlaza un significado normativo a determinados acontecimientos. En los sistemas jurídicos únicamente existen tres tipos de operadores deónticos: obligación, prohibición y permisión. Aunque éstos son interdefinibles entre sí mismos, poseen un significado inmutable; no están sujetos a interpretación. Esto es, si una conducta específica está prohibida por el Derecho, no hay interpretación posible que pueda considerarla jurídicamente permitida. Por consiguiente, la lógica de los operadores deónticos en las normas jurídicas es un límite a la interpretación que cualquier individuo haga del Derecho.

Por estas razones, el acto de conocimiento y voluntad implicados en la interpretación auténtica del Derecho no significan una invención sin límites, sino una creación limitada. Al respecto, Patricia Cuenca afirma que la interpretación auténtica representa una decisión “creada por elección, es decir, como el resultado de una libre elección entre una serie de alternativas traídas a la luz por un acto de conocimiento”.¹⁸⁷

Además, la presencia de límites en la interpretación jurídica no conduce a resultados únicos sobre el contenido del Derecho. Tan sólo delimitan el campo de acción en el cual los intérpretes decidirán qué es el Derecho; es decir, “la lógica y la gramática [...] permiten discriminar entre los significados posibles e imposibles”.¹⁸⁸

En suma, para que la interpretación auténtica del Derecho sea válida debe considerar *realmente* a las normas jurídicas. Para lograrlo, es necesario utilizar la gramática y lógica como herramientas interpretativas.

D. *Relación con etapas normativas*

La interpretación no es una etapa normativa como tal, sino que está presente en todas las etapas previamente analizadas. Esto es, la interpretación es necesaria en la creación, aplicación y ejecución de normas jurídicas.

En la producción normativa, los órganos creadores de Derecho deberán aplicar los criterios de validez del sistema jurídico. Para aplicarlos es necesario conocer su significado y alcance; es decir, deberán interpretar la norma jurídica que los contiene. En este sentido, Kelsen afirma: “La interpretación es, por lo tanto, un procedimiento intelectual que acompaña el proceso de la aplicación del derecho, en su tránsito de un nivel superior a uno inferior”.¹⁸⁹

Como mencioné antes, la interpretación consiste en comprobar los significados posibles de una norma jurídica; además, en la interpretación auténtica se elige un

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 187.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 187-188. Corchetes propios.

¹⁸⁹ *Cfr.* Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 365.

determinado significado como el único con relevancia jurídica. Los órganos que producen, aplican y ejecutan el orden jurídico, exponen la elección tomada en el ejercicio interpretativo mediante la producción de una norma determinada, o a través de la ejecución del significado normativo elegido por ellos. En otras palabras, el acto de voluntad implicado en la interpretación auténtica se materializa en la creación o ejecución normativa. Al respecto, Kelsen considera que el acto de voluntad interpretativo genera los siguientes efectos: “Con este acto, o bien se produce una norma de nivel inferior, o bien se ejecuta un acto coactivo estatuido en la norma jurídica aplicada”.¹⁹⁰

Asimismo, la relación entre la interpretación con las demás etapas normativas es visible en la estructura del sistema jurídico. Por ejemplo, la norma constitucional es interpretada en la creación de leyes, reglamentos o tratados internacionales; de la misma forma, las leyes, ordenanzas y normas internacionales son interpretadas en la producción de contratos, sentencias y cualquier norma jurídica individualizada.

E. Interpretación dinámica

Finalmente, es importante mencionar que la interpretación del Derecho no es inmutable. El significado asignado a una norma jurídica puede variar con el tiempo. De este modo, la interpretación realizada por un órgano jurídico en un determinado momento puede ser modificada por una nueva interpretación jurídica. Por ejemplo, es posible que la interpretación de la norma constitucional en el siglo XX haya generado la creación de una norma con el contenido A; sin embargo, una nueva interpretación de la Constitución en el siglo XXI, puede generar la producción de normas jurídicas con el contenido B.

Por otra parte, aceptar la posibilidad de una interpretación *dinámica* del Derecho, no significa que las normas jurídicas creadas bajo una interpretación en desuso sean incorrectas. No existen normas correctas o incorrectas. Tan sólo existen normas jurídicas que son el resultado de una elección entre distintos significados normativos posibles. El sistema jurídico puede facultar a determinados órganos para modificar los significados normativos elegidos en un ejercicio interpretativo, generando que las normas creadas bajo ese criterio de interpretación no puedan seguir siendo consideradas normas jurídicas válidas. En este sentido, afirmar el carácter dinámico de la interpretación jurídica implica negar la existencia de una única interpretación normativa posible y, por consiguiente, de la concepción de normas jurídicas correctas e incorrectas.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 370.

II. ESTRUCTURA DEL DERECHO

Hasta ahora, estudié los conceptos fundamentales para entender el funcionamiento de la validez en un sistema jurídico. También, analicé las diversas etapas en las que es posible predicar una validez normativa; esto es, creación válida, aplicación válida, ejecución válida e interpretación válida de una norma jurídica. No obstante, es menester explicar los tipos de normas que integran un sistema jurídico, así como la relación que guardan entre ellas. Así, en el presente apartado explicaré la estructura jerárquica del Derecho, y la naturaleza de las normas jurídicas que componen un orden jurídico determinado.

Conviene recordar la tesis de Kelsen y Merkl acerca de los encadenamientos de validez: una norma encuentra su fundamento de validez jurídica en otra norma. Es decir, una norma superior otorga validez a una norma inferior. La existencia de normas *superiores* a otras, implica que no todas las normas tienen la misma categoría en el sistema jurídico. En ese tenor, es posible representar al Derecho como un orden de normas jurídicas con distintas jerarquías. Por un lado, existen las normas superiores; por el otro, las normas inferiores. Al respecto, Kelsen explica: “El orden jurídico no es un sistema de normas jurídicas de igual orden, yuxtapuestas unas a otras, sino una construcción escalonada de diferentes niveles de normas jurídicas”.¹⁹¹

Lo anterior, por otro lado, también explica que existan diferentes tipos de normas jurídicas. Esto quiere decir que las normas jurídicas —aunque comparten características esenciales— pueden tener elementos que permitan diferenciarlas respecto de otras normas. En este sentido, existen normas generales e individualizadas.

Las normas generales se caracterizan porque “se dirigen a una clase de agentes indeterminados”.¹⁹² Por el contrario, las normas individualizadas “se dirigen a uno o varios agentes determinados”.¹⁹³ Ambos tipos de normas son parte integrante del sistema jurídico. Sería equivocado concebir al Derecho como un conjunto de normas generales (leyes), pues, como ya mencioné, las normas jurídicas atraviesan una serie de etapas que culmina con su ejecución. Así, las normas generales necesitan ser individualizadas mediante normas particulares para poder ser ejecutadas. Por tal razón, Kelsen consideraba que el concepto de Derecho: “Incluye también las individuales, es decir, las que determinan la conducta de un individuo en una situación no recurrente y que, por tanto, son válidas sólo

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 258.

¹⁹² Cfr. Santiago Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 2013, p. 77.

¹⁹³ *Idem*.

para un caso particular [...] Tales normas son derecho [...] en el mismo sentido que aquellas normas generales que han servido de base para la creación de las primeras”.¹⁹⁴

Por otra parte, las normas jurídicas —generales y particulares— son creadas desde distintas latitudes. Sería muy difícil que solo un órgano jurídico fuera el encargado de producir todas las normas del sistema jurídico. Bajo esta perspectiva, Patricia Cuenca explica: “el Derecho tiene su origen en una pluralidad de formas de normación o de producción jurídica”.¹⁹⁵ A continuación, desarrollaré la multiplicidad de normas que existen en un orden jurídico.

1. Constitución

En los sistemas jurídicos modernos la norma constitucional ocupa un lugar fundamental. Es el fundamento de validez de todas las normas que integran el orden jurídico de algún país. Kelsen afirma que: “la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional”.¹⁹⁶ Asimismo, la constitución puede ser entendida en dos sentidos distintos: material y formal.

La constitución en sentido material consiste en un conjunto de normas jurídicas que contienen los primeros criterios de validez (orgánicos, formales, procedimentales y materiales) que deberán ser observados en la producción de normas jurídicas. Kelsen afirma que la constitución material de un orden jurídico “está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente la creación de leyes”.¹⁹⁷ Por esta razón, la existencia de una constitución material es imprescindible para el funcionamiento de un orden jurídico. Un sistema normativo no puede existir si no hay criterios de validez —especialmente orgánicos y procedimentales— que condicionen el proceso de producción normativa.

La constitución en sentido formal presupone la existencia de un sistema jurídico escrito. Ésta consiste en “cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas”.¹⁹⁸ La constitución formal puede, aunque no es necesario que lo haga, incluir a la constitución material. Por ejemplo, un país puede adoptar la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* como su constitución

¹⁹⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 44. Corchetes propios.

¹⁹⁵ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 30, p. 171.

¹⁹⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, pp. 146-147.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 147.

¹⁹⁸ *Idem*.

formal, y regular el procedimiento de creación normativa en una ley ordinaria. Por tanto, la existencia de una constitución en sentido formal no es imprescindible para el funcionamiento de un sistema jurídico.

En conclusión, la norma constitucional es un conjunto de normas generales que establecen distintos criterios de validez que han de ser observados en la creación de normas generales e individualizadas.

2. *Legislación y costumbre*

A. *Leyes*

La ley es uno de los productos del proceso de producción normativa determinado por la constitución en sentido material, a saber, el proceso legislativo. Consiste en normas generales que regulan la conducta de los seres humanos.

Una ley sólo puede ser considerada válida si respeta los criterios de validez contenidos en la norma constitucional. Las leyes que infringen los requisitos orgánicos, procedimentales y materiales de la constitución, no pueden ser consideradas partes integrantes del sistema jurídico; si éste es el caso, el Derecho puede prever la existencia de mecanismos de anulabilidad que invaliden la ley inconstitucional. El estudio de estos mecanismos se realizará en el siguiente capítulo. Asimismo, la ley puede ser entendida en sentido formal y material. No obstante, esta clasificación ya ha sido abordada en páginas anteriores.

Desde luego, las leyes también pueden establecer criterios de validez. Por ejemplo, la ley que regula la organización y funcionamiento del poder judicial establece criterios orgánicos de validez jurídica; el código de procedimientos penales ordena criterios procedimentales para la creación de sentencias judiciales válidas; finalmente, las leyes comerciales establecen criterios materiales para considerar válidos a los actos jurídicos realizados por sociedades mercantiles.

B. *Normas consuetudinarias*

A la par de las leyes, existen normas consuetudinarias que pueden ser parte del orden jurídico. ¿Cómo es creada una norma consuetudinaria? En primer lugar, la costumbre está constituida por actos o conductas de seres humanos. La realización de estas conductas es *regular* en el grupo social; es decir, existe un comportamiento *uniforme*. En segundo lugar,

este comportamiento es realizado por la mayoría de los integrantes del grupo social durante un lapso considerable de tiempo. Esto genera que el comportamiento uniforme —que en un inicio era un mero hábito grupal— se convierta en un deber para los miembros del grupo. Las conductas que integran a la costumbre tienen un sentido normativo subjetivo, según el cual es un deber de los integrantes de la comunidad comportarse conforme a la costumbre del grupo. Al respecto, Kelsen explica que: “el hecho de la costumbre se convierte en una voluntad colectiva, cuyo sentido subjetivo es un deber”.¹⁹⁹

No obstante, que la voluntad colectiva de un grupo establezca un determinado comportamiento como debido no implica que éste forme parte del sistema jurídico; esto es, que el sentido subjetivo de los actos constitutivos de la costumbre sea considerado un sentido objetivo. En otras palabras, no hay una característica distintiva en la naturaleza de la costumbre que la convierta en una norma jurídica objetivamente válida por el solo hecho de su existencia. Para que la costumbre sea un acontecimiento de relevancia jurídica, debe ser reconocida por el sistema normativo como un hecho productor de Derecho. Por tanto, el reconocimiento jurídico de la costumbre es una *conditio sine qua non* para que ésta pueda crear normas jurídicas generales. Cabe añadir que la costumbre creadora de normas es denominada costumbre positiva; mientras que la *costumbre* que deroga normas jurídicas —o *desuetudo*— es denominada costumbre negativa. Las diferencias entre ambos tipos de costumbre han sido estudiadas previamente.

Eventualmente, las normas jurídicas consuetudinarias pueden establecer criterios de validez para normas jurídicamente inferiores a ellas. En este sentido, una norma consuetudinaria puede condicionar la existencia de un acto jurídico al cumplimiento de determinados requisitos formales o materiales. Por ejemplo, un grupo social considera jurídicamente vinculante la práctica consistente en el establecimiento máximo de un interés del 5% (cinco por ciento) a todo préstamo de dinero; si un individuo le presta a otro una suma de dinero y anexa un interés del 10% (por ciento), la norma consuetudinaria puede invalidar dicho acto jurídico por la inobservancia de la costumbre jurídica del grupo.

3. Reglamentos

Estos también son denominados ordenanzas. Consisten en “Normas generales, que no son creadas por el legislador, sino por otro órgano, sobre la base de normas generales que el

¹⁹⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 23.

legislador ha expedido”.²⁰⁰ El reglamento se caracteriza porque “tiene por objeto facilitar la exacta observancia de las leyes expedidas por el Poder Legislativo”.²⁰¹ En este sentido, la existencia jurídica del reglamento está condicionada a la correspondencia y compatibilidad que tenga con los criterios de validez establecidos en normas jurídicas superiores a éste, a saber, normas constitucionales, legales y consuetudinarias.

Asimismo, los reglamentos pueden contener criterios que supediten la validez de normas jurídicas inferiores a ellos. Por ejemplo, un reglamento puede especificar la forma en que ha de ser cumplida una obligación legalmente establecida. Imagine que la ley ordena: *Todos los mexicanos mayores de 21 años deberán donar el 10% (diez por ciento) de sus ingresos mensuales a una institución religiosa*; a la vez, el reglamento establece: *El pago de la obligación legal sólo podrá realizarse en la institución crediticia ABC*. Si un tribunal produce una norma jurídica individualizada que absuelve a una persona que realizó el pago en una institución crediticia distinta a ABC, entonces la sentencia es incompatible con el contenido del reglamento; en este sentido, la sentencia puede ser anulada con base en la inobservancia de los criterios de validez jurídica contenidos en el reglamento.

4. Actos jurídicos

Existen dos tipos de normas jurídicas individualizadas: los actos jurídicos y las sentencias. Ambas normas tienen la misma jerarquía. No obstante, en algunas ocasiones las sentencias pueden decidir la validez de un acto jurídico; en este caso, la sentencia sería considerada una norma jurídica superior respecto del acto de Derecho. También, puede ser el caso de un contrato que otorgue capacidad a un determinado tribunal —mediante una cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria— para que resuelva las controversias derivadas de su interpretación y aplicación. En este sentido, el contrato sería considerado una norma jurídica superior respecto de la sentencia. Por esta razón, primero estudiaré los actos jurídicos y posteriormente las sentencias de los tribunales.

Los actos o transacciones son hechos del mundo consistentes en la concurrencia de dos o más voluntades para la realización de un determinado fin. En principio, esta coincidencia no tiene ninguna relevancia jurídica; sin embargo, el orden jurídico puede interpretar esa concurrencia volitiva como un hecho productor de Derecho. De esta manera, los actos jurídicos pueden generar la creación de una norma jurídica. Sobre el tema, Kelsen

²⁰⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 154.

²⁰¹ Cfr. Fraga Magaña, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2015, p. 96.

explica: “ese acto es un hecho productor de normas jurídicas, en tanto en cuanto el orden jurídico confiera al hecho esa calidad”.²⁰²

Ahora bien, es importante señalar la diferencia entre los hechos productores de normas, y las normas jurídicas creadas como tal; esto es, la diferencia entre proceso creador y resultado del proceso. Los actos jurídicos (proceso) producen normas jurídicas individuales (resultado del proceso). La expresión de la voluntad contractual es considerada un acto jurídico sólo si está determinada por el Derecho; en este sentido, sólo cuando éstos cumplen con las condiciones impuestas por el sistema jurídico pueden originar la creación de una norma jurídica válida.

A. Facultad de producción contractual

Los hechos productores consisten en el conjunto de actos de voluntad mediante los cuales determinados individuos expresan el deseo de crear una norma jurídica para regular sus relaciones recíprocas. El orden jurídico puede establecer diversas condiciones para que el sentido subjetivo de esos actos de voluntad pueda ser considerado como un sentido normativo objetivo con respaldo jurídico. Así, el Derecho otorga una función orgánica a determinados individuos para crear normas jurídicas individuales; de hecho, la mayoría de las legislaciones establece un rango de edad y lucidez mental como condiciones mínimas para la celebración de actos jurídicos. Además, una ley o reglamento puede establecer criterios de validez procedimentales que regularán la forma en que la voluntad de los individuos deba ser expresada para generar consecuencias jurídicas. Al respecto, Kelsen señala: “El orden jurídico puede prescribir, pero no es necesario que prescriba, determinadas formas que esas declaraciones han de tener para constituir un contrato jurídicamente vinculante”.²⁰³ Asimismo, las leyes o reglamentos pueden establecer criterios de validez materiales que regularán el contenido de los actos de voluntad contractuales. De hecho, algunas legislaciones excluyen la celebración de actos jurídicos sobre determinadas materias; por ejemplo, en México es jurídicamente imposible celebrar un contrato cuyo objeto sea la explotación laboral de menores de edad.

Solamente los actos de voluntad que satisfagan los criterios de validez impuestos por el Derecho podrán ser considerados verdaderas fuentes de producción jurídica. Por esta razón, la creación de normas contractuales implica la aplicación de normas generales (leyes, reglamentos, tratados internacionales).

²⁰² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 287.

²⁰³ *Ibidem*, p. 288.

B. *Facultad de impugnación contractual*

Por lo regular, el orden jurídico considera valioso el cumplimiento de las normas contractuales creadas válidamente. Por tal razón, el Derecho puede facultar a un individuo para que, en caso de incumplimiento contractual, inicie un procedimiento jurisdiccional en el cual será creada una nueva norma jurídica individualizada: la sentencia. Este facultamiento de producción normativa es denominado por Kelsen como derecho subjetivo en sentido técnico.²⁰⁴

Este derecho subjetivo consiste en la potestad jurídica otorgada a un individuo para inaugurar un proceso de producción normativa. Mediante este *poder* jurídico los individuos buscan el cumplimiento de las obligaciones y derechos creados por la norma jurídica contractual.

En conclusión, los particulares pueden crear normas jurídicas individualizadas; su voluntad es fuente de Derecho cuando el sistema jurídico considera a los actos contractuales como hechos productores de normas jurídicas. De igual modo, cuando la norma contractual es inobservada, el orden jurídico puede estatuir a los individuos como órganos partícipes en el proceso de producción de normas jurídicas individualizadas distintas a las normas contractuales; a saber, las sentencias.

5. *Sentencias*

Estas normas individualizadas son producto del ejercicio de la función jurisdiccional. Las sentencias son fundamentales para el funcionamiento del sistema jurídico, porque materializan las exigencias abstractas del Derecho contenidas en normas generales. En este apartado, estudiaré los rasgos más importantes de ellas.

Regularmente, las normas generales y abstractas contenidas en leyes, reglamentos, tratados internacionales, etcétera, suelen ser obedecidas sin problema alguno. No obstante, en algunos casos, existen dudas sobre el significado y alcance de estas normas generales. Además, como mencioné, puede ocurrir el incumplimiento de una norma individual creada por particulares. Para ambos casos, el orden jurídico propone una solución; ésta consiste en normas individualizadas que especifican el modo en que ha de aplicarse e interpretarse el Derecho. Asimismo, éstas se caracterizan por dirigirse a

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 177.

individuos concretos, y exigen conductas específicas que han de ser realizadas en un tiempo y espacio determinados.

Al igual que todas las normas jurídicas, las sentencias son creadas por actos de seres humanos. Los individuos que producen las sentencias son denominados jueces. Éstos ejercen una función orgánica de creación y aplicación de Derecho; también denominada función jurisdiccional.

A. Actividad jurisdiccional

Los jueces utilizan su función jurisdiccional para resolver casos concretos. ¿Qué implica esta función? En términos generales, la función de un juez consiste en la solución de dos cuestiones: *quaestio facti* y *quaestio iuris*.

La cuestión de hecho o *quaestio facti* consiste en el pronunciamiento del juez acerca de la existencia de la conducta o hecho que es puesto por una norma jurídica como condición para la imposición de una sanción determinada. Esto es, el juez comprobará si la conducta *efectivamente* acaeció o no.

La cuestión jurídica o *quaestio iuris* consiste en la consideración del juez sobre la existencia de la norma jurídica que resolverá el conflicto en cuestión. En otras palabras, el juez comprobará si una norma inferior fue creada conforme a los criterios de validez estatuidos en normas superiores. Cuando el juez comprueba la existencia del hecho y la validez de la norma jurídica a aplicar, está obligado a imponer las consecuencias jurídicas que el Derecho ordena. Kelsen refiere que la decisión del juez sobre ambas cuestiones tiene carácter constitutivo. Al respecto, explica: “Tanto al establecer la presencia de los supuestos como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo”.²⁰⁵

Afirmar que la decisión judicial sobre la *quaestio facti* es constitutiva significa que los hechos existen jurídicamente a partir del momento en que el juez lo decida. De igual modo, un hecho puede ser constituido como *jurídicamente* inexistente, si el juez así lo determina. Por ejemplo, puede ocurrir que un hecho *realmente* haya acaecido; sin embargo, si éste no es probado en un procedimiento jurisdiccional, el juez puede considerarlo como inexistente. También, es posible que el hecho ocurriera en el tiempo A, pero que la decisión judicial constituya la existencia del hecho en el tiempo C.

Por otra parte, afirmar que la decisión judicial sobre la *quaestio iuris* es constitutiva significa que la norma jurídica general y abstracta —la cual fue sometida a un examen de validez— será aplicada para crear una norma jurídica individualizada. Ésta materializará el

²⁰⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 160.

contenido de la norma general. En ese tenor, la imposición de la sanción por el juez es la constitución de una nueva norma jurídica.

B. *Jueces creadores de Derecho*

Algunos autores consideran que los jueces no son órganos creadores, sino meros aplicadores del orden jurídico.²⁰⁶ Estas consideraciones son un grave error. Sin importar las circunstancias, el juez *siempre* crea contenido jurídico. Aquí es preciso subrayar dos cosas.

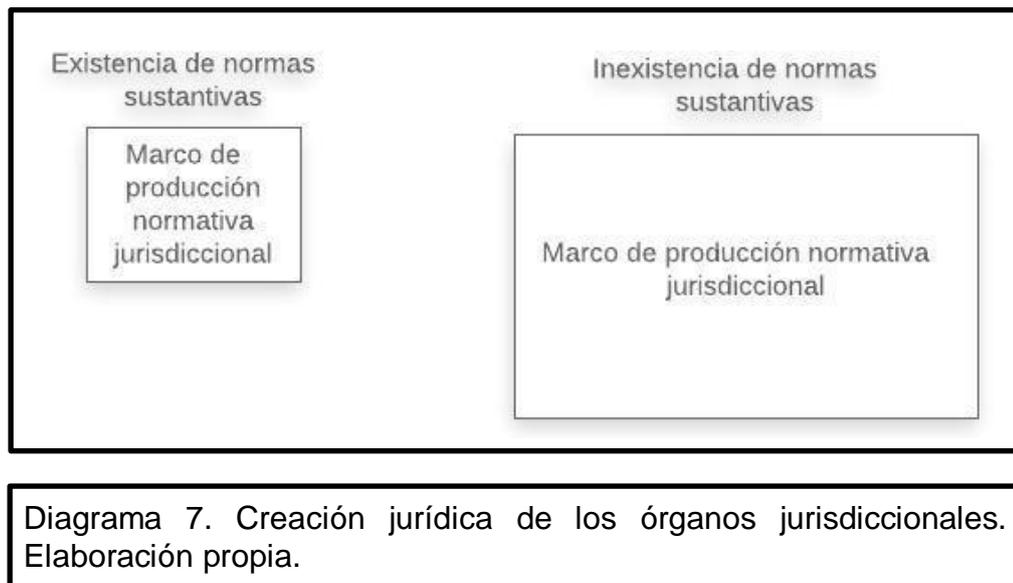
Primero, la actividad jurisdiccional puede carecer de parámetros sustantivos que determinen el contenido de las decisiones de los jueces; esto es, que el Derecho regule negativamente una materia. Cuando esto sucede, el orden jurídico puede facultar al juez para resolver un conflicto con base en su libre discrecionalidad. Así, el órgano jurisdiccional crearía una norma jurídica sustantiva que solucionaría el caso concreto.

Segundo, las decisiones judiciales pueden estar sujetas a normas sustantivas que condicionen su contenido; es decir, que el orden jurídico regule positivamente una materia. En tal caso, el juez aplica dicha regulación para decidir un conflicto. En este sentido, Kelsen afirma: “el contenido de sus decisiones se hallan determinados por normas generales preexistentes [sic]”.²⁰⁷ Eventualmente, podría parecer que el juez se limita a aplicar el Derecho existente. Sin embargo, las normas jurídicas generales contienen indeterminaciones que han de ser *completadas* por la sentencia del juez. Este complemento significa la creación de nuevo contenido jurídico, porque precisa la forma de ejecución de la sanción impuesta por el Derecho. Por ejemplo, una norma general no puede anticipar el nombre del individuo sobre el que se impondrá determinada pena; tampoco puede ordenar la fecha exacta de ejecución de la sanción, ni la forma en que ésta ha de ser ejecutada. Por estas razones, la creación jurídica del juez consiste en integrar las *necesarias* indeterminaciones de las normas generales.

En ambos casos, es posible representar gráficamente la creación jurídica de los órganos jurisdiccionales.

²⁰⁶ Cfr. Fraga Magaña, Gabino, *op. cit.*, nota 201, p. 38.

²⁰⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, *cit.*, nota 23, p. 172. Corchetes propios.



Cuando existen normas sustantivas que determinan el contenido de las decisiones judiciales, el campo de acción del juez para producir contenido normativo está limitado; por el contrario, la inexistencia de normas sustantivas genera la ampliación del campo de acción del juez para producir contenido normativo. Cabe mencionar que en los sistemas jurídicos contemporáneos es inusual la inexistencia de normas sustantivas en la función jurisdiccional.

C. Precedentes

La función jurisdiccional no está limitada a la creación de normas jurídicas individuales. Es posible que un juez produzca normas jurídicas generales. Éstas son denominadas precedentes.

El precedente es una “Decisión obligatoria en relación con la solución futura de todos los casos semejantes. [...] Tiene [...] ese carácter sólo cuando no representa la aplicación de una norma preexistente del derecho sustantivo, o sea en los casos en que el tribunal ha procedido como legislador”.²⁰⁸ En términos generales, el precedente es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, porque explicita la forma en que han de resolver un caso concreto —con la salvedad de que un sistema jurídico en particular determine la vinculatoriedad del precedente sólo para algunos órganos jurisdiccionales—. Asimismo, los precedentes constituyen una significación normativa de los hechos. Por esta razón, los

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 177. Corchetes propios.

ciudadanos pueden acudir a ellos para conocer la forma en que los órganos jurisdiccionales decidirán un conflicto determinado.

Por otra parte, los jueces pueden producir normas jurídicas generales en el caso de lagunas normativas. Explicaré esta situación en el siguiente capítulo.

La posibilidad de que un órgano jurisdiccional produzca una norma general también es un argumento en contra de la posición teórica que afirma que los jueces son meros aplicadores del orden jurídico.

D. *Proyección normativa*

Como mencioné en el estudio de la fundamentación progresiva de validez, las normas jurídicas están interconectadas entre sí. La vida de un sistema jurídico está condicionada a los procesos de creación normativa. Kelsen menciona que la producción de normas es: “un proceso que principia con el establecimiento de la primera Constitución, continúa con la legislación y la costumbre, y culmina con las decisiones judiciales”.²⁰⁹ Bajo esta perspectiva dinámica, el orden jurídico es un sistema normativo en constante construcción. La Constitución y las leyes son normas inconclusas que necesitan ser completadas mediante la creación de normas individualizadas que materialicen sus exigencias. En consecuencia, la producción normativa “es un proceso de individualización y concreción siempre crecientes”.²¹⁰

Por tal razón, el contenido de las normas constitucionales y legales es proyectado en las normas individuales, pues ordenan la realización de los deberes jurídicos contenidos en ellas. El contenido de las sentencias es un indicativo de la relación intersistémica de las normas jurídicas.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 159.

²¹⁰ *Idem*.

CAPÍTULO CUARTO

ANULACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS Y PROBLEMAS EN LA PRODUCCIÓN DE DERECHO

En el capítulo anterior estudié la manera en que las normas jurídicas son producidas; también, analicé los diferentes tipos de normas que integran el Derecho. Sin embargo, es importante subrayar que la producción normativa no termina con la creación de normas jurídicas individualizadas. El orden jurídico está constituido por normas jurídicas que ordenan comportamientos humanos, y normas que se refieren a la validez de otras normas. En este sentido, la anulación normativa forma parte de la producción de normas que integran el sistema jurídico; es decir, es una etapa normativa. Cabe añadir que decidí estudiar esta etapa en último término porque la anulación normativa es un fenómeno que *excepcionalmente* ocurre. Esto es, la regla general es la validez jurídica de una norma; la excepción, su anulación.

I. MECANISMOS DE ANULABILIDAD

En términos generales, una norma pertenece a un sistema jurídico —es decir, tiene validez jurídica— cuando satisface todos los criterios de validez impuestos por una norma superior. Al respecto, Kelsen explica: “una norma es jurídicamente válida si a) ha sido creada en la forma establecida por el ordenamiento jurídico a que pertenece, y b) si no ha sido derogada, bien en la forma prescrita por el orden jurídico, bien en la forma del desuso o por el hecho de que el orden jurídico, considerado como un todo, ha dejado de ser eficaz”.²¹¹ Las afirmaciones de Kelsen pueden reducirse a la siguiente expresión: una norma jurídica es válida en tanto no haya sido anulada.

Ahora bien, existen dos maneras para la pérdida de validez normativa. Éstas se rigen por los principios de legitimidad y efectividad.

El principio de legitimidad significa que las normas jurídicas son válidas hasta el momento en que una norma del ordenamiento jurídico anula su validez. Esto quiere decir que el sistema jurídico es la única instancia competente —y en ese sentido, legítima— para determinar cuáles son los elementos que lo integran. Sobre el tema, Kelsen refiere: “El principio de que la norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra

²¹¹ *Ibidem*, p. 141.

hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea remplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad”.²¹² No obstante, es posible que la validez de una norma sea restringida con base en elementos ajenos al sistema jurídico; por ejemplo, hechos sociales. De esta manera, el principio de efectividad interviene en la validez jurídica.

El principio de efectividad consiste en que la eficacia de una norma es condición de su validez. Esto es, que la *desuetudo* puede ser un mecanismo para la pérdida de validez jurídica. Esto quiere decir que la validez de una norma jurídica no está condicionada *exclusivamente* por el principio de legitimidad. Por tal razón, en el fenómeno de validez jurídica, “El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad”.²¹³

En el presente apartado desarrollaré los mecanismos que utiliza el Derecho para anular normas jurídicas bajo el principio de legitimidad. Por tanto, no analizaré el funcionamiento del principio de efectividad como mecanismo anulador de normas jurídicas.

1. ¿Qué es la anulación normativa?

Kelsen define la anulación normativa de la siguiente manera: “Anular una norma significa despojar a un acto, cuyo sentido subjetivo es una norma, del sentido objetivo de una norma; y eso significa poner fin a la validez de esa norma mediante otra norma”.²¹⁴ En otras palabras, la anulación consiste en retirar el respaldo normativo a un acto de voluntad que pretendía regular la conducta humana.

Conviene recordar que el fundamento de validez de una norma siempre es otra norma jurídica. Bajo esta condición, la anulación normativa solamente es posible mediante la existencia de una norma derogatoria.

2. Normas derogatorias

A. Características y funciones

El principio de legitimidad como mecanismo anulador de validez jurídica está constituido por normas derogatorias. Estas normas suprimen la validez de las normas derogadas. Se caracterizan por los siguientes elementos.

²¹² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 7, pp. 217-218.

²¹³ *Ibidem*, p. 219.

²¹⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 296.

Primero, las normas derogatorias están referidas a la validez jurídica de otras normas, no se refieren a la conducta humana; específicamente restringen el ámbito de validez temporal de la norma derogada. Segundo, no establecen un deber ser, sino un no-deber ser. Tercero, la norma derogatoria sólo tiene sentido en relación con la norma que deroga; es decir, no puede existir una norma derogatoria que no esté referida a ninguna norma jurídica.²¹⁵

De esta guisa, la única forma legítima para anular la validez de normas jurídicas es a través de una norma derogatoria. Asimismo, la producción de normas jurídicas derogatorias está sujeta a criterios de validez.

El criterio orgánico de las normas derogatorias consiste en facultar a un órgano determinado para que produzca una norma cuyo objeto sea la anulación de la validez jurídica de otra norma. Además, el orden jurídico puede establecer un procedimiento que el órgano competente deberá observar en la creación de normas derogatorias. Finalmente, el Derecho puede ordenar la producción de normas derogatorias únicamente sobre determinados contenidos; esto es, puede restringir el ámbito de validez material de la derogación normativa. Así, es posible que una norma prohíba la creación de normas jurídicas que tengan por objeto derogar su validez; al respecto, Kelsen explica: “Una norma puede excluir la derogación de su validez por otra norma”.²¹⁶ En consecuencia, una norma derogatoria logrará generar consecuencias jurídicas solamente si respeta los criterios de validez que determinan su producción; por el contrario, será considerada inválida cuando su creación es contraria a las exigencias de los criterios de validez.

B. *Tipos de derogación*

Es posible entender la anulación que realizan las normas derogatorias como una afectación directa a los ámbitos de validez de la norma jurídica derogada. Dicha afectación puede realizarse de dos maneras distintas: completa y parcial.

La afectación completa significa que la norma derogatoria destruye todos los ámbitos de validez de la norma derogada. Esto es, la norma anulada ya no se considerará obligatoria para ningún caso; deja de existir en el sistema jurídico. En cambio, la afectación parcial significa la alteración de los ámbitos de validez de la norma derogada. Es decir, cambian los supuestos de obligatoriedad impuestos por la norma *derogada*. Por ejemplo, modifican

²¹⁵ Cfr. Kelsen, Hans, “Derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, 1974, pp. 1-2, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1107/1365>

²¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

los sujetos a quienes está dirigida; restringen el espacio en que ha de ser aplicada; limitan el tiempo de su vinculatoriedad; o regulan de una manera diferente la materia ordenada por la norma derogada. En suma: “La restricción o ampliación de su esfera de validez produce el efecto de cambiar el contenido de la norma”.²¹⁷

Sin embargo, Kelsen considera que establecer una diferencia entre los tipos de afectaciones es un ejercicio ocioso, porque en todos los casos la norma derogatoria anula *totalmente* la validez de la norma derogada. En este sentido, aunque la norma se vea afectada *en parte*, no puede seguir siendo considerada una norma jurídica parcialmente existente. Al respecto, Kelsen explica: “El contenido cambiado de una norma no hace que la norma continúe existiendo como una norma parcialmente revocada, sino el resultado es que la validez de la norma es revocada por una norma derogatoria, y que en su lugar otra norma la substituye y cuyo contenido, al comparárselo con el de la primera norma, es tan sólo parcialmente diferente”.²¹⁸ El argumento que ofrece Kelsen para afirmar la derogación total en todos los casos consiste en considerar cualquier cambio o modificación como una afectación a la identidad o existencia de la norma jurídica; explica “Una norma, especialmente una norma jurídica, no puede ser transformada (*changed*) como un objeto físico”.²¹⁹ Por esta razón, cualquier tipo de alteración en el contenido normativo elimina *totalmente* la validez de la norma jurídica modificada.

C. Formas de las normas derogatorias

Una norma derogatoria tiene como única función la anulación de una norma jurídica determinada. Conviene recordar que las normas derogatorias no se refieren a ninguna conducta humana, su contenido se limita a suprimir la validez normativa. En ese tenor, una norma derogatoria no debe ser confundida con una norma que exija la realización de una conducta opuesta a la ordenada por la norma jurídica derogada. Por esta razón, las normas derogatorias pueden existir sin motivo aparente. Por ejemplo, los legisladores pueden derogar la validez de normas jurídicas que consideren tienen un contenido superfluo, o que no representan la moral social del grupo; sin que sea necesaria la introducción de una norma jurídica que regule distintamente la materia ordenada por la norma derogada. Bajo esta consideración, los únicos elementos *necesarios* en la anulación normativa son la norma derogatoria y la norma derogada.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 7.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 7-8.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 8.

Por otra parte, regularmente el proceso de derogación viene acompañado con la introducción de una nueva norma jurídica, ésta regulará de manera diversa el contenido de la norma derogada. Para estos casos es imprescindible involucrar una norma derogatoria; de no hacerlo las normas que integran el orden jurídico pueden generar un conflicto normativo. Sin embargo, en la mayoría de los casos existe una producción de normas jurídicas con un contenido contradictorio entre sí, sin la intervención de normas derogatorias que solucionen el problema. Esta situación existe porque los órganos creadores y aplicadores del Derecho presuponen como evidentes principios de derogación normativa. Así, fórmulas como *lex posterior derogat prior* y *lex specialis derogat legi generali* son usadas indistintamente en la producción de normas jurídicas contradictorias, bajo la expectativa de que el conflicto normativo será resuelto por éstas. Al respecto, Kelsen explica que estas fórmulas son falaces porque “crea la impresión de que la derogación es la función de una de las dos normas en conflicto. Esto es incorrecto porque ambas normas en conflicto se refieren a ciertas conductas, pero ninguna de ellas se refiere a la validez de la otra”.²²⁰ Por tales circunstancias, la existencia positiva —no presupuesta— de normas derogatorias es fundamental para prevenir cualquier tipo de conflicto normativo. A continuación, mencionaré los tipos de normas derogatorias que pueden ser creadas para solucionar estos problemas.

Las normas derogatorias pueden ser particulares y generales. La norma derogatoria es particular cuando es creada para invalidar una norma jurídica *específica*, con el objetivo de que la norma derogada no contradiga el contenido de una nueva norma jurídica. En este caso, existe una norma derogatoria particular para cada conflicto normativo. En cambio, la norma derogatoria es general cuando el orden jurídico positiviza ciertos principios de derogación normativa aplicables a cualquier conflicto normativo; su positivización significa que serán considerados parámetros objetivos que los órganos jurídicos deberán observar en la aplicación e interpretación de Derecho. En este sentido, una sola norma derogatoria general es la solución para cualquier contradicción posible entre normas. Aquí es preciso subrayar dos cosas. Primero, “La derogación no es la función de una de las normas en conflicto, sino que es la función de una tercera norma que prescribe que en caso de un conflicto entre dos normas, una de ellas, o ambas, perderán su validez”.²²¹ Segundo, “los conflictos entre normas permanecen sin solución en ausencia de normas derogatorias expresamente estipuladas o presupuestas silenciosamente”.²²² En otras palabras, es

²²⁰ *Ibidem*, pp. 14-15.

²²¹ *Ibidem*, p. 13.

²²² *Ibidem*, p. 16.

necesaria la existencia de una norma derogatoria —general o particular— para la solución de un conflicto entre normas; su falta implica la imposibilidad jurídica para resolver la contradicción normativa.

3. Jerarquía de las normas derogatorias

Por definición, una norma derogatoria conserva una jerarquía superior respecto de la norma que deroga. Sería impensable que la norma superior (N1) fuera anulada en virtud de una norma inferior (N2); porque el fundamento de validez de N2 está constituido por N1. Además, aceptar la derogación N1 con base en N2, implicaría reconocer que N2 se anula a sí misma, pues al dejar de existir jurídicamente N1, N2 carecería de fundamento de validez; y, por tanto, dejaría de pertenecer al orden jurídico. Al respecto, Patricia Cuenca explica: “una proposición jurídica que posee fuerza derogatoria frente a otra proposición jurídica que carece de fuerza derogatoria frente a ella es, por esta razón, de rango superior y la proposición jurídica derogable, en comparación con la derogatoria, de rango inferior”.²²³

4. Validez absoluta y provisional

El concepto de anulación —y, por consiguiente, derogación— permite considerar a la validez jurídica como un fenómeno ambivalente. Así, podemos afirmar la existencia de una validez absoluta y una provisional.

La validez absoluta, plena o definitiva significa que determinadas normas jurídicas no son susceptibles de ser anuladas mediante una norma derogatoria. Por tanto, el sentido normativo del acto de voluntad es aceptado definitivamente como parte del orden jurídico. Por el contrario, la validez provisional o restringida significa que determinadas normas pueden perder su validez jurídica a través de mecanismos de anulación (normas derogatorias). Es decir, el sentido normativo del acto de voluntad puede ser cuestionado y excluido como elemento integrante del sistema jurídico. Al respecto, Kelsen destaca: “Tiene [...] validez restringida, lo que equivale a sostener que puede, por esta razón, ser anulada por un acto especial de un órgano”.²²⁴

Eventualmente, es muy difícil que una norma posea una validez absoluta. En principio, cualquier norma jurídica es susceptible de ser anulada mediante derogación; esto es, todas las normas jurídicas tienen una validez provisional. Excepcionalmente, sólo

²²³ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 30, p. 179.

²²⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, *cit.*, nota 23, p. 189. Corchetes propios.

aquellas normas que excluyan a la derogación como una forma de pérdida de su validez, o las que se rigen bajo el principio de cosa juzgada, pueden tener una validez jurídica absoluta.

Por otra parte, la derogación normativa puede cumplir la función de otorgar *regularidad* al sistema jurídico. Esta función consiste en invalidar a las normas jurídicas que fueron creadas, aplicadas, interpretadas y/o ejecutadas sin observar los criterios de validez jurídica que las determinaban. De esta manera, es posible una connotación adicional de la validez absoluta y provisional. En ese tenor, la validez absoluta es un atributo de las normas jurídicas que *realmente* han cumplido con todos los requisitos orgánicos, formales, procedimentales y materiales impuestos por normas superiores. En cambio, la validez provisional es predicada de aquellas normas jurídicas que no cumplieron con alguno, o con todos, de los criterios de validez impuestos por normas superiores.

En mi opinión, la segunda concepción sobre validez absoluta y provisional es incompleta. Aunque una norma haya observado todos los criterios de validez —y, en ese sentido sea válida definitivamente— es posible que sea objeto de un procedimiento de derogación y, en consecuencia, pierda su *validez absoluta*.

5. Nulidad y anulabilidad

Para Kelsen, la diferencia entre nulidad y anulabilidad está determinada por el siguiente enunciado: “Una norma jurídica es siempre válida, es decir, no puede ser nula, pero puede en cambio ser anulada”.²²⁵ Bajo esta perspectiva, la anulabilidad es la característica que tienen la mayoría de las normas jurídicas de sujetarse a un procedimiento de derogación; en cambio, la nulidad es la consecuencia jurídica de dicho procedimiento. Al respecto, Kelsen explica: “Su nulidad significa la negación de su existencia para el conocimiento jurídico”.²²⁶ Por esta razón, una norma jurídica sólo puede ser considerada *nula* si previamente existió otra norma que derogara su validez.

Ahora bien, en términos generales, la anulabilidad de una norma puede estar condicionada al incumplimiento de criterios de validez; es decir, puede haber normas *potencialmente* anulables. En este sentido, existen menos razones para anular una norma que satisfizo todos los criterios orgánicos, procedimentales y materiales exigidos para su creación; por el contrario, hay mayores razones para nulificar una norma que es contraria a las determinaciones contenidas en el Derecho. Esta situación ha generado que la

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ *Ibidem*, p. 192.

irregularidad de una norma jurídica sea considerada un argumento suficiente para negar su validez en todos los casos; esto es, equiparan su potencial anulabilidad con una nulidad *ab initio*. A continuación, expondré las características de este tipo de nulidad.

En primer lugar, la nulidad de pleno Derecho, o *ab initio*, consiste en considerar a una norma jurídica *irregular* como una norma inválida o inexistente, sin la necesidad de instaurar un procedimiento de derogación cuyo objeto sea la declaración de nulidad de dicha norma. En segundo lugar, esta nulidad se caracteriza por estar ordenada *expresamente* por el ordenamiento jurídico; así, una norma jurídica puede establecer las condiciones específicas que tienen que existir para considerar a otra norma jurídica como nula de pleno Derecho. En mi opinión, la noción de nulidad *ab initio* es insostenible por las siguientes consideraciones.

Primero, la nulidad normativa *necesariamente* es el resultado de un proceso de anulación, en el cual se utiliza una norma derogatoria para invalidar o excluir del sistema jurídico a determinadas normas irregulares. Segundo, aunque el ordenamiento jurídico ordene que bajo determinadas condiciones una norma *debe ser* considerada como nula, es necesario que exista un procedimiento cuyo objeto sea la comprobación de esas condiciones. Si dicho procedimiento concluye que las condiciones realmente existieron, sólo entonces negará la validez de la norma jurídica; es decir, declarará su nulidad. Sin embargo, si el órgano jurídico competente decide que las condiciones para la nulidad *ab initio* no existen, la norma jurídica irregular conservará su validez. Al respecto, Kelsen afirma: “Sin ese acto, y antes de él, el fenómeno en cuestión no puede ser considerado como nulo”.²²⁷ Con base en estas razones, la noción de nulidad *ab initio* debe ser abandonada.

Por otra parte, la decisión del procedimiento de anulación normativa puede constituir la nulidad de una norma con dos efectos distintos: retroactiva o irretroactivamente. La nulidad tiene efectos irretroactivos cuando la norma derogatoria ordena que la norma derogada debe ser considerada inválida a partir de ese momento y en el futuro; es decir, que la norma derogada fue válida durante un determinado lapso de tiempo, y su invalidez existe sólo desde la resolución del procedimiento de anulación. Por esta razón, la norma derogada generó consecuencias jurídicas mientras era válida, mismas que pueden seguir existiendo para el sistema jurídico. En cambio, la nulidad tiene efectos retroactivos cuando la norma derogatoria ordena que la norma derogada debe ser considerada como inválida desde el momento en que fue creada; esto es, que la norma anulada jurídicamente nunca

²²⁷ *Ibidem*, p. 191.

existió. Por ello, las consecuencias jurídicas generadas por la norma anulada también deben ser consideradas como ajenas al sistema jurídico.

La nulidad con efectos retroactivos es una ficción jurídica. Una ficción consiste en el conocimiento de lo verdadero a través de lo falso. Kelsen manifiesta que las ficciones se caracterizan por el fin que intentan conseguir y el medio que utilizan para lograrlo: “El objetivo es el conocimiento de la realidad; y el medio: una falsificación, una contradicción, un artificio, un rodeo y un punto de tránsito del pensamiento”.²²⁸ Así, declarar la invalidez de una norma desde su creación implica una contradicción. Solamente aquello que es válido, podrá ser invalidado en un momento posterior. Por tanto, la retroactividad en las declaraciones de invalidez consiste en interpretar a una norma jurídica *como si* hubiera sido inválida desde el momento de su creación (aunque realmente no es así).

Finalmente, es importante mencionar que pueden existir exigencias normativas que no pertenezcan al ordenamiento jurídico *en absoluto*. Por ejemplo, si un extranjero se sitúa en la plancha del Zócalo y proclama que sus órdenes deberán ser consideradas la nueva ley que rige a la sociedad mexicana, es claro que sus actos de voluntad no pueden ser interpretados como normas jurídicas válidas. Al respecto, Kelsen afirma: “Es cierto que hay casos en que la regla que se presenta a sí misma como norma no es norma en absoluto, es decir, es nula ab initio. Trátese de casos de nulidad absoluta, caracterizados por el hecho de que no hace falta ningún procedimiento jurídico para anular el precepto”.²²⁹ De esta guisa, la nulidad de estas *normas* no necesita de una norma que derogue su validez, precisamente porque no existen jurídicamente; no son normas como tal, sino intentos por establecer normas jurídicas válidas. Empero, estos casos de nulidad absoluta no están contemplados por el Derecho, en ese sentido “rebasan la linde del sistema jurídico”.²³⁰

6. Cosa juzgada

La derogación es un mecanismo de invalidación normativa que no aplica para todos los casos. Por ejemplo, una norma jurídica puede excluir explícitamente la posibilidad de ser anulada mediante una norma derogatoria. Asimismo, una norma no puede ser derogada cuando se rige con base en el principio de cosa juzgada. ¿En qué consiste este principio?

²²⁸ Cfr. Kelsen, Hans, “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger”, trad. por Jean Hennequin, en Hans Kelsen *et al.*, *Ficciones jurídicas*, 3a. ed., México, Fontamara, 2013, p. 25.

²²⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, *cit.*, nota 23, pp. 190-191.

²³⁰ *Ibidem*, p. 191.

La cosa juzgada consiste en la imposibilidad jurídica para modificar el contenido de una norma y, por consiguiente, suprimir su validez. Dicha imposibilidad se traduce en la inexistencia de mecanismos que tengan por objeto cuestionar la validez de las normas jurídicas. Por ello, cosa juzgada y validez definitiva son conceptos equivalentes. También, este principio suele ser entendido como *fuerza jurídica*, porque las normas concebidas como cosa juzgada tienen una obligatoriedad *imparable* que no puede ser detenida por nada ni por nadie.

Ciertamente, el principio de cosa juzgada puede aplicarse a cualquier norma jurídica. No obstante, en la teoría del Derecho, es común que este principio sea atribuido exclusivamente a las sentencias judiciales. En mi opinión, esta es una limitación indebida del concepto de cosa juzgada. Cualquier norma jurídica es susceptible de poseer la categoría de cosa juzgada. Al respecto, Patricia Cuenca explica: “si la fuerza jurídica se identifica con una cierta cualidad de inmodificabilidad entonces puede estar presente en todas las formas de producción jurídica subordinadas, más allá de la sentencia”.²³¹ En este sentido, si existe una imposibilidad jurídica para modificar determinadas leyes, reglamentos, tratados internacionales, etcétera, entonces todas esas normas jurídicas deben ser consideradas como cosa juzgada.

Por otra parte, este principio puede concebirse como la última decisión de validez sobre una norma en particular. En ese tenor, es importante analizar a los órganos que toman esa decisión; la categoría de cosa juzgada sólo puede ser atribuida a una norma jurídica por un órgano facultado por el Derecho para hacerlo. Por tanto, no existe una respuesta uniforme a esta cuestión; todo depende de la regulación específica de un sistema jurídico en particular. Por ejemplo, el Derecho nacional de X podría facultar al órgano que crea la norma como la instancia competente para pronunciarse si es, o no, cosa juzgada; el Derecho nacional de W podría crear un órgano revisor que decida sobre la fuerza jurídica de determinadas normas; por último, el Derecho nacional de Z podría otorgar dicha facultad a los órganos encargados de ejecutar las normas jurídicas. Las tres posibilidades están en igualdad de condiciones. Sobre el tema, Kelsen refiere: “—¿quién, entonces, decide si un acto definitivo de un órgano jurídico competente existe con categoría de cosa juzgada?— [...] La pregunta solo puede ser decidida por el órgano que ha establecido el acto o por otro órgano que con el examen y decisión rechaza la anulación o modificación del acto o, alternativamente, por el órgano competente para realizar las consecuencias enlazadas al acto en cuestión”.²³²

²³¹ Cfr. Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 30, p. 182.

²³² Cfr. Kelsen, Hans, “¿Qué es un acto jurídico?”, *cit.*, nota 169, p. 70. Corchetes propios.

7. Anulación de etapas normativas

Como anticipé en el apartado *Producción normativa*, cada una de las etapas normativas puede ser anulada. En esta sección explicaré las consecuencias jurídicas de su anulación.

A. Creación

La creación normativa puede ser anulada mediante un procedimiento de derogación. En este caso, la norma creada será invalidada con base en una norma derogatoria. La anulación de esta etapa normativa implica el fracaso del proceso creador de Derecho; por tanto, el resultado de dicho procedimiento no podrá ser adjudicado en ningún sentido al orden jurídico.

B. Aplicación

La anulación de esta etapa puede darse sobre las dos maneras en que una norma jurídica es aplicada.

a. Aplicación normativa

Conviene recordar que la aplicación normativa implica *necesariamente* la creación de una nueva norma jurídica. Luego, la anulación de esta etapa consiste en derogar a la norma creada con base en la aplicación de otra norma jurídica. En otras palabras, se invalida la norma creada por aplicación, y no la norma aplicada.

b. Aplicación fáctica voluntaria

Esta etapa consiste en la obediencia y cumplimiento de los deberes contenidos en una norma jurídica. Como mencioné anteriormente, el acatamiento del Derecho por parte de los particulares goza de una *presunción* de validez. Empero, sólo determinados órganos, facultados por el orden jurídico, pueden decidir si se ha cumplido realmente con las exigencias contenidas en determinada norma jurídica. Por tal razón, la anulación de la aplicación fáctica voluntaria consiste en el pronunciamiento del órgano competente sobre

la inobservancia de los deberes jurídicos por parte de los destinatarios de la norma, aun cuando con su comportamiento intentaron cumplir las exigencias del Derecho.

Asimismo, el pronunciamiento que invalida el acatamiento del orden jurídico puede ser anulado. Esto significa que las conductas realizadas por los particulares serán interpretadas jurídicamente como comportamientos suficientes para el cumplimiento del Derecho.

C. Ejecución

La ejecución consiste en conductas que realizan los mandatos de la norma jurídica. La anulación de esta etapa normativa consiste en considerar a estas conductas como contrarias al Derecho. Es decir, las acciones ejecutadas con base en la norma serán interpretadas jurídicamente como comportamientos ilegales o carentes de fundamento. En consecuencia, la conducta que era condición para la imposición de una sanción ya no será considerada como delito o acto antijurídico. En este sentido, Kelsen afirma: “La función de la revocación es privar de su carácter de castigo a las acciones relativas sin calificarlas de delito”.²³³ Por ejemplo, el orden jurídico puede otorgar la función jurídica de ejecución normativa a X; al mismo tiempo, puede facultar a Z para que revise la actuación del órgano X. En este caso, si Z considera que la ejecución de una norma determinada por parte de X es contraria a Derecho, puede anular esa ejecución. Por tanto, las conductas realizadas por X dejarán de ser interpretadas como actos jurídicos.

D. Interpretación

La anulación en esta etapa normativa sólo afecta a la interpretación auténtica. La invalidación de la interpretación auténtica —aquella realizada por órganos creadores y aplicadores de Derecho— consiste en acotar el marco de significados posibles de una norma jurídica. Bajo esta condición, las normas producidas, con base en un significado normativo que esté fuera de dicho marco, no podrán ser consideradas parte integrante del ordenamiento jurídico. En ese tenor, la anulación de la interpretación auténtica tiene como consecuencia la derogación de la norma jurídica creada bajo una interpretación *incorrecta* del Derecho.

En el capítulo anterior y en el primer apartado del presente capítulo estudié los conceptos fundamentales para comprender el fenómeno de producción de Derecho.

²³³ Cfr. Kelsen, Hans, “Derogación”, *cit.*, nota 215, p. 7.

Asimismo, utilicé estos conceptos para explicar el conjunto de etapas que toda norma jurídica atraviesa: creación, aplicación, ejecución e interpretación. Posteriormente, desarrollé los diferentes tipos de normas jurídicas que integran la estructura del sistema jurídico: Constitución, leyes, costumbre, reglamentos, actos jurídicos y sentencias. También mencioné la importancia de los criterios de validez jurídica (orgánicos, formales, procedimentales y materiales) en el procedimiento de creación de Derecho, y destacué que su incumplimiento puede, excepcionalmente, prolongarlo; es decir, este proceso puede ser complementado con la etapa normativa de anulación. Por esta razón, es posible que una sentencia sea válidamente creada pero inválidamente ejecutada.

En suma, el Derecho es dinámico porque las normas jurídicas que lo integran están en movimiento constante, alternándose en diferentes etapas normativas. Este vaivén genera un nuevo planteamiento de la validez jurídica; no se trata de un concepto inmutable, sino de una categoría que frecuentemente cambia con base en las alteraciones que vive el sistema jurídico.

II. PROBLEMAS EN TORNO A LA DINÁMICA JURÍDICA

Los problemas del proceso de producción normativa —o nomodinámica— encuentran su origen en la naturaleza propia del Derecho. Si la voluntad humana es el principio y fin del ordenamiento jurídico; entonces, algunos descuidos, errores y equivocaciones humanas pueden estar reflejados en las normas jurídicas. En este sentido, cuestiones que atañen a los seres humanos —como la satisfacción de intereses opuestos, contradicciones entre voluntades y ambigüedades en el uso del lenguaje— pueden ser heredadas a los instrumentos que éstos crean para regularse.

Por tal razón, es posible encontrar cuestiones problemáticas en la vida del orden jurídico. Estos problemas son provocados por el aspecto formal-técnico de los órdenes jurídicos —problemas condicionados a la forma que utiliza el Derecho para expresar sus exigencias— o por el contenido específico de las normas que lo integran —problemas que atienden a la (in)compatibilidad material de normas inferiores respecto de normas superiores—. Por ejemplo, puede haber problemas de interpretación sobre los criterios formales y materiales de validez; una norma inferior puede contradecir a una superior en su aspecto formal y material; por último, una norma superior puede omitir la inclusión de criterios de validez procedimentales y/o materiales. A continuación, desarrollaré cada problema y sus posibles soluciones.

1. Interpretación

Como mencioné antes, la interpretación es necesaria en todas las etapas normativas. Por ejemplo, para crear una norma inferior es necesario interpretar la norma superior que determina su contenido y forma; para aplicar una norma es necesario conocer su contenido —es decir, interpretarla—; y el órgano ejecutor sólo podrá cumplir su función previo conocimiento del significado del deber jurídico que realiza. Bajo esta perspectiva, la realización correcta de la tarea interpretativa es fundamental para el desarrollo de un sistema jurídico.

Sin embargo, la interpretación normativa no es una cuestión sencilla. Por el contrario, conocer el marco de significados posibles de una norma jurídica es una empresa que viene aparejada de dos grandes problemas.

A. Indeterminación

En este punto, conviene recordar la tesis de Kelsen sobre la relación de validez entre las normas jurídicas. Una norma es superior a otra porque condiciona el contenido y la forma que ésta deberá tener. Se trata de “una relación de determinación o de ligación”.²³⁴ En otras palabras, la norma superior determina a la norma inferior.

Empero, la determinación que realiza la norma superior sobre la norma inferior nunca es completa; siempre existirán elementos de indeterminación que habrán de ser complementados o *llenados* por la norma inferior. Al respecto, Kelsen menciona: “La norma de un nivel superior no puede ligar en todos los sentidos el acto por el cual es aplicada”.²³⁵

Por otra parte, las indeterminaciones normativas son un problema inevitable. Carecería de sentido concebir al orden jurídico como una estructura jerárquica de normas si éstas siempre tuvieran el mismo contenido. En consecuencia, tiene que aceptarse la posibilidad de que las normas generales y abstractas sean complementadas a través de nuevas normas jurídicas. En este sentido, Kelsen considera que la indeterminación es parte fundamental del Derecho; explica: “El establecimiento de una norma meramente general se efectúa siempre —según su esencia— bajo el supuesto de que la norma individual que habrá de dictarse en aplicación de ella continuará el proceso de determinación, el cual precisamente constituye el sentido de la sucesión escalonada de las normas jurídicas”.²³⁶ Así, las indeterminaciones normativas son un factor a tomar en cuenta para la modelación

²³⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 366.

²³⁵ *Idem.*

²³⁶ *Idem.*

de la estructura jerárquica del Derecho. Sobre este punto, Kelsen afirma la existencia de dos tipos de indeterminación.

a. Indeterminación intencional

Este tipo de indeterminación existe cuando la norma superior deliberadamente deja de regular una cierta materia, y en su lugar faculta a determinado órgano jurídico para que complete dicha ausencia de regulación. En la mayoría de los casos, esta indeterminación constituye un poder discrecional para los órganos competentes, éstos deberán suplir la indeterminación normativa mediante la creación de una norma inferior —o incluso en la aplicación o ejecución de una sanción—. Este poder también es denominado discrecionalidad. Al respecto, Gabino Fraga menciona que éste es: “un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar o, en fin, qué contenido va a dar a su actuación”.²³⁷

Por ejemplo, una norma civil contiene indeterminaciones intencionales cuando establece los límites mínimos y máximos de una sanción, pues faculta al juez para decidir entre estos límites. A la vez, el juzgador *determinará* el contenido de la norma general mediante la creación de una sentencia que imponga una sanción con base en esos lineamientos.

b. Indeterminación inintencional

Este tipo de indeterminación existe sobre la base de la siguiente consideración: “Incluso la orden más detallada y exhaustiva no puede evitar dejar al criterio del ejecutor múltiples determinaciones”.²³⁸ Por tanto, las indeterminaciones no intencionales están constituidas por un conjunto de elementos indefinidos que únicamente podrán ser completados por órganos aplicadores y ejecutores de Derecho. Esto es, son “decisiones que dependen de unas circunstancias externas que el órgano que dispuso la orden no ha previsto y, en gran parte, no puede prever”.²³⁹

Por ejemplo, una norma jurídica exige la privación de la vida del sujeto A. Es posible que esta norma no defina la fecha exacta, lugar y manera específica en que ha de realizarse

²³⁷ Cfr. Fraga Magaña, Gabino, *op. cit.*, nota 201, p. 230.

²³⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 366.

²³⁹ *Idem.*

el deber jurídico que ordena. Así, este conjunto de indeterminaciones sólo podrá ser concretizado por el órgano facultado para ejecutar la norma jurídica.

En conclusión, la indeterminación es un problema de interpretación jurídica. En ambos casos se trata de un conjunto de elementos que no están contenidos en la norma jurídica. La solución a este problema consiste en la compleción que habrán de realizar los órganos jurídicos; ya sea mediante la creación de una nueva norma jurídica, o a través de la ejecución de la norma indeterminada.

Por último, cabe mencionar que la indeterminación normativa incluye dos problemas: ambigüedad y antinomias. No obstante, por la complejidad y extensión de estas cuestiones decidí estudiarlas en un apartado diferente al problema general de las indeterminaciones.

B. Ambigüedad

En este apartado expondré los dos tipos de ambigüedad que afectan al sistema jurídico: ambigüedad normativa y ambigüedad de la voluntad.

a. Ambigüedad normativa

Cualquier idea que aspire a ser compartida necesita un canal para ser expresada. Esto es, los pensamientos, deseos y aspiraciones aterrizan en el mundo concreto cuando son expresados mediante formas determinadas. De esta guisa, las normas jurídicas utilizan determinadas formas para manifestarse; como mencioné antes, la mayoría de las normas jurídicas utilizan palabras, escritas u orales, para expresarse. Por tanto, concluí que la interpretación del Derecho consiste en el análisis de las palabras para conocer el significado de las normas jurídicas.

Sin embargo, conocer el significado de una palabra es una cuestión problemática. En primer lugar, las palabras no tienen significados inequívocos. Al contrario, una misma palabra puede tener múltiples significados. Esta característica se denomina ambigüedad lingüística; también puede denominarse polisemia. Al respecto, Enrique Cáceres menciona que este fenómeno consiste “en que una palabra tenga más de un significado”.²⁴⁰ En segundo lugar, el problema de la polisemia puede extenderse a los ordenamientos jurídicos. Así, es posible hablar de ambigüedad o polisemia normativa.

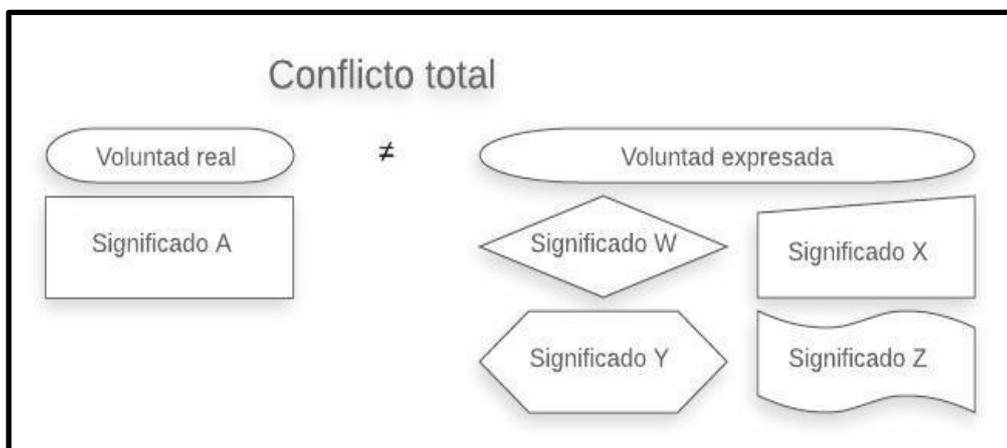
²⁴⁰ Cfr. Cáceres Nieto, Enrique, *Introducción práctica al cálculo lógico aplicado al Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2014, p. 3.

Ésta consiste en que una norma jurídica puede tener múltiples significados. En otras palabras, “el órgano que debe aplicar la norma se enfrenta a varios significados posibles”.²⁴¹ Esto es relevante porque un múltiple significado normativo conduce a diversas maneras de interpretar jurídicamente el mundo. Por ejemplo, bajo el significado normativo A el aborto debe entenderse como un hecho prohibido; con base en el significado normativo B deberá considerarse como un hecho permitido. La interpretación jurídica *correcta* será la elegida por el órgano competente.

b. Ambigüedad de la voluntad

Ahora bien, el problema de la ambigüedad normativa acrecienta cuando la interpretación está dirigida a conocer el significado *verdadero* del acto de voluntad —cuyo sentido normativo es la norma jurídica—, y los significados posibles de los medios utilizados para expresar esa voluntad. Esta es una diferencia entre voluntad *real* y voluntad *expresada*. Por ejemplo, puede ser que la voluntad real consista en el único significado (X), pero que la voluntad expresada posibilite la existencia de múltiples significados (W, X, Y, Z).

En este sentido, Kelsen distingue dos conflictos entre voluntad real y expresada: total y parcial. El conflicto es total cuando la voluntad expresada es contraria a la voluntad real; es decir, la voluntad real no está contenida dentro de los significados posibles que constituyen a la voluntad expresada. Por el contrario, el conflicto es parcial si la voluntad real es coincidente con la voluntad expresada; esto es, “cuando la voluntad del legislador o la intención de las partes corresponde al menos a uno de los varios significados que tiene la expresión lingüística de la norma”.²⁴² A continuación, expondré la representación gráfica de ambos conflictos.



²⁴¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 366.

²⁴² *Ibidem*, p. 367.

Diagrama 8. Conflicto total entre voluntad real y expresión de la voluntad. Elaboración propia.

En este caso el significado de la voluntad real no está comprendido dentro de los significados posibles de la voluntad expresada.

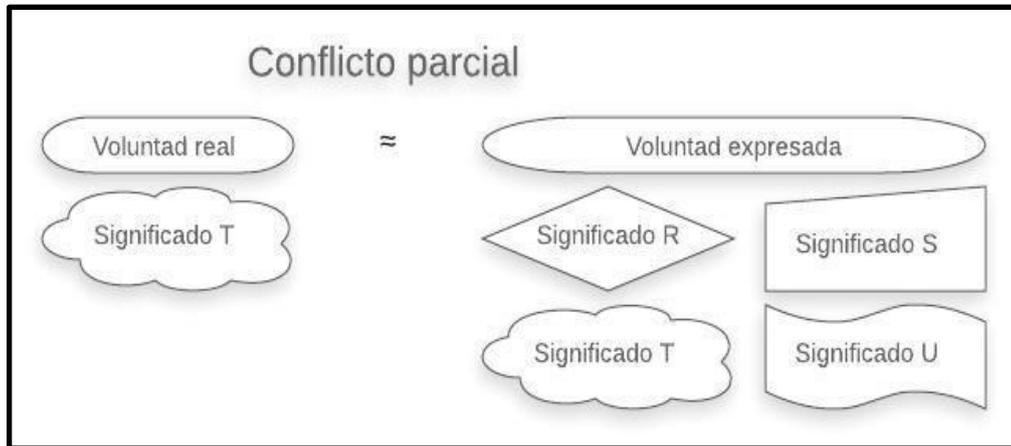


Diagrama 9. Conflicto parcial entre voluntad real y expresión de la voluntad. Elaboración propia.

En este caso la voluntad real está comprendida en los significados posibles de la voluntad expresada.

Bajo esta perspectiva, el problema de la ambigüedad consiste en elegir entre la voluntad real o la voluntad expresada. La solución a este problema únicamente puede encontrarse en el Derecho. El ordenamiento jurídico es la instancia competente para decidir si la tarea interpretativa tiene que abocarse a desentrañar la voluntad real de los creadores de normas, o a conocer los significados posibles de las formas que éstos adoptaron para expresar su voluntad (aun cuando dichas expresiones no reflejen *efectivamente* su voluntad).

2. Antinomias

En el proceso de producción de Derecho es posible la existencia de dos o más normas jurídicas que sean contradictorias entre sí; es decir, que su contenido sea irreconciliable. En el presente apartado estudiaré el concepto, tipos y soluciones posibles al problema de las contradicciones normativas.

En términos generales, existe una contradicción normativa “cuando una norma determina como debida una conducta, y otra determina como debida una conducta

incompatible con la anterior”.²⁴³ Esto es, ordenar la realización de conductas opuestas constituye una antinomia. Asimismo, las conductas pueden oponerse mediante dos formas de regulación jurídica.

La primera forma consiste en regular dos conductas opuestas mediante un solo operador deóntico. Por ejemplo, la norma jurídica 1 considera obligatoria la realización de la conducta A; por otra parte, la norma jurídica 2 considera obligatoria la realización de la conducta no A. En este caso, la contradicción existe porque el contenido de las normas es totalmente opuesto; al cumplir con la norma 1, se deja de observar la norma 2.

La segunda forma consiste en regular una misma conducta mediante dos operadores deónticos que son incompatibles entre sí. Así, la norma jurídica 1 establece la obligatoriedad de comportarse conforme a la conducta A; por el contrario, la norma jurídica 2 prohíbe la realización de la misma conducta. Por tanto, cumplir con el deber estatuido en la norma 1 implica la transgresión de la norma 2.

Por otra parte, es importante mencionar que las antinomias no pueden considerarse contradicciones lógicas. Primero, la lógica se rige bajo el principio de unidad. Esto es, “las proposiciones realmente verdaderas forman un solo bloque sin contradicciones internas [...] dos proposiciones verdaderas no pueden contradecirse”.²⁴⁴ Así, una proposición es verdadera si, y sólo si, no existe otra proposición verdadera que niegue su contenido. Segundo, las normas jurídicas no se rigen bajo los valores de verdad y falsedad; éstas se califican como válidas o inválidas. En ese tenor, algunos autores han intentado identificar los valores de verdad y falsedad con los de validez e invalidez. Empero, esta *analogía* sería incorrecta. Al respecto, Kelsen explica: “Esta analogía no existe, sobre todo porque la verdad y la falsedad son propiedades de un enunciado, mientras que la validez de una norma no es una propiedad de ésta, sino que es su existencia, su específica e ideal existencia”.²⁴⁵ Por tanto, la existencia de un enunciado es independiente del valor de la proposición que afirma, o niega, sea verdadero o falso. Por el contrario, la existencia de una norma depende únicamente de su validez; sería absurdo pensar que la validez de la norma jurídica no condiciona su existencia. De esta manera, es posible afirmar la validez simultánea de normas contradictorias; es decir, que ambas existen para el sistema jurídico.

En suma, la antinomia no es una contradicción lógica porque las normas jurídicas no son verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas; en consecuencia, el principio lógico de no contradicción no aplica al contenido del Derecho.

²⁴³ *Ibidem*, p. 241.

²⁴⁴ Cfr. Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Introducción a la Lógica*, México, Esfinge, 2019, p. 226. Corchetes propios.

²⁴⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Derecho y lógica*, trad. por Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2016. p. 14.

A. Tipos de contradicciones normativas

Las antinomias pueden ser clasificadas con base en la jerarquía de las normas que constituyen la contradicción normativa. En este sentido, es posible una contradicción entre normas del mismo y diferente grado jerárquico.

a. Contradicción de mismo grado

Esta contradicción existe cuando dos normas jurídicas del mismo nivel jerárquico tienen contenidos incompatibles entre sí. Kelsen afirma que esta antinomia consiste en “El hecho de que dos normas que pretenden ser simultáneamente válidas —por ejemplo, por estar contenidos en una misma ley— se contradigan completa o parcialmente”.²⁴⁶ Asimismo, estas antinomias pueden afectar a cualquier tipo de norma jurídica; por ejemplo, contradicciones entre una ley contra otra ley; una regla consuetudinaria en oposición de otra; una disposición reglamentaria en contra de otra disposición reglamentaria; y, finalmente, una sentencia que contraríe a otra sentencia.

De la misma forma, es posible que un sólo instrumento contenga normas jurídicas contradictorias. Tal es el caso de códigos o compilaciones normativas. Por ejemplo, en el código civil puede existir la norma 1 que ordena considerar como hecho productor de Derecho a todo acuerdo de voluntad; y en el mismo código puede existir la norma 3 que prohíbe considerar como hecho productor de Derecho a acuerdos de voluntad que tengan por objeto la privación de la libertad. En este caso, existe una contradicción entre la norma 1 y la norma 3. Empero, esta contradicción puede ser conciliada. Así, el cumplimiento de la norma 3 sólo implicaría el incumplimiento parcial de la norma 1. Esto es, la delimitación del objeto contractual no es impedimento para considerar a los acuerdos de voluntad como hechos productores de Derecho. En otras palabras, algunas *contradicciones normativas* son meras restricciones de los ámbitos de validez de las normas jurídicas. En páginas anteriores estudié las formas de restricción o alteración a los ámbitos de validez normativos. Por tanto, me remito a las reflexiones realizadas con anterioridad.

Por otra parte, algunas antinomias no constituyen restricciones a los ámbitos de validez; en ese sentido, no son susceptibles de conciliación. Una antinomia es de imposible conciliación cuando los deberes jurídicos de cada norma se contraponen absolutamente.

²⁴⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 367.

Por ejemplo, una sentencia incluye dos normas individualizadas. Por un lado, ordena la ejecución de la pena A sobre el sujeto X (norma A); por el otro, ordena la ejecución de la pena no A sobre el sujeto X (norma B). Ambas normas son válidas jurídicamente; sin embargo, el cumplimiento de una implica la inobservancia de la otra. Al respecto, Kelsen explica que la existencia de antinomias en una misma norma (ley, reglamento, sentencia, etcétera) es un argumento suficiente para no considerarla como parte del Derecho; afirma: “no tiene ningún sentido (cuando la ley contiene palabras sin sentido o disposiciones incompatibles entre sí), no se presenta ningún sentido subjetivo que pueda ser interpretado como sentido objetivo, no hay un acto cuyo sentido subjetivo sea capaz de ser legitimado por la norma fundamental [...] no hay una norma jurídica objetivamente válida”.²⁴⁷ En mi opinión, la tesis defendida por Kelsen es incorrecta. En el siguiente apartado (solución al problema de antinomias en el mismo grado) argumentaré en contra de la propuesta kelseniana.

En conclusión, existen dos formas de contradicción entre normas del mismo grado jerárquico. Primero, contradicciones normativas contenidas en instrumentos jurídicos diferentes; por ejemplo, ley A contra ley B. Segundo, contradicciones normativas contempladas en un sólo instrumento jurídico; esto es, norma A contra norma B, ambas normas contenidas en la misma sentencia.

b. Contradicción de diferente grado

Esta contradicción existe cuando dos normas jurídicas de distinto nivel jerárquico tienen contenidos incompatibles entre sí. Es decir, la norma inferior no respeta los criterios de validez «orgánicos, formales, procedimentales y materiales» impuestos por la norma superior.

Asimismo, este tipo de antinomias sólo puede existir entre normas contenidas en instrumentos jurídicos distintos. Por ejemplo, contradicción entre Constitución y ley, costumbre o reglamento; contradicción entre ley y sentencia; contradicción entre ley y transacción jurídica. En términos generales, es común calificar a las normas con base en las contradicciones que guardan respecto de sus normas superiores. Así, es posible hablar de leyes inconstitucionales; reglamentos, sentencias y contratos ilegales, etcétera.

Ahora bien, la existencia de estas contradicciones normativas no implica la invalidez *ipso facto* de la norma inferior. En este sentido, una ley inconstitucional no puede ser calificada *a priori* como una norma inválida. Sobre el tema, Kelsen menciona: “La afirmación

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 243-244. Corchetes propios.

corriente de que una ley inconstitucional es nula, carece de sentido, en cuanto una ley nula no es tal ley”.²⁴⁸ Bajo esta condición, existen dos soluciones posibles al problema de las antinomias entre normas inferiores y normas superiores. Estas soluciones serán abordadas en los siguientes apartados.

B. Tipos de soluciones

a. Solución específica para el primer tipo de antinomia

Eventualmente, la presencia de antinomias en una misma norma jurídica es un fenómeno insólito; sin embargo, no es imposible. La existencia de estas antinomias no es impedimento para dejar de considerar a la norma que las contiene como parte del ordenamiento jurídico. En primer lugar, el sentido subjetivo normativo contenido en cada norma adquiere objetividad jurídica en la medida en que haya sido creada por un órgano competente (en el caso de la sentencia, el juez). En consecuencia, cada norma se presenta con una pretensión de validez para el órgano ejecutor. En segundo lugar, este órgano sólo está facultado para ejecutar normas jurídicas; esto es, está impedido para ejecutar interpretaciones normativas del mundo que no formen parte del Derecho.

Por tanto, si la propuesta de Kelsen fuera cierta —es decir, si las normas que conforman la antinomia del mismo nivel no forman parte del ordenamiento jurídico— sería necesario aceptar que el órgano ejecutor no tendría ningún material normativo válido que realizar. No obstante, esta es una mala descripción de la realidad. Si ninguna de las dos normas que constituyen la antinomia han sido derogadas conforme a Derecho, entonces el órgano ejecutor está sujeto a una disyunción excluyente: aplicar la norma A o la norma B. La decisión que él tome determinará la validez de una norma, y la otra *necesariamente* perderá su validez. Aquí es preciso subrayar que la pérdida de validez de la norma no ejecutada se rige por el principio de efectividad.

Por ejemplo, un juez crea una sentencia. A la vez, ésta contiene dos normas contradictorias entre sí mismas, la norma S y la norma T. El órgano ejecutor de la sentencia tendrá la facultad para escoger cualquiera de las dos normas jurídicas. Si el órgano se decanta por la ejecución de la norma S; entonces la norma T no será aplicada, estará condenada a una ineficacia permanente. Respectivamente, la validez de una norma está condicionada a su eficacia; por tanto, la norma que permanezca ineficaz (norma T) invariablemente perderá su validez por *desuetudo*.

²⁴⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 185.

En suma, la solución específica para antinomias de la misma jerarquía consiste en la elección del órgano ejecutor entre una de las normas jurídicas que constituyen la contradicción. La norma elegida conservará su validez, porque el deber jurídico que contiene es realizado; por el contrario, la norma no elegida perderá su validez en virtud de su ineficacia constante.

b. Primera solución específica para el segundo tipo de antinomia

Es importante mencionar que, en la antinomia de distinta jerarquía, solamente la norma inferior puede ser la norma contradictoria; esto es, únicamente la norma inferior puede infringir los criterios de validez impuestos por la norma superior. Además, la norma superior es el fundamento de validez de la norma inferior. Por ejemplo, sería absurdo considerar que la Constitución está en contra de lo dispuesto por la ley, o que las leyes contradicen el contenido de las sentencias. En este sentido, la solución a este tipo de antinomias consiste en un examen de *regularidad* jurídica sobre la norma inferior; es decir, se analiza si el contenido de la norma superior *realmente* es transgredido por la norma inferior. Si resulta que la norma inferior contraría a la norma superior, entonces dejará de ser considerada una norma jurídica; en cambio, si el examen de regularidad concluye la compatibilidad entre la norma superior e inferior, ésta seguirá siendo considerada como parte integrante del ordenamiento jurídico. En otras palabras, la regularidad de las normas condiciona su validez.

Asimismo, afirmar la regularidad normativa del sistema jurídico implica negar la existencia de contradicciones normativas. La unidad del Derecho consiste en que todas las normas jurídicas que lo integran sean regulares.

Por otra parte, cabe señalar algunos aspectos del procedimiento de regularidad normativa. Sobre el tema, Kelsen explica: “El problema de saber si una norma inferior corresponde a otra superior, únicamente puede ser decidido por un órgano dentro de un cierto procedimiento (establecidos ambos por el orden jurídico)”.²⁴⁹ En los sistemas jurídicos modernos, los procedimientos de regularidad normativa se clasifican en procedimientos de legalidad y de constitucionalidad.

Los procedimientos de legalidad consisten en el examen de la compatibilidad entre las leyes y normas jurídicas inferiores a ésta —por ejemplo: reglamentos, sentencias y contratos—. Ciertamente, estos procedimientos están sujetos a criterios de validez orgánicos, procedimentales y materiales. De esta manera, la mayoría de los jueces son

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 183.

órganos competentes para verificar la legalidad de las sentencias o contratos. Sin embargo, el procedimiento de regularidad constitucional contiene reglas más estrictas.

La Constitución es una norma general que determina la forma y contenido del resto de normas que integran al sistema jurídico. Por esta razón, la Constitución puede prever mecanismos que garanticen la observancia de las disposiciones constitucionales. Tal es el caso de la revisión de constitucionalidad. Ésta consiste en verificar la concordancia entre la norma constitucional y el resto de las normas jurídicas. Aquellas normas que sean incompatibles con la Constitución perderán su validez jurídica; mientras que las normas compatibles o regulares conservarán su estatus normativo. En este sentido, afirmar la existencia de normas inconstitucionales significa que éstas pueden sujetarse a mecanismos especiales tendientes a derogar su validez jurídica debido a su *irregularidad*. Al respecto, Kelsen explica que la expresión *ley inconstitucional*: “Únicamente puede significar que, conforme a la Constitución, la ley aludida no solo puede ser derogada mediante el procedimiento habitual [...] sino también mediante un procedimiento especial previsto por la Constitución”.²⁵⁰ Ahora bien, el procedimiento de revisión constitucional puede realizarse de dos formas distintas: centralizada y descentralizada.

La revisión constitucional centralizada significa que sólo un órgano está facultado para derogar la validez de las normas que considere inconstitucionales; esto es, puede “abolir completamente la ley inconstitucional, de manera que no pueda ser ya aplicada por ningún otro órgano”.²⁵¹ A la inversa, la revisión constitucional descentralizada significa que cualquier órgano jurídico puede dejar de aplicar la norma jurídica que considere inconstitucional. Es decir, que “anula su validez para el caso concreto”.²⁵² La diferencia entre ambos procedimientos constitucionales consiste en las consecuencias jurídicas que producen. La revisión centralizada deroga la validez de la norma *inconstitucional* para todos los casos; en cambio, la revisión descentralizada deroga la validez de la norma *irregular* para un caso en especial.

En todos estos casos, la decisión que resuelve el problema de la contradicción o irregularidad normativa (constitucional o legal) no puede ser *ad infinitum*. Es decir, no puede haber un número infinito de procedimientos que resuelvan la misma cuestión. Por tanto, es necesario que exista un órgano de última instancia cuya decisión no esté sujeta a un procedimiento de derogación; esto es, que su decisión “se convierta en *res judicata*”.²⁵³

²⁵⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 299. Corchetes propios.

²⁵¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 186.

²⁵² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 301.

²⁵³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 184.

Teóricamente, la decisión del tribunal de última instancia podría errar; y, en ese sentido, considerar *regular* a una norma evidentemente *irregular*. En otras palabras, “no puede impedirse que adquiera validez una norma jurídica individual cuyo contenido no esté predeterminado por una norma jurídica general”.²⁵⁴ En consecuencia, la decisión definitiva de un tribunal no implica *necesariamente* la eliminación de la contradicción normativa. Al respecto, Kelsen afirma: “No puede existir nunca una garantía absoluta de que la norma inferior corresponda a la superior”.²⁵⁵ Por esta razón, las antinomias del segundo tipo son un problema que invariablemente puede subsistir en el ordenamiento jurídico.

A pesar de ello, exclusivamente el órgano de última instancia es la autoridad competente para definir el significado y alcance de las normas jurídicas. De esta manera, si el tribunal considera que el contenido de una norma inferior no es contradictorio con el de una norma superior, su decisión constituye una respuesta definitiva al problema de la contradicción. Esto es, la decisión del tribunal es la única con relevancia jurídica. Bajo esta condición, la opinión de la ciencia del Derecho sobre las equivocaciones de los tribunales y la persistencia de antinomias en el sistema jurídico “pierde toda importancia jurídica”.²⁵⁶ Por estas razones, con base en el ordenamiento jurídico “No puede haber ninguna contradicción entre una decisión judicial con fuerza de ley, y el derecho legislado o consuetudinario que debe aplicar”.²⁵⁷

En conclusión, las contradicciones normativas de distinta jerarquía son un problema que pueden presentarse en cualquier ordenamiento jurídico. La solución a este problema consiste en un procedimiento que examine la compatibilidad entre las dos normas. Asimismo, el órgano de última instancia es la única autoridad competente para decidir si dos normas están en conflicto. La derogación de la norma inferior es el reflejo de la existencia de una antinomia; en cambio, si el tribunal no deroga ninguna norma es porque no existe contradicción alguna.

c. Segunda solución específica para el segundo tipo de antinomia

Kelsen consideraba que el ordenamiento jurídico se rige bajo el principio de unidad. Este principio significa “que un orden jurídico puede ser descrito en proposiciones jurídicas que no se contradigan”.²⁵⁸ De esta manera, la existencia de contenidos normativos

²⁵⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 298.

²⁵⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 184.

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 241.

contradictorios implica un resquebrajamiento del principio de unidad; en el sentido de que las proposiciones jurídicas que describan el contenido de normas contradictorias estarán, al mismo tiempo, en contradicción. Kelsen defendía la idea de que la unidad del orden jurídico tiene preeminencia sobre cualquier tipo de contradicción normativa, explica: “La unidad de éste no puede ser nunca puesta en peligro por una contradicción entre un precepto superior y otro inferior en la jerarquía del derecho”.²⁵⁹

Para superar esta dificultad, Kelsen creó la tesis de la cláusula alternativa tácita. Ésta consiste en suponer la existencia de mecanismos alternativos a los establecidos en el Derecho positivo para crear nuevas normas jurídicas. Bajo esta perspectiva, el fundamento de validez jurídica se encuentra en dos orígenes distintos: primero, en normas jurídicas positivas; segundo, en normas alternativas que no forman parte del Derecho positivo. En consecuencia, una norma jurídica es válida cuando observa las exigencias contenidas en el sistema jurídico o, paralelamente, cuando ha sido creada conforme a mecanismos alternativos a los ordenados por el ordenamiento jurídico. Al respecto, Kelsen afirma: “La Constitución faculta al legislador para producir normas jurídicas generales también mediante otro procedimiento, distinto de aquél que está determinado directamente por las normas de la Constitución, y para dar a esas normas otro contenido, distinto de aquél que las normas de la Constitución determinan directamente”.²⁶⁰

En ese tenor, la cláusula alternativa tácita implica la existencia de dos tipos de regulación productora de normas: directa e indirecta. La regulación directa consiste en el conjunto de criterios de validez (orgánicos, formales, procedimentales y materiales) establecidos explícitamente por el ordenamiento para crear normas jurídicas. Por el contrario, la regulación indirecta consiste en el conjunto de criterios de validez que no están contenidos en el Derecho, pero que son supuestos por los órganos creadores de normas jurídicas. A continuación, expondré la representación gráfica de la cláusula alternativa tácita.

²⁵⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 192.

²⁶⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 301.

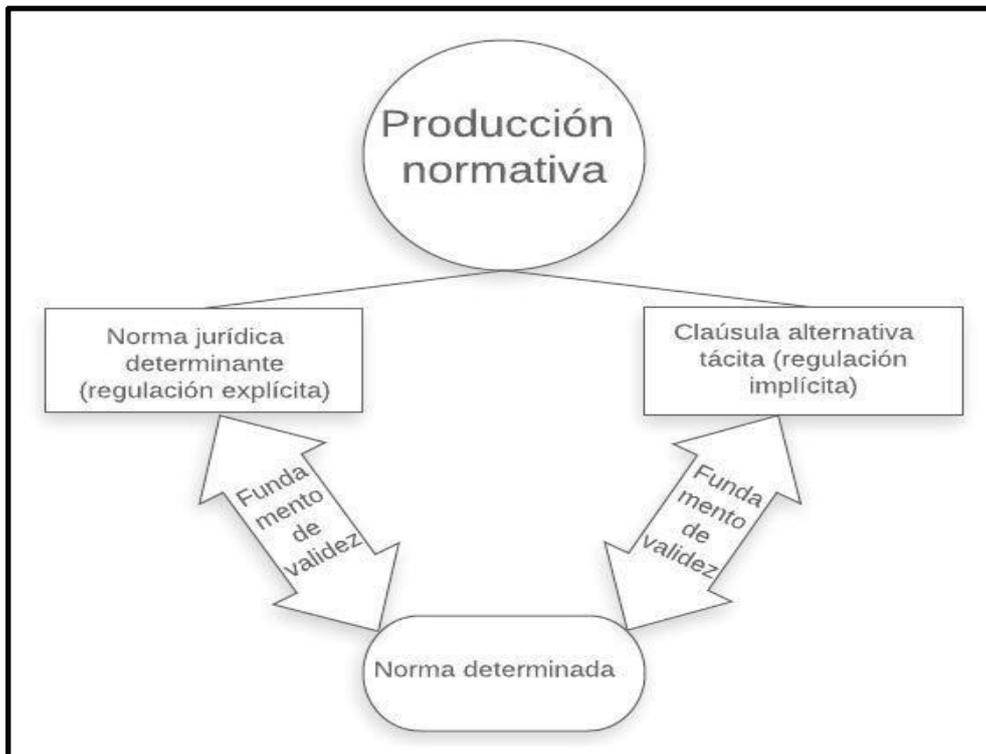


Diagrama 10. Cláusula alternativa tácita. Elaboración propia.

La aplicación de la cláusula alternativa es la siguiente. Una ley (norma 1) determina el procedimiento de creación y el contenido (elementos normativos 1) de una sentencia (norma 2). No obstante, la norma 2 es creada mediante un procedimiento y contenido distinto (elementos normativos 2) a los ordenados por la norma 1. En este caso, existe una evidente contradicción entre la norma 1 y la norma 2. Una solución posible a este problema consiste en suponer la existencia de otra norma (norma 3) cuyo contenido sean los elementos normativos 2. Por tanto, el fundamento de validez de la norma 2 no es la norma 1, sino la norma 3; evitando así la contradicción normativa.

En conclusión, la cláusula alternativa tácita es una solución a las contradicciones normativas porque otorga validez jurídica a las normas *irregulares* producidas con base en mecanismos distintos a los ordenados por el Derecho.

C. Críticas de Schmill

Ulises Schmill realiza tres críticas a la propuesta kelseniana de la cláusula alternativa tácita.

a. Crítica de la tautología

Schmill menciona que las normas positivas determinan el aspecto formal y material de normas inferiores de una manera específica. Esta determinación puede ser simbolizada mediante la letra *p*. Asimismo, la cláusula alternativa tácita supone la existencia de normas *alternativas* que determinan el aspecto formal y material de una manera distinta a la exigida por la norma positiva. En este sentido, el contenido posible de la cláusula alternativa tácita está constituido por el conjunto de aspectos formales y materiales distintos de *p*, lo que equivale a su negación. Por tanto, la determinación alternativa puede ser simbolizada mediante la letra *-p*.

Por otra parte, Schmill considera que la disyunción incluyente es la conectiva lógica apropiada para simbolizar la existencia de normas positivas y cláusulas alternativas. No obstante, advierte Schmill, la disyunción entre *p* y *no p* constituye una tautología. Al respecto, afirma: “podemos representar a las normas, desde la perspectiva del órgano ejecutor, de la siguiente manera: ‘*p* o *no p*’ [...] lo que es expresión de una tautología. Con ello, desaparece la normatividad del derecho, pues una tautología es siempre formalmente verdadera, pero no dice nada de la realidad: no existe conducta humana regulada por una norma con las características señaladas”.²⁶¹ La crítica de Schmill puede ser comprobada mediante tablas de verdad.

Supuestos de eficacia	<i>p</i>	<i>-p</i>	<i>p</i>	<i>v</i>	<i>-p</i>
Renglón 1	V	F	V	V	F
Renglón 2	V	F	V	V	F
Renglón 3	F	V	F	V	V
Renglón 4	F	V	F	V	V

En efecto, la disyunción entre *p* y *-p* siempre da como resultado una proposición verdadera; esto es, una tautología.

En mi opinión la crítica de Schmill es parcialmente correcta. En primer lugar, la generalización del contenido de la cláusula alternativa tácita invariablemente implica la negación de las exigencias de las normas positivas. Sin embargo, la única forma para conocer el contenido *real* de una cláusula alternativa consiste en el análisis del caso concreto. Bajo esta condición, el contenido de la cláusula no implica *necesariamente* la

²⁶¹ Cfr. Schmill Ordoñez, Ulises, “La cláusula alternativa tácita y el principio lógico de explosión”, *Analisi e diritto*, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015, <http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1600/analisi-e-diritto-2015.html>. Corchetes propios.

negación del contenido de normas positivas; sino que podría adquirir el valor de cualquier otra variable.

En segundo lugar, la cláusula alternativa tácita no consiste *únicamente* en la negación de los criterios de validez ordenados —lo cual fue expuesto por Kelsen muchas veces como un sin sentido—; se trata, como su nombre lo indica, de una alternativa, en donde las dos formas de producción pueden coexistir, sin necesidad de negarse. En consecuencia, la simbolización de la disyunción entre normas positivas y alternativas sería la siguiente: $p \vee q$. En donde p representa a la norma positiva y q representa a la norma alternativa *in concreto*. La tabla de verdad que explica la nueva simbolización de la cláusula alternativa es:

Supuestos de eficacia	p	q	p	v	Q
Renglón 1	V	V	V	V	V
Renglón 2	V	F	V	V	F
Renglón 3	F	V	F	V	V
Renglón 4	F	F	F	F	F

Una tautología es un enunciado que, sin importar los valores que sean asignados a sus proposiciones, siempre resulta verdadero. Bajo esta perspectiva, la existencia concreta de una cláusula alternativa no implica *necesariamente* una tautología; porque uno de sus enunciados resulta falso (renglón 4).

b. Crítica de la no positividad

Schmill explica que la teoría jurídica positivista en general —y específicamente la kelseniana— se caracteriza por desestimar la existencia de normas jurídicas no positivas; es decir, normas cuyo origen sea distinto a los actos de voluntad humana. Por otra parte, la cláusula alternativa tácita afirma la existencia de normas que no son puestas por actos de voluntad humana, sino que tienen que suponerse como mecanismos legítimos para el proceso de producción normativa. En consecuencia, la cláusula alternativa implica una violación al método propuesto por Kelsen para estudiar al Derecho; a saber, la pureza metódica. Al respecto, Schmill explica: “la cláusula alternativa tácita o supuesta entraña la afirmación de la existencia de normas no positivas dentro del orden jurídico positivo, lo cual

es una contradicción en que incurre la teoría”.²⁶² En mi opinión, la crítica de Schmill es correcta. Kelsen incurre en error cuando afirma que el Derecho está constituido únicamente por normas jurídicas positivas, para posteriormente limitar su afirmación e incluir en el concepto de Derecho la existencia de normas supuestas no positivas.

c. Crítica de la hipertrofia

Para entender esta crítica es necesario conocer el significado de la palabra hipertrofia. El Diccionario Enciclopédico Larousse explica que es el “desarrollo excesivo de un sentimiento, una actividad, etcétera”.²⁶³ En este sentido, Schmill advierte la inconveniencia de una teoría que afirme la existencia de múltiples normas alternativas como remedio a cada irregularidad jurídica posible. Al respecto, afirma que la cláusula alternativa: “debe ser postulada para cualquier tipo de irregularidad en el procedimiento o en la sustancia de la norma inferior [...] el número de posibles irregularidades es un número muy considerable, que pueden sobrepasar los cientos y a cada irregularidad habría que suponer la existencia de su cláusula alternativa correspondiente”.²⁶⁴

En conclusión, Schmill considera que la cláusula alternativa tácita es una teoría que debe ser abandonada por las siguientes razones. Primero, es una tautología. Segundo, constituye una violación a los principios metodológicos para realizar un estudio científico del Derecho. Tercero, supone la existencia *excesiva* de normas alternativas, lo cual es un indicativo de inconsistencia.

D. La derogación como remedio general ante las antinomias

Hasta ahora, analicé las soluciones específicas para los dos tipos de contradicciones normativas (del mismo y de diferente grado jerárquico). Empero, existe una solución aplicable a ambos casos. Esta solución es la derogación. En el apartado anterior expliqué el significado y alcance de las normas derogatorias; por tanto, sólo explicaré algunas relaciones importantes del proceso de derogación como solución de antinomias.

En términos generales, las antinomias existen jurídicamente cuando una autoridad competente así lo establece. En ese tenor, si una contradicción normativa es detectada, el órgano facultado podrá anular la validez de la (s) norma (s) contradictoria (s). Al respecto,

²⁶² *Idem.*

²⁶³ Diccionario Enciclopédico Larousse, 2a. ed., México, Ediciones Larousse, febrero 1995, tomo IV, p. 1169.

²⁶⁴ *Cfr.* Schmill Ordoñez, Ulises, *op. cit.*, nota 261. Corchetes propios.

Kelsen explica: “La autoridad competente establece la existencia jurídica de esa contradicción al anular el precepto inferior”.²⁶⁵ Por tanto, los órganos competentes para decidir el problema de las antinomias están, al mismo tiempo, facultados para producir una norma derogatoria que invalide a determinadas normas jurídicas.

La derogación como solución al conflicto normativo implica la utilización del principio de legitimidad. Consiste en la anulación —mediante una norma derogatoria— de validez de la norma inferior que contradiga el contenido de la norma superior. En este sentido, Kelsen explica: “La derogación es necesaria (*required*) si las normas están en conflicto recíprocamente [...] si una nueva norma jurídica es creada y tiene contenidos idénticos a los de una norma ya existente (válida), la derogación puede tener lugar”.²⁶⁶ Por esta razón, la existencia de una norma derogatoria es *necesaria* para resolver cualquier tipo de antinomia. A menos que la contradicción normativa sea resuelta con base en el principio de efectividad, situación que ya he explicado.

3. Lagunas jurídicas

En el presente apartado estudiaré el concepto y tipos de lagunas normativas. También, desarrollaré las críticas elaboradas por Kelsen acerca de dicho problema.

Las lagunas normativas consisten en la ausencia de regulación jurídica sobre una determinada materia. La regulación negativa del Derecho y el fenómeno de las lagunas normativas son conceptos *equivalentes*. ¿Por qué la ausencia de regulación jurídica positiva es un problema? Pues bien, en algunos casos, la omisión del ordenamiento jurídico puede provocar escenarios moralmente inicuos. Por ejemplo, el Derecho nacional de X no regula positivamente el infanticidio; luego, un adulto priva de la vida a un recién nacido. En este caso, la muerte intencional de un infante es un hecho —con base en una concepción moral determinada— que debe evitarse; sin embargo, el ordenamiento jurídico carece de normas jurídicas positivas que regulen esta situación. En consecuencia, el Derecho es considerado como un sistema incompleto; un ordenamiento carente de respuestas *jurídicas* ante eventuales problemas sociales; un instrumento con lagunas. En este sentido, Carlos Nino afirma: “Hay, en cambio, una laguna del derecho cuando el sistema jurídico carece, respecto de cierto caso, de toda solución normativa”.²⁶⁷

²⁶⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, *cit.*, nota 23, p. 192.

²⁶⁶ Cfr. Kelsen, Hans, “Derogación”, *cit.*, nota 215, p. 10. Corchetes propios.

²⁶⁷ Cfr. Santiago Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 192, p. 281.

A. Tipos de lagunas

Las lagunas normativas pueden clasificarse de la siguiente manera: auténticas y técnicas.

Las lagunas auténticas están constituidas por la omisión de regulación positiva; son el concepto genérico de lagunas. De la misma forma, las lagunas técnicas están constituidas por la ausencia de regulación positiva; no obstante, esta ausencia implica la imposibilidad jurídica para aplicar determinadas normas jurídicas. Al respecto, Kelsen menciona que las lagunas técnicas existen: “cuando el legislador ha omitido normar algo que habría sido necesario que normase para que fuese técnicamente posible aplicar la ley”.²⁶⁸ Por ejemplo, la Constitución ordena que determinados delitos han de ser castigados con pena de prisión; empero, omite regular la creación y funcionamiento de centros penitenciarios. De esta manera, la norma constitucional (aprisionar a los delincuentes) será de imposible cumplimiento, pues no existen los medios necesarios y adecuados que posibiliten su cumplimiento.

En consecuencia, las lagunas técnicas constituyen un verdadero problema para la validez del Derecho, porque condenan a las normas jurídicas a perder su validez con base en el principio de efectividad «una ineficacia permanente o *desuetudo*». El ordenamiento jurídico es la única solución a este tipo de lagunas. Es decir, solamente el Derecho posibilita la existencia del conjunto de circunstancias necesarias y fundamentales para la aplicación de normas jurídicas.

B. Críticas de Kelsen

Es posible identificar dos críticas kelsenianas al problema de las lagunas normativas.

a. Inexistencia de lagunas normativas

Kelsen tiene una postura específica del problema. Atribuye a la teoría tradicional o *iusnaturalista* la errónea concepción de las lagunas normativas como una “inaplicabilidad lógica del derecho válido”.²⁶⁹ Empero, Kelsen afirma que el ordenamiento jurídico es lógicamente aplicable para cualquier caso; es decir, que el Derecho siempre regula jurídicamente cualquier situación. Al respecto explica; “siempre es lógicamente posible, aun

²⁶⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 281.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 279.

cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar”.²⁷⁰

El fundamento teórico de la postura kelseniana es la tesis de la regulación positiva y negativa del ordenamiento jurídico. De esta manera, la ausencia de normas jurídicas (o laguna normativa) es sólo un tipo de regulación jurídica específica; a saber, la regulación negativa. Asimismo, Kelsen considera que la regulación negativa del orden jurídico constituye una permisión en favor de cualquier persona. Afirma: “cuando el orden jurídico no estatuye una obligación de un individuo con respecto a determinada conducta, permite esa conducta”.²⁷¹ No obstante, esta permisión no debe ser entendida como un facultamiento positivo; esto es, como un poder jurídico para comportarse de determinada manera con base en una norma positiva. La regulación negativa constituye una permisión en el sentido de que determinada conducta no será considerada por el Derecho como la condición para el establecimiento de una sanción.

Bajo esta perspectiva, el Derecho no debe ser entendido como un sistema incompleto. El orden jurídico tiene una respuesta para cada situación en particular. Por ejemplo, el sujeto A realiza una conducta en contra del sujeto B; la conducta realizada está permitida negativamente por el Derecho. Posteriormente, el sujeto B acude a tribunales para exigir una indemnización con base en el daño originado por la conducta realizada por el sujeto A. En tal caso, el orden jurídico contiene una respuesta específica: absolver de responsabilidad al sujeto A. Lo anterior porque la regulación negativa del Derecho permitía al sujeto A realizar la conducta por la cual se le demanda. En otras palabras, “El tribunal declara que, de acuerdo con el derecho existente, el reo o el demandado tenían la facultad de conducirse como lo hicieron”.²⁷²

Sin embargo, algunas personas no están convencidas de la solución jurídica propuesta por la regulación negativa. Por tal razón, consideran encomiable facultar al juez para que resuelva, con base en su propio criterio, aquellas situaciones que no están reguladas positivamente por el orden jurídico. Este es el antecedente para la segunda crítica kelseniana.

b. Lagunas normativas como ficción jurídica

Hasta ahora, expliqué que las lagunas normativas consisten en la ausencia de regulación jurídica. En ese tenor, el ordenamiento jurídico puede ordenar que dichas omisiones sean

²⁷⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 177.

²⁷¹ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 279.

²⁷² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, cit., nota 23, p. 172.

completadas por los órganos facultados para crear y aplicar Derecho. Al respecto, Kelsen explica: “Llenar lo que se llama una laguna del derecho es una función de producción de derecho, que solo puede ser desempeñada por un órgano de aplicación del derecho”.²⁷³ Esto quiere decir que el Derecho puede dotar de competencia al juzgador —o a cualquier otro órgano— para que resuelva todos los conflictos que se le presenten. En otras palabras, los órganos jurisdiccionales están obligados a solucionar cualquier caso; ya sea que éste se rija por normas jurídicas positivas o por la regulación negativa del orden jurídico.

La cuestión es sencilla si el Derecho positiviza normas jurídicas generales que contengan la respuesta para los casos jurisdiccionales; no obstante, el orden jurídico puede no contener ninguna norma general que resuelva el problema. Para estos casos, el juez adquiere la calidad de legislador.

Concebir al juez como legislador significa que el ordenamiento jurídico faculta al juez para producir normas jurídicas generales que resuelvan el caso concreto. En este sentido, el órgano jurisdiccional “está obligado a crear, para el caso concreto, la norma del derecho substantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa”.²⁷⁴ Ahora bien, las normas jurídicas producidas por el legislador *necesariamente* tienen una aplicación retroactiva; esto es, los hechos serán interpretados jurídicamente con base en una norma creada con posterioridad al acaecimiento de éstos. Bajo esta condición, el ordenamiento jurídico es la solución al problema de las lagunas normativas, puesto que la creación jurisdiccional de Derecho está determinada por el conjunto de normas que facultan al juez para producir nuevas normas jurídicas.

No obstante, Kelsen considera que el Derecho tiene una aplicabilidad lógica para todos los casos. Por consiguiente, ¿Por qué tendrían que crearse normas retroactivas para solucionar un conflicto que el orden jurídico ya resuelve de antemano? Sobre el tema, Kelsen afirma que la inconveniencia moral o política es el fundamento para considerar al ordenamiento jurídico como un sistema incapaz de resolver todos los casos posibles. De esta manera, afirma que la *verdadera* naturaleza de las lagunas normativas: “consiste en que la aplicación del derecho —aun siendo lógicamente posible— resulte a los ojos del juez injusta o no equitativa”.²⁷⁵ Esto equivale a afirmar que el juez está capacitado para inobservar las exigencias de la regulación jurídica (positiva y negativa) si ésta posibilita la realización de escenarios moralmente inicuos.

²⁷³ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, nota 6, p. 371.

²⁷⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del Derecho...*, *cit.*, nota 23, p. 173.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 176.

En ese tenor, las lagunas normativas son ficciones jurídicas. Esto significa considerar determinadas soluciones jurídicas *como si* fueran inexistentes; es decir, la aplicación de algunas normas jurídicas es concebida como lógicamente imposible, con base en que esta aplicación produciría resultados indeseables. Respectivamente, Kelsen explica la relación entre ficción y lagunas normativas: “La ficción consiste en que la falencia que una determinada norma jurídica presenta según un juicio de valor subjetivo, político-moral, es representada dentro de un orden jurídico como la imposibilidad lógica de su aplicación”.²⁷⁶

En conclusión, solamente las lagunas técnicas representan un problema para la validez jurídica de las normas; en cuanto suprimen toda posibilidad de ser aplicadas. Por otra parte, la existencia de lagunas normativas —de cualquier índole— no es un argumento suficiente para concebir al Derecho como un sistema normativo incompleto. Ciertamente, el ordenamiento jurídico es la única instancia competente para resolver los problemas derivados de la ausencia de regulación positiva; ya sea solucionando los casos con base en la regulación jurídica negativa —aunque provoque resultados moralmente indeseables— o mediante el facultamiento de los órganos jurisdiccionales para que resuelvan con base en su propio criterio. En ambos casos, la solución a este problema es el Derecho. En consecuencia, la ciencia jurídica, o cualquier otra disciplina científica, está impedida para resolver el problema de las lagunas normativas.

²⁷⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, cit., nota 6, p. 280.

CONCLUSIONES

La validez de las normas jurídicas puede ser concebida desde dos perspectivas distintas: estática y dinámica. Aquél que estudia la validez estática de un ordenamiento únicamente conoce el conjunto de normas que *debidamente* integran un sistema normativo. Asimismo, el estudio estático de la validez jurídica no implica un ejercicio sin sentido. Continuamente, los abogados y jueces trabajan con agrupaciones de normas jurídicas cuya validez es inmutable; por ejemplo: Derecho civil válido, Derecho mercantil válido, Derecho laboral válido, etcétera. Por otra parte, en este trabajo he intentado exponer el estudio de la validez jurídica desde una perspectiva dinámica. Esto es, el significado y alcance de la validez del Derecho *en movimiento*. En mi opinión, un análisis dinámico de la validez jurídica permite entender el funcionamiento *en general* de los sistemas jurídicos.

Por último, desarrollaré las conclusiones más importantes del presente trabajo de investigación.

1. El concepto validez jurídica es utilizado en las teorías del Derecho más relevantes. En las teorías positivistas (Kelsen y Hart) este concepto refiere la existencia específica de las normas en el sistema jurídico. También, es concebida como un *status* que alcanzan las normas al cumplir con criterios o requisitos de validez. En la teoría jurídica realista (Ross) el concepto de validez jurídica es equiparado al concepto de eficacia normativa; empero, la validez jurídica como eficacia igualmente condiciona la existencia específica de las normas jurídicas. En este sentido, la validez jurídica también funciona como un criterio que reconoce los elementos que integran un ordenamiento jurídico. Por último, la teoría del Derecho natural (Radbruch) identifica el concepto de validez con el contenido moral de las normas jurídicas. Es decir, una norma es parte del sistema jurídico si, y sólo si, su contenido protege valores morales absolutos —por ejemplo: justicia, libertad, igualdad—. De la misma forma, esta teoría utiliza el concepto de validez para discriminar normas *verdaderamente* jurídicas de meras exigencias arbitrarias. Por tanto, también funciona como un criterio que explicita la existencia de normas jurídicas.

En suma, existe uniformidad conceptual sobre la validez jurídica; es un concepto que permite discernir entre el mundo de lo jurídico y de lo no jurídico.

2. La teoría pura del Derecho ha sido blanco de fuertes ataques. La mayoría de las críticas y objeciones son resultado de lecturas vacuas e interpretaciones exageradas de las principales tesis kelsenianas. En ese tenor, Kelsen ha sido catalogado como formalista, idealista y hasta metafísico. Al respecto, he demostrado que las tesis kelsenianas no se

limitan *exclusivamente* a explicar el aspecto formal del Derecho. Por ejemplo, Kelsen toma en cuenta criterios formales y materiales en el desarrollo conceptual de la validez jurídica. En consecuencia, es importante omitir la *falacia del hombre de paja* en el estudio de cualquier teoría.

3. La validez jurídica es un fenómeno condicionado por distintos elementos; por ejemplo: la moral y eficacia normativa. Estos elementos son fundamentales para concebir al Derecho desde una perspectiva dinámica; pues limitan la durabilidad de la validez normativa. Por otra parte, las normas están sujetas al cumplimiento de criterios orgánicos, formales y procedimentales para ser consideradas jurídicamente válidas. En consecuencia, el incumplimiento de estos criterios provoca la invalidez de las normas jurídicas. Asimismo, la producción de normas válidas atraviesa por una serie de etapas normativas. Es posible que una norma sea válidamente creada pero inválidamente ejecutada; que sea acatada válidamente y aplicada inválidamente. En este sentido, la validez jurídica es una categoría que constantemente está en un vaivén de posibilidades de predicación. Por último, la presencia de mecanismos de anulabilidad es un factor que tomar en cuenta en el análisis dinámico de la validez jurídica. Una norma puede ser válida en un momento y, posteriormente, ser anulada con base en un procedimiento derogatorio. De esta manera, la validez normativa no es definitiva e inmutable; regularmente está en juego, y lo que un día era válido, puede no serlo al siguiente.
4. En la producción de Derecho pueden ocurrir determinados problemas. Los más importantes son: problemas de interpretación, ambigüedad, antinomias y lagunas normativas. Todos afectan el aspecto formal o material de las normas jurídicas. En términos generales, el ordenamiento jurídico es la solución a cualquiera de estos problemas. Bajo esta condición, es posible calificar al Derecho como un sistema autopoietico. Cabe mencionar que las antinomias ocupan un lugar prominente por encima del resto de problemas nomodinámicos; lo anterior porque vulneran el principio de unidad del sistema jurídico. Para este caso, Kelsen desarrolló una propuesta controversial: la cláusula alternativa tácita. Esta tesis es significativa porque permite eliminar las contradicciones normativas y, en su lugar, conservar la unidad del ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS

I. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA GARCÍA, Edgar, *Jusnaturalismo procedimental, debido proceso penal y epistemología jurídica*, México, Tirant Lo Blanch, Universidad Autónoma del Estado de México, 2017.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- — —, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford University Press, 2010.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, España, Editorial Ariel, 2012.
- AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
- — —, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970.
- BENTHAM, Jeremy, *De los límites de la rama penal de la jurisprudencia*, trad. por Rolando Tamayo y Salmorán, México, Philip Schofield, 2015.
- BRUGGER, Winfried y KIRSTE, Stephan, *Human Dignity as a Foundation of Law: Proceedings of the Special Workshop held at the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy in Beijing*, 2009, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2013.
- BIX H., Brian, *Diccionario de teoría jurídica*, trad. por Enrique Rodríguez Trujano y Pedro A. Villarreal Lizarraga, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- CÁCERES NIETO, Enrique, *Introducción práctica al cálculo lógico aplicado al Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2014.
- COPI M., Irving y COHEN, Carl, *Introducción a la Lógica*, trad. por Jorge Alejandro Rangel Sandoval y Rodrigo Munguía Noriega, 2a. ed., México, Limusa, 2013.
- DEAÑO, Alfredo, *Introducción a la lógica formal*, España, Alianza Editorial, 2017.
- DICCIONARIO Enciclopédico Larousse, 2a. ed., México, Ediciones Larousse, febrero 1995, tomo IV.

- DWORKIN, Ronald (comp.), *La Filosofía del Derecho*, trad. por Javier Sáinz de los Terreros, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- — —, *Los derechos en serio*, España, Editorial Ariel, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1989.
- FRAGA MAGAÑA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2015.
- GARCIA MÁYNEZ, Eduardo, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
- — —, “El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho”, en Eduardo García Máynez, *Ensayos Filosófico-Jurídicos 1934-1979*, 2a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- — —, *Introducción al estudio del Derecho*, 65a. ed., México, Editorial Porrúa, 2017.
- — —, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.
- — —, *Lógica del raciocinio jurídico*, 2a. ed., México, Fontamara, 2011.
- — —, *Principios supremos de la ontología formal del derecho y de la lógica jurídica*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.
- GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, *Introducción a la Lógica*, México, Esfinge, 2019.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, 3a. ed., trad. por Genaro R. Carrió, Argentina, Abeledo Perrot, 2012.
- HUERTA OCHOA, Carla, “Sobre la validez temporal de las normas. La retroactividad y ultraactividad de las normas en el sistema jurídico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- KELSEN, Hans, *Contribuciones a la teoría pura del derecho*, trad. por Eduardo Vásquez, R. Inés W. de Ortiz, Jorge A. Bacqué, María Isabel Azaretto y Eugenio Bulygin, 2a. ed., México, Fontamara, 1992.
- — —, *Derecho y lógica*, trad. por Ulises Schmill Ordoñez y Jorge Castro Valle, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2016.

- — —, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, trad. por Florencio Acosta, México, Editora Nacional, 1980.
- — —, *El contrato y el tratado*, trad. por Eduardo García Máynez, México, Ediciones Coyoacán, 2007.
- — —, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, trad. por Francisco Ayala, México, Ediciones Coyoacán, 2010.
- — —, *¿Qué es la justicia?*, trad. por Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.
- — —, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. por Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.
- — —, “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas con especial énfasis en la filosofía del “como si” de Vaihinger”, trad. por Jean Hennequin, en Hans Kelsen *et al.*, *Ficciones jurídicas*, 3a. ed., México, Fontamara, 2013.
- — —, *Teoría del derecho internacional consuetudinario*, trad. por Ariel Peralta García, México, Ediciones Coyoacán, 2012.
- — —, *Teoría general de las normas*, trad. por Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 1994.
- — —, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. por Eduardo García Máynez, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949.
- — —, *Teoría pura del derecho*, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- — —, *Teoría pura del derecho*, traducido del original en alemán por Fernanda Aren, Natalia Dassieu y Silvina Rotemberg, Buenos Aires, Colihue, 2011.
- — —, *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, trad. de la 1ª. ed. de *Reine Rechtslehre* (1934) por Gregorio Robles y Félix F. Sánchez, Madrid, Trotta, 2011.
- LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, Argentina, Perrot, 1961.
- OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del Derecho*, 7a. ed., México, Editorial Duero, 1990.
- NINO, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, 6a. ed., México, Fontamara, 2013.

- — —, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 2013.
- RADBRUCH, Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, trad. por María Isabel Azareto de Vásquez, Argentina, Abeledo Perrot, 1962.
- — —, *Filosofía del Derecho*, trad. por José Medina Echavarría, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933.
- — —, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. por Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1955.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, trad. por María Dolores González, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico; Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. por Rolando Tamayo y Salmorán, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- RECASÉNS SÍCHES, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2013.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, “El pensamiento jurídico de Hans Kelsen: una lectura crítica de la teoría pura del derecho”, en Botero Bernal, Andrés (coord.), *Filosofía del derecho*, Medellín, Colombia, Universidad de Medellín, 2012.
- — —, *Las limitaciones de la teoría pura del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013.
- RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, *Derecho Fiscal*, 3a. ed., México, Oxford University Press, 2014.
- ROSS, Alf, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, trad. por Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero, en Alf Ross, *El concepto de validez y otros ensayos*, 4a. ed., México, Fontamara, 2001.
- — —, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. por Genaro R. Carrió, 3a. ed., Argentina, Eudeba, 2005.
- RUÍZ MANERO, Juan y SCHMILL, Ulises, *El juez y las lagunas del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

- SILVA RAMÍREZ, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2014.
- SOTO ARELLANO, Gabriel, *Consideraciones de carácter procesal en el juicio de desahucio. Tesis Profesional.*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- SQUELLA, Agustín, *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Razonamiento y Argumentación Jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- — —, *Costumbre o eficacia; condición necesaria y suficiente de existencia del derecho*, México, Fontamara, 2015.
- — —, *El derecho y la ciencia del derecho (Introducción a la ciencia jurídica)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.
- VIGO, Luis Rodolfo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho; (De Radbruch a Alexy)*, México, Fontamara, 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, traducción del original en alemán por Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, España, Gredos, 2014.
- WRIGHT, Georg Henrik, von, *Normas, verdad y lógica*, trad. por Carlos Alarcón Cabrera, 3a. ed., México, Fontamara, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. por Marina Gascón, 10a. ed., Madrid, Trotta, 2011.

II. CIBERGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, España, No. 5, 2001.
<https://core.ac.uk/download/pdf/61893894.pdf>.
- CALVO SOLER, Raúl, “La ineficacia de las normas jurídicas en la Teoría Pura del Derecho”, *Isonomía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 27, octubre 2007. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n27/n27a7.pdf>.

- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkel”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, España, núm. 17, 2014. <http://www.rtfed.es/numero17/07-17.pdf>.
- DELGADO PINTO, José, “Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 7, 1990. <https://doi.org/10.14198/DOXA1990.7.05>
- DÍAZ RICARDO, Tatiana, “Validez del derecho: Análisis conceptual a partir de los modelos teóricos de Kelsen y Alexy”, *Revista Mario Alario D’Filippo*, Colombia, Universidad de Cartagena, vol. 3, núm. 1, 2011. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767687.pdf>.
- KELSEN, Hans, “Derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, 1974. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1107/1365>
- — —, “¿Qué es un acto jurídico?”, trad. por Ulises Schmill Ordoñez, *Isonomía*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, núm. 4, abril 1996. <http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/qu-es-un-acto-juridico-0/>
- MOSSOS REYES, Marcela, “La Fórmula de Radbruch: Una Cuestión de Iusnaturalismo”, *Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas*, Colombia, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios, vol. VII, núm. 13, enero-junio de 2016. http://www.ilae.edu.co/Publicaciones/files/1032369324_02.%20Marcela%20Reyes.pdf.
- RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles, “Validez formal y validez sustantiva: El encaje de la competencia material”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 30, 2007. <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-validez-formal-y-validez-sustantiva-el-encaje-de-la-competencia-material>.
- SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises, “La cláusula alternativa tácita y el principio lógico de explosión”, *Analisi e diritto*, España, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015. <http://bibliotecaculturajuridica.com/EDIT/1600/analisi-e-diritto-2015.html>

III. NORMATIVIDAD

1. *Leyes*

Código Penal Federal, 2020, México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2020, México.

Ley de Amparo, 2020, México.

Ley General de Salud, 2020, México.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, 2020, México.

2. *Reglamentos*

Reglamento de Insumos para la Salud, 2020, México.

3. *Decisiones jurisdiccionales*

Sentencia ejecutoria de la Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 63, Tomo I, febrero de 2019.

APÉNDICE. Aplicación práctica de la teoría dinámica de la validez jurídica

En este apartado analizaré una sentencia ejecutoriada creada por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México (en adelante, la Corte). Con ello intentaré aplicar las reflexiones elaboradas a lo largo del presente trabajo de investigación. Por ejemplo, demostrar que la validez de las normas jurídicas atraviesa una serie de etapas normativas, las cuales estudié con detenimiento en el Capítulo Tercero del presente trabajo de investigación.

Cabe añadir que este análisis está determinado con base en los límites de la ciencia jurídica. Por esta razón, mis comentarios y reflexiones no implican, ni justifican, una respuesta única sobre la constitución del Derecho; tampoco pretendo afirmar la solución *correcta* o *debida* de la presente controversia. Por el contrario, mis intenciones se agotan en un esfuerzo por describir, con objetividad y exactitud, los posibles significados del material jurídico analizado.

La sentencia que analizaré está publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 411 y siguientes. Primero, describiré brevemente los rubros más importantes de la sentencia; posteriormente, la examinaré a la luz de la teoría dinámica de la validez jurídica.

I. DESCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA

En este apartado desglosaré los aspectos fundamentales para entender la decisión del tribunal mexicano.

1. *Hechos en los que consiste el caso*

La sentencia resuelve un amparo en revisión de 31 de octubre de 2018; éste fue promovido por Zara Ashely Snapp Hartman y otros (en adelante, quejosos). En términos generales, las autoridades legislativas y administrativas del Estado Mexicano son competentes para proteger la salud de la población. En este sentido, están facultados para producir normas jurídicas que regulen cualquier aspecto relacionado con la salubridad mexicana.

Asimismo, la producción normativa del Estado está sujeta a criterios orgánicos, formales, procedimentales y materiales de validez jurídica. Por ejemplo, los legisladores y autoridades administrativas tienen que respetar los derechos humanos —reconocidos por el sistema jurídico mexicano— cuando producen normas generales en materia de salubridad. No obstante, los quejosos consideran que, con base en una interpretación no

auténtica del ordenamiento jurídico, las normas legislativas en materia de salubridad vulneran y restringen el ejercicio de un derecho fundamental específico; a saber, el libre desarrollo de la personalidad. Por tal razón, el caso consiste en un examen de constitucionalidad sobre determinadas normas jurídicas generales.

2. *Pretensiones de las partes*

Las partes del presente juicio de amparo son los quejosos y las autoridades responsables.

Los quejosos afirman que el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la autorización jurídica para ejecutar cualquier actividad que les permita realizar su proyecto de vida. En ese tenor, el uso privado, lúdico o recreativo de la marihuana es sólo una de las posibilidades protegidas por este derecho fundamental. Por tanto, los quejosos consideran como *inconstitucional* al conjunto de normas jurídicas que prohíben, restringen y/o menoscaban el derecho a consumir marihuana con fines lúdicos. Específicamente, este conjunto de normas está integrado por los artículos 235 (último párrafo), 237, 245 fracción I, 247 (último párrafo) y 248 de la Ley General de Salud; además, este conjunto es denominado por los quejosos, y por el tribunal mexicano, como *sistema de prohibiciones administrativas*.

Bajo esta perspectiva, los quejosos pretenden conseguir la invalidez del sistema de prohibiciones administrativas por las siguientes razones. Primero, el consumo privado de marihuana no afecta a terceros. Segundo, el Estado carece de legitimidad porque no es la instancia competente para imponer modelos de vida ideales a sus ciudadanos. Tercero, el sistema de prohibiciones administrativas no es una medida idónea, necesaria, ni proporcional para alcanzar la salud de la población mexicana; lo anterior porque la prohibición jurídica no es un factor decisivo que evite el uso lúdico de la marihuana. Cuarto, existen medidas menos restrictivas sobre sustancias que representan un peligro mayor para la salud; por ejemplo, tabaco y alcohol. Quinto, la prohibición del consumo lúdico de marihuana está fundada en prejuicios morales, y no en cimientos científicos y objetivos que respalden esta decisión.

La pretensión de la autoridad responsable está constituida por las normas jurídicas que éstos crean. Al respecto, Luciano Silva explica: “Las autoridades responsables cuando exteriorizan su conducta, su voluntad, lo hacen mediante leyes, reglamentos, tratados internacionales, sentencias, actos administrativos, pudiendo con ellos afectar la esfera

jurídica de los gobernados”.¹ En este caso, la pretensión de las autoridades consiste en proteger la salud en general de la población mexicana. Para los legisladores, el consumo lúdico de marihuana es una actividad *perjudicial* para la salud; por tanto, debe ser prohibida mediante normas jurídicas. En suma, las autoridades pretenden conseguir su objetivo (la salubridad mexicana) mediante la prohibición estricta del uso lúdico de la marihuana.

3. *El problema jurídico*

La Corte fija la *litis* u objeto de la controversia con base en las pretensiones de las partes. Así, el problema jurídico de esta sentencia consiste en determinar la constitucionalidad del sistema de prohibiciones administrativas que impiden el uso lúdico de la marihuana. Esto es, se dilucidará si las normas generales comprendidas en la Ley General de Salud son sustancialmente compatibles con los criterios materiales de validez jurídica contenidos en la norma constitucional «derechos humanos».

4. *Decisión del problema*

La Corte decide que la prohibición para consumir marihuana con fines lúdicos atenta contra los derechos humanos; específicamente contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, declara la inconstitucionalidad del conjunto de artículos que constituyen el sistema de prohibiciones administrativas.

En México, el juicio de amparo se rige por el principio constitucional de relatividad. Este principio “consiste en que los fallos de amparo son de alcances particulares, es decir, sólo se ocupan, sólo vinculan a las partes contendientes en el proceso jurídico constitucional respectivo”.² Por esta razón, la declaración de inconstitucionalidad del sistema de prohibiciones no implica que estas normas sean derogadas del sistema jurídico. Tan sólo significa que las normas jurídicas inconstitucionales no serán *aplicadas* para el caso concreto.

Finalmente, este tribunal actúa como un órgano creador de Derecho. En el caso concreto, la Corte constituye un derecho humano positivo en favor de los quejosos. Este derecho consiste en la permisión de usar marihuana con fines recreativos para desarrollar libremente la personalidad individual. Por tanto, con el objetivo de que este derecho sea eficaz, la Corte impone una obligación jurídica al Director Ejecutivo de Regulación de

¹ Cfr. Silva Ramírez, Luciano, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 348.

² *Ibidem*, p. 323.

Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de la Comisión Federal para la Prevención contra Riesgos Sanitarios. Esta obligación consiste en otorgar una autorización administrativa sanitaria para que los quejosos adquirieran la semilla de cannabis; lo anterior porque la semilla es la premisa necesaria para iniciar el consumo lúdico de marihuana.

5. *Fundamentos de la decisión*

El derecho al libre desarrollo de la personalidad significa que los individuos son la única instancia competente para determinar el conjunto de actividades y conductas que satisfará sus respectivos proyectos de vida. Por ejemplo, algunas personas eligen como proyectos de vida distintas actividades: viajar, trabajar, estudiar, publicar libros, etcétera. No obstante, es posible que otros elijan consumir marihuana a fin de recrearse; por tanto, la ingesta de cannabis forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Ahora bien, el sistema de prohibiciones administrativas consiste en impedir el uso lúdico de marihuana. En este sentido, constituye una limitación evidente en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, la Corte establece la posibilidad constitucional de la limitación de derechos humanos. En consecuencia, no toda limitación de derechos es calificada *a priori* como inconstitucional. Bajo esta condición, la Corte considera que una limitación es constitucional si, y sólo si, la medida limitante es idónea, necesaria, proporcional y persigue finalidades constitucionalmente válidas. Así, la Corte analiza cada uno de estos rubros.

A. *Finalidad de la limitación*

La Corte estima que el sistema de prohibiciones administrativas busca la protección de la salud y el orden público. Ambos son fines constitucionalmente tutelados. En consecuencia, las leyes que restringen el uso de psicotrópicos y narcóticos (marihuana) deben considerarse materialmente compatibles con la norma constitucional.

B. *Idoneidad de la limitación*

Para la Corte, la idoneidad de una norma restrictiva de derechos fundamentales consiste en la relación empírica entre limitación de derechos y consecución de fines constitucionalmente válidos. En el caso concreto, el sistema de prohibiciones administrativas es *idóneo* si la prohibición del uso lúdico de marihuana es la medida efectiva

para alcanzar la salubridad de la población y, al mismo tiempo, mantener el orden público. Al respecto, la Corte considera que la efectividad de cualquier restricción de derechos tiene que estar respaldada por conocimientos científicos.

Consecutivamente, la Corte analiza si el consumo de marihuana genera daños a la salud y, de la misma forma, a la sociedad. En primer lugar, la Corte concluye que la ingesta de marihuana genera afectaciones mínimas a la salud; por ejemplo, incapacita a los seres humanos para conducir un automóvil, genera dependencia, daño pulmonar, etcétera. En segundo lugar, la Corte concluye que el uso de marihuana puede generar problemas al orden público; por ejemplo, manejar bajo los efectos del cannabis aumenta las posibilidades de accidentes vehiculares.

En suma, la Corte concluye que la prohibición del consumo de marihuana es una medida idónea para proteger la salud y el orden público.

C. Necesidad de la limitación

El criterio de necesidad consiste en que la medida restrictiva de derechos fundamentales sea la única opción posible para salvaguardar fines constitucionalmente válidos. En consecuencia, una restricción no es necesaria si existen medidas alternativas igualmente idóneas que afecten en menor grado los derechos fundamentales y protejan fines constitucionales.

Bajo esta perspectiva, la Corte concluye que existen otras medidas que afectan en menor medida el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por ejemplo: limitar los lugares de consumo; prohibir la conducción de vehículos bajo los influjos de la marihuana; prohibir la publicidad de la ingesta de marihuana; restricción de edad para consumir; creación de políticas públicas preventivas sobre los daños en la salud generados por el uso de marihuana, etcétera. En ese tenor, el sistema de prohibiciones administrativas no es una medida restrictiva *necesaria*.

D. Proporcionalidad de la limitación

El criterio de proporcionalidad consiste en ponderar dos o más principios involucrados en un caso concreto.³ Esta ponderación analiza si la restricción al derecho fundamental conduce a resultados proporcionales en la protección de los fines constitucionalmente

³ Sentencia ejecutoria de la Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 63, Tomo I, febrero de 2019, p. 466.

válidos; es decir, si la prohibición absoluta del uso lúdico de marihuana es correspondiente con el grado de afectación que este consumo provoca en la salud de la población.

Respectivamente, la Corte menciona que la medida restrictiva sólo sería justificada si este consumo generara graves afectaciones a la salubridad; no obstante, el uso lúdico de la marihuana apenas origina detrimentos en la salud humana. Por esta razón, la Corte concluye que el sistema de prohibiciones administrativas es desproporcional; pues las afectaciones que genera el consumo de marihuana son *mínimas*, en comparación con la afectación máxima derivada de la prohibición absoluta del ejercicio de este derecho fundamental.

Por estas razones, la Corte considera que la prohibición absoluta para usar marihuana con fines lúdicos es inconstitucional.

II. CRÍTICA A PARTIR DE UNA TEORÍA DINÁMICA DE LA VALIDEZ JURÍDICA

En este apartado elaboraré una serie de comentarios sobre la sentencia con base en la teoría dinámica de la validez jurídica propuesta en el presente trabajo de investigación.

1. *Interpretación auténtica*

La sentencia es un ejemplo del funcionamiento de la interpretación jurídica auténtica y no auténtica. En primer lugar, los quejosos —con base en una interpretación no auténtica del ordenamiento jurídico— consideran que el significado de la norma constitucional les otorga el derecho humano a consumir marihuana con fines lúdicos. En cambio, los legisladores y autoridades administrativas —con base en una interpretación auténtica del Derecho— consideran que el significado de la norma constitucional les otorga la facultad para crear normas jurídicas que prohíban el consumo de marihuana. Bajo esta condición, hay un conflicto de interpretaciones y significaciones posibles de la Constitución.

Tal como advertí en capítulos anteriores, solamente los tribunales de última instancia tienen *la última palabra* sobre el significado de determinadas normas jurídicas. En este caso, la Corte es el órgano facultado para decidir cuál de las dos interpretaciones en conflicto es materialmente compatible con la norma constitucional. En ese tenor, la Corte delibera que la interpretación no auténtica de los quejosos tiene preeminencia por encima de la interpretación auténtica de los legisladores y autoridades administrativas.

En suma, los tribunales de última instancia tienen la capacidad para modificar los criterios de interpretación auténtica que rigen la vida del sistema jurídico. Asimismo,

exteriorizan el significado *definitivo* de los criterios materiales de validez con la creación de nuevas normas jurídicas.

2. *Etapas normativas*

Por otra parte, la capacidad de la Corte para modificar los paradigmas de interpretación auténtica en el ordenamiento jurídico genera cambios importantes en la validez de las etapas normativas. Aquí es preciso señalar dos cosas.

Primero, el sistema de prohibiciones administrativas goza de validez plena por haber sido creado conforme a criterios de validez (orgánicos, formales, procedimentales y materiales) determinados por la norma constitucional. No obstante, si el contenido de los criterios de validez material es modificado por la interpretación de un tribunal de última instancia, entonces la validez plena del sistema de prohibiciones administrativas es puesta en duda.

Segundo, el cambio de contenido en los criterios interpretativos afecta la aplicación de normas jurídicas válidas; esto es, una norma válida no es vinculante para todos los casos cuando se determina su incompatibilidad sustantiva con criterios materiales de validez jurídica. En el caso concreto, la Corte señala que el sistema de prohibiciones administrativas no es aplicable para los quejosos. De esta manera, limita el ámbito de validez personal de las normas jurídicas generales que prohíben el consumo de marihuana.

En conclusión, la interpretación de los criterios materiales de validez jurídica puede condicionar la validez de las etapas normativas. Es decir, una norma puede ser válida en su creación, pero inválida en su aplicación.

3. *Creación de derechos*

Finalmente, es importante mencionar que la Corte actúa como órgano creador de Derecho; en el caso concreto, produce normas jurídicas cuando *positiviza* el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La Corte, con base en una interpretación auténtica —aquella que crea Derecho— de la norma constitucional, deduce el contenido de normas jurídicas específicas. Esto es, en el texto constitucional no está reconocido *explícitamente* el derecho de los mexicanos a

desarrollar libremente su personalidad; no obstante, la Corte considera que este derecho está implícito en el contenido de la Constitución.⁴

Lo anterior comprueba las reflexiones estatuidas en capítulos anteriores. Primero, las normas jurídicas tienen múltiples significados; la elección del significado *ganador* es competencia de los órganos productores de Derecho. Segundo, los sistemas jurídicos se rigen por el principio estático en la medida en que el contenido de normas jurídicas inferiores (sentencias) se encuentra determinado por el contenido de normas jurídicas superiores (Constitución).

⁴ *Ibidem*, pp. 431-432. La Corte toma como fundamento para la positivización del derecho al libre desarrollo de la personalidad los siguientes tres elementos: autonomía de las personas, rechazo al paternalismo estatal y decisiones del tribunal alemán.